

Erster Beratungsgegenstand:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

1. Bericht von Prof. Dr. *Horst Dreier*, Würzburg

Inhalt

	Seite
I. Vorgeschichte	10
II. Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933	15
1. Personelle Neuformation	15
2. „Nationale Erhebung“	18
3. Legale Revolution?	20
4. Negativkonsens	24
a) Anti-Liberalismus	25
b) Anti-Parlamentarismus und Anti-Föderalismus	27
c) Anti-Semitismus	29
III. Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?	32
1. Volk und Volksgemeinschaft: der „völkische“ Staat	33
2. Staat und Bewegung: der „Bewegungsstaat“	40
3. Führung und Führerprinzip: der „Führerstaat“	46
4. Fazit: Staatsrechtslehre ohne Objekt	59
IV. Großraumordnung und Europa-Idee	62
V. Ende und Neubeginn	67

I. Vorgeschichte

„In den Kreisen der Staatsrechtslehrer und Soziologen versteht es sich heute beinahe von selbst, von Demokratie nur mit verächtlichen Worten zu sprechen, gilt als modern, die Diktatur – direkt oder indirekt – als das Morgenrot einer neuen Zeit zu begrüßen. Und diese Wendung der ‚wissenschaftlichen‘ Haltung geht Hand in Hand mit einem Wechsel der philosophischen Front: Fort von der jetzt als Flachheit verschrieenen Klarheit des empirisch-kritischen Rationalismus, diesem geistigen Lebensraum der Demokratie, zurück zu der für Tiefe gehaltenen Dunkelheit der Metaphysik, zum Kultus eines nebulösen Irrationalen, dieser spezifischen Atmosphäre, in der seit je die verschiedenen Formen der Autokratie am besten gediehen sind. Das ist die Parole von heute.“¹

Die vorstehend zitierten Worte entstammen einem kleinen, im April 1932 unter dem Titel „Verteidigung der Demokratie“ publizierten Aufsatz. Verfasser *dieses* Notrufes² war *Hans Kelsen*. Der Text dokumentiert eindringlich, daß die Weimarer Republik ein Jahr vor der sog. „Machtergreifung“³ faktisch am Ende war.⁴ Eine ruhige Fortentwicklung war der kri-

¹ *H. Kelsen* Verteidigung der Demokratie (1932), in: ders., Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. v. N. Leser, 1967, 60 ff. (61). Vgl. auch *H. Holborn* RVBl. 1932, 921 (921). Die Überzeugung, daß die parlamentarische Demokratie zum Untergang verurteilt sei, teilten damals viele: auch *F. Neumann* Der Niedergang der deutschen Demokratie (1933), in: ders., Wirtschaft, Staat, Demokratie, 1978, 103 ff. (freilich mit fragwürdigen Prämissen und Aussagen); ähnlich *G. Leibholz* Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, 1933. Siehe auch das im Februar 1933 verfaßte Vorwort von *G. Anschütz* Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1933, VI.

² *C. Schmitt* hat den Schluß seiner Schrift „Legalität und Legitimität“ von 1932 später als „Warnruf“ und deren letzten Satz („Dann rächt sich die Wahrheit“) als „wahren Notschrei“ bezeichnet (*ders.* Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 2. Aufl. 1973, 345).

³ Für manche Phasen und Aspekte spricht man wohl besser von „Machtübergabe“; vgl. *E.R. Huber* Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, Bd. 7, 1984, 1261 ff.; *M. Stolleis* Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Dritter Band, 1999, 246 ff. (zu diesem Buch *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 [2000], 82 ff.); eingehend *M.R. Lepsius* Machtübernahme und Machtwechsel. Zur Strategie des Regimewechsels 1918/19 und 1932/33 (1971), in: ders., Demokratie in Deutschland, 1993, 80 ff.; wichtig auch die Beiträge in: K.D. Erdmann/H. Schulze (Hrsg.), Weimar. Selbstpreisgabe einer Demokratie, 1980. – Historische Analysen (ausführlich *K.D. Bracher* Stufen der Machtergreifung [1962], 1979; *G. Schulz* Die Anfänge des Maßnahmenstaates [1962], 1974; *J. Fest* Hitler. Eine Biographie [1973], 3. Aufl. 2000, 558 ff.; knapper *N. Frei* Der Führerstaat [1987], 5. Aufl. 1997, 38 ff.; *I. Kershaw* Hitlers Macht, 2. Aufl. 2000, 88 ff.) erweisen den Gesamtvorgang als hocheffiziente Mischung einer Parteirevolution „von unten“ und politischer Repression „von oben“.

sengeschüttelten ersten deutschen Demokratie ohnehin nicht beschieden gewesen.⁵ Von Beginn an mit schwersten Hypotheken außen- wie innenpolitischer Art belastet,⁶ fehlte es ihrer westlich-liberalen Verfassung vor allem am nötigen Rückhalt in der Gesellschaft.⁷ Die verfassungstragende Mehrheit in der Weimarer Nationalversammlung erwies sich rasch als vergänglich; nie wieder konnte die „Weimarer Koalition“ von SPD, Zentrum und DDP in dieser Zusammensetzung eine parlamentarische Mehrheit erringen.⁸ In Militär und Industrie, in den staatlichen Institutionen wie bei den großen Interessenverbänden, im Protestantismus⁹ nicht anders als im Katholizismus¹⁰ stand man den demokratischen Prämissen von Freiheit

⁴ Zum Untergang klassisch *K.D. Bracher* Die Auflösung der Weimarer Republik (1955), 2. Aufl. 1957.

⁵ Zum folgenden noch eingehend *H.A. Winkler* Weimar 1918–1933, 2. Aufl. 1998, 109 ff.; *E. Kolb* Die Weimarer Republik, 5. Aufl. 2000, 35 ff., 107 ff.; *A. Wirsching* Die Weimarer Republik, 2000, 1 ff., 31 ff., 109 ff.

⁶ Stichworte: Friedensdiktat von Versailles, Räterepubliken, politische Morde, separatistische Bewegungen, Putschversuche, dann Hyperinflation und später Massenarbeitslosigkeit. *H.A. Winkler* Der lange Weg nach Westen, Bd. I, 2000, wählt als Titel für das Weimar-Kapitel treffend: „Die vorbelastete Republik“ (S. 378 ff.).

⁷ Zusammenfassend *K. Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Die geschichtlichen Grundlagen des Deutschen Staatsrechts, 2000, 666 ff., 714 ff., 744 ff.; siehe noch *D.J.K. Peukert* Die Weimarer Republik, 1987, 204 ff., 218 ff., 252 ff.; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 86, 124 u.ö.; *H. Dreier* ZNR 20 (1998), 28 (48) m.w.N. – Gern ex post festgestellte „Konstruktionsfehler“ der Weimarer Verfassung treten demgegenüber an Bedeutung für das Scheitern der Republik in den Hintergrund.

⁸ *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 58; *E. Jäckel* Hitlers Herrschaft. Vollzug einer Weltanschauung (1986), 4. Aufl. 1999, 17; *D. Willoweit* Deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1997, § 37 IV 2 (S. 297); ausführlich zum schmalen Verfassungskonsens *C. Gusy* Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, 371 ff.

⁹ Vgl. *K. Nowak* Protestantismus und Weimarer Republik, in: *K.D. Bracher/M. Funke/H.-A. Jacobsen* (Hrsg.), Die Weimarer Republik 1918–1933, 1987, 218 ff. (228 ff., 233 ff.); *K. Tanner* Die fromme Verstaatlichung des Gewissens, 1989, 59 ff.; *ders.* Protestantische Demokratiekritik in der Weimarer Republik, in: *R. Ziegert* (Hrsg.), Die Kirchen und die Weimarer Republik, 1994, 23 ff.; *G. Wollstein* Evangelische Kirche und Weimarer Republik, ebd., 7 ff. (12 ff.); *H. Geck* Zwischen Distanz und Loyalität – Der deutsche Protestantismus und die Weimarer Republik, in: *G. Brakelmann/N. Friedrich/T. Jähnichen* (Hrsg.), Auf dem Weg zum Grundgesetz. Beiträge zum Verfassungsverständnis des neuzeitlichen Protestantismus, 1999, 140 ff.

¹⁰ Vgl. *E.-W. Böckenförde* Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933 (1961), in: *ders.*, Der deutsche Katholizismus im Jahre 1933, 1988, 39 ff.; *H. Lutz*, Demokratie im Zwielicht. Der Weg der deutschen Katholiken aus dem Kaiserreich in die Republik 1914–1925, 1963, 67 ff., 91 ff.; *A. Hollerbach* Rechts- und Staatsdenken im deutschen Katholizismus der Weimarer Zeit, in: *FS Listl*, 1999, 49 ff.; *M. Dahlheimer* Carl Schmitt und der deutsche Katholizismus 1888–1936, 1998, 22 ff., 31 ff. (dazu die Rezension von *B. Rüthers* NJW 1999, 2861 [2862]).

und Gleichheit weithin fremd gegenüber, blieben die Funktionserfordernisse eines pluralistischen parlamentarischen Systems letztlich unverstanden.¹¹ Gänzlich zerrieben wurde die Republik schließlich von den extremen Parteien linker wie rechter Provenienz,¹² deren Attraktivität durch die europaweite Ausbreitung¹³ faschistischer, kommunistischer und autoritärer Regierungen¹⁴ gestärkt wurde. Das schwache Weimar aber stand dem treffenden Wort *Brachers* zufolge unter jedermanns Vorbehalt.¹⁵

Von solchen Vorbehalten war auch die Staatsrechtslehre nicht frei.¹⁶ Das Spektrum von Distanzierung und Delegitimierung reichte von monarchistischer Befangenheit¹⁷ über offene Bekenntnisse zum Vorrang des

¹¹ *Willoweit* Verfassungsgeschichte (Fn. 8), § 37 IV 2 (S. 297): „Es zeigte sich rasch, daß die Kluft zwischen dem demokratischen Bewußtsein der Verfassungsgeber und dem politischen Denken großer Teile des Volkes nicht zu überbrücken war.“ Siehe noch *R. Morsey* Woran scheiterte die Weimarer Republik? (= Kirche und Gesellschaft 254), 1998.

¹² Zum Wählerschwund der verfassungstragenden Parteien etwa *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 24 ff.; *Kolb* Weimarer Republik (Fn. 5), 177. Aber auch die eigentlich verfassungskonformen politischen Parteien trugen ein gerüttelt' Maß an Mitschuld, indem sie wie im Kaiserreich in erster Linie klientelorientierte Obstruktionspolitik betrieben und sich als strukturell kompromiß- und koalitionsunfähig erwiesen (vgl. *Bracher* Stufen [Fn. 3], 59: „Entwöhnung von positiver Verantwortungsfunktion“; *Stolleis* Geschichte III [Fn. 3], 104 ff.; *Morsey* Woran scheiterte [Fn. 11], 8 ff.; *Wirsching* Weimarer Republik [Fn. 5], 17 ff.; zu spezifisch deutschen historischen Vorprägungen dieser Art von „negativer Politik“ *H. Hofmann* Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert [1974], 3. Aufl. 1998, 416 ff.).

¹³ Zu diesem Phänomen *Horst Möller* Europa zwischen den Weltkriegen, 1998, 1 ff., 121 ff.

¹⁴ Zu autoritären Regimen als eigener, dritter Kategorie zwischen „liberalen“ und „totalitären“ Systemen vgl. *J. Linz* Totalitäre und autoritäre Regime, 2000, insb. 129 ff.

¹⁵ *K.D. Bracher* Demokratie und Machtvakuum: Zum Problem des Parteienstaates in der Auflösung der Weimarer Republik, in: *Erdmann/Schulze* (Fn. 3), 109 ff. (123): Weimar „blieb für allzu viele eine Vorbehaltsrepublik“. Zu den „geistigen“ Voraussetzungen der Kapitulation Weimars *ders.* Machtergreifung (Fn. 3), 48 ff.; ausführlich *K. Sontheimer* Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, 1962, insb. S. 79 ff. Zu bedenken und festzuhalten bleibt, daß das Spektrum der Weimaroopposition von linken Kräften (Anarchisten, Kommunisten, Räte-sozialisten) über „Herzemonarchisten“ bis hin zu einer vielfältig gegliederten und durchaus nicht nur restaurativen politischen Rechten reichte; zu dieser näher *S. Breuer* Anatomie der Konservativen Revolution, 1993; weiter differenzierend *ders.* Grundpositionen der deutschen Rechten (1871–1945), 1999, 13 ff., 103 ff.

¹⁶ Von „Vorbehalt“ spricht auch *S. Koriath* AöR 123 (1998), 606 ff. unter Bezug auf Günther Holstein. – Ausführlicher zum Gedankengang der folgenden Passage *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 (2000), 82 (88–96).

¹⁷ Diese Wendung stammt von *A.J. Merkl* SchwJZ 16 (1920), 378 ff. – Dazu, daß sich viele Staatsrechtslehrer nur schwerfällig von der Monarchie abwandten und voller innerer Vorbehalte gegenüber der neuen Republik waren, vgl. nur *Stolleis* Geschichte III

Naturrechts¹⁸ bis hin zum lustvollen Ausmalen vorgeblicher innerer Widersprüche der Verfassung¹⁹ oder dem Aufstellen kaum erfüllbarer Ansprüche an die Integrationskraft der fragmentierten Gesellschaft²⁰ und die

(Fn. 3), 63, 90, 101 u.ö.; ferner C. Gusy Einleitung: Demokratisches Denken in der Weimarer Republik – Entstehungsbedingungen und Vorfragen, in: ders. (Hrsg.), *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, 2000, 11 ff. (16 f., 23 ff.). Vor allem gelang es nicht, die nachrückende junge Generation an die neue Ordnung zu binden.

¹⁸ E. Kaufmann Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, VVDStRL 3 (1927), 2 ff. (vgl. dazu die fassungslose Reaktion in der Aussprache von Anschütz ebd., 47 ff.). – Zur Problematik der Behauptung absoluter Werte in einer „weltanschaulich nicht mehr homogenen Gesellschaft“ hat E.-W. Böckenförde Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: FS Arndt, 1969, 53 ff. (65 f.) richtig ausgeführt, daß hier „die Berufung auf ein ‚absolutes Recht‘ oder ‚absolute Werte‘ ein politisches Privileg für bestimmte Gruppenvorstellungen und -ziele impliziert, sich unter Berufung auf die Absolutheit ihrer Rechtsvorstellung dem Einigungszwang im vorgesehenen Gesetzgebungsverfahren zu entziehen.“

¹⁹ Schmitts These von der hinter dem positiven Verfassungsgesetz stehenden „eigentlichen“ Verfassungsentscheidung konnte und sollte zur Relativierung des Geltungsanspruchs einzelner, verfassungstextlich niedergelegter Artikel oder ganzer Teile der geschriebenen Verfassung dienen: der erste Hauptteil konnte gegen den zweiten ausgespielt werden – oder umgekehrt. Überhaupt darf Schmitts „Verfassungslehre“ von 1928 nicht als rein akademische Analyse der Grundstrukturen einer verfassungsstaatlichen Ordnung betrachtet werden; sie war vielmehr deren (durchaus nicht traurig gestimmter) Abgesang. E.R. Huber Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935, 6 konstatierte: „Indem Schmitt die Verfassung des Weimarer Staates zum Gegenstand einer theoretischen Untersuchung machte, enthüllte er die geistigen Grundlagen und zugleich die innere Brüchigkeit dieses politischen Systems.“ – Auch Schmitts Auseinanderreißung von Parlamentarismus und Demokratie sowie seine Akklamations„theorie“ diskreditierten das Weimarer System. – Zum Vorstehenden vgl. aus der Überfülle der Literatur nur H. Hofmann Legitimität gegen Legalität (1964), 3. Aufl. 1995, XIII ff., 124 ff., 157 f.; hell-sichtig als Zeitgenosse R. Thoma Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 53 (1925), 212 ff.; ders. Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: H.C. Nipperdey (Hrsg.), *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, Bd. 1, 1929, 1 ff. (45).

²⁰ Zumindest mehrdeutig schillerten angesichts der düsteren politischen Realität auch Anforderungen, welche eine Art von Staatsvoraussetzungslehre an die gelingende Integration stellte. Das postulierte „Einheitsgefüge der Sinnerlebnisse“ (R. Smend Verfassung und Verfassungsrecht [1928], in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl. 1994, 119 ff. [126]) war hier offensichtlich nicht vorhanden, was an andere Formen politischer Synthesis als die eines parteienpluralistischen Parlamentarismus mit seiner unvermeidlichen Kompromißstruktur zumindest denken ließ (vgl. S. 141, 149, 175); auch die Vorordnung des Integrationswertes gegenüber dem Verfassungswert (vgl. S. 190) brachte den Geltungsanspruch der positiven Verfassung in die Schwebe; im übrigen teilte Smend die Abwertung des geheimen Wahlaktes (s. 153 Fn. 20) mit Carl Schmitt (ders. Zur geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl. 1925, 22 f.; ders. *Verfassungslehre* [Fn. 19], 243, 280 f.). Scharfe zeitgenössische Kritik

Repräsentationskraft ihrer Vertreter.²¹ Man buchstabierte Pluralismus als Desintegration, Parlamentarismus als Parteienherrschaft, Liberalismus als Staatsgefährdung.²² Obgleich hinter der Kritik an der Weimarer Verfassung häufig eine mehr oder minder deutlich vorgetragene Option für nicht-parlamentarische und nicht-demokratische Systeme hervortrat, so bedeutete dies keineswegs, daß sich die Positionen einzelner deutscher Staatsrechtslehrer vor 1933 als originär nationalsozialistisch qualifizieren ließen.²³ Eine „protfaschistische“ Staatsrechtslehre existierte nicht. Wohl aber war das liberal-demokratische Modell westlicher Prägung bei vielen hoffnungslos diskreditiert. Als sich dann seit der Staatskrise vom Sommer 1932 das Verfassungsrecht gewissermaßen im Kreise zu drehen begann²⁴ und niemand eine Lösung wußte, die mit Geist und Buchstaben der Verfassung vereinbar war,²⁵ standen neue „substantielle“ Konzepte

Smends bei *H. Kelsen* Der Staat als Integration, 1930; milder *Thoma* Bedeutung (Fn. 19), 9ff. Zu Smend jüngst noch *Stolte*s Geschichte III (Fn. 3), 174f. m.w.N. sowie die treffenden Gesamteinschätzungen von *S. Korioth* Integration von Norm, Wert und Wirklichkeit, in: M.-S. Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, 1999, 200ff., und *R. Lhotia* Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Integration als Philosophie des „Als-Ob“, in: Gusy, Demokratisches Denken (Fn. 17), 286ff.

²¹ Das Repräsentationsmodell von *G. Leibholz* (Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert [1929], 3. Aufl. 1966; Neudruck dieser Ausgabe u.d.T.: Die Repräsentation in der Demokratie, 1973) lag auf der gleichen Linie konzeptioneller Überforderung der realen politischen Ordnung und damit ihrer Delegitimierung; sein Konzept hatte mit egalitärem Wahlrecht und der Existenz politischer Parteien nichts zu tun, hätte aber gut zu einem ständischen Honoratiorensenat gepaßt. Vgl. näher *Hofmann* Repräsentation (Fn. 12), 21ff.; *ders./H. Dreier* Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 5 Rn. 10; *Stolte*s Geschichte III (Fn. 3), 105, 108 (auch zu Leibholz' Kritik am Wahlrechtssystem).

²² Treffend spricht *Stolte*s Geschichte III (Fn. 3), 104f. von der großen Intensität bei der „Herausarbeitung von Schwächen oder logischen Widersprüchen der Verfassung“ und einem „Willen zur diagnostischen Verschärfung“.

²³ So war Carl Schmitt in den Krisenmonaten vor der Machtergreifung ein Mann Schleichers, nicht Hitlers (detailliert *W. Pyta/G. Seiberth* Der Staat 38 [1999], 423ff., 594ff.). – Otto Koellreutter hatte allerdings 1932 einen Wahlaufuf zugunsten der NSDAP unterschrieben; dazu *J. Schmidt* Theodor Otto Koellreutter, in: H. Nehlsen/G. Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 331ff. (336).

²⁴ Diese ebenso treffende wie plastische Wendung bei *Willoweit* Verfassungsgeschichte (Fn. 8), § 38 IV 2 (S. 310); vgl. auch *Morsey* Woran scheiterte (Fn. 11), 12ff.

²⁵ Ausführlich zur Ausweglosigkeit im Rahmen der Verfassung, also ohne (zumindest temporären und die Gefahr eines Bürgerkrieges heraufbeschwörenden) Bruch der Verfassung, ohne Staatsstreich und ohne vorübergehende Militärdiktatur o.ä.: *Huber*

und andere „konkrete“ Topoi bereit:²⁶ wahres Volk, echte Gemeinschaft, Autorität statt Majorität, persönliche Führung.²⁷

II. Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933

I. Personelle Neuformation

Bereit standen auch Staatsrechtslehrer, das sich seit der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler schrittweise durchsetzende neue System zu stützen, zu deuten und nach Möglichkeit mitzugestalten. Freilich nicht alle. Einer ersten Gruppe wurde die Entscheidung, wie sie sich der „nationalen Revolution“²⁸ gegenüber verhalten sollten, abgenommen, indem man sie aus politischen Gründen oder wegen ihrer jüdischen Herkunft des Amtes enthob.²⁹ Die Entlassungswelle aus dem Frühjahr 1933 traf

Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1052 ff., 1162 ff., 1205 ff.; *D. Grimm* Verfassungserfüllung–Verfassungsbewahrung–Verfassungsauflösung, in: H.-A. Winkler (Hrsg.), Die deutsche Staatskrise 1930–1933. Handlungsräume und Alternativen, 1992, 183 ff.; *S. Koriath* Rettung oder Überwindung der Demokratie – Die Weimarer Staatsrechtslehre im Verfassungsnotstand 1932/33, in: Gusy, Demokratisches Denken (Fn. 17), 505 ff.

²⁶ Dazu *D. Grimm* Die „Neue Rechtswissenschaft“ – Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz (1985), in: ders., Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, 373 ff. (384 ff.); eingehend *O. Lepsius* Die gegensatzauhebende Begriffsbildung, 1994, 13 ff., 101 ff., 126 ff.; siehe noch *Gusy* Reichsverfassung (Fn. 8), 455 ff.; implizite Hinweise auch bei *K. Rennert* Die „geisteswissenschaftliche Richtung“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik, 1987; allgemein *Bracher* Machtergreifung (Fn. 3), 48 ff.; knapp *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 107 ff.

²⁷ Zu beachten bleibt, daß diese Begriffe und Vorstellungen vielfältig ausdeutbar waren und keinesfalls ihre spätere Real-Konkretisierung zwingend in sich trugen.

²⁸ So *O. Koellreutter* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933; *U. Scheuner* Die nationale Revolution, AöR 24 (1934), 166 ff., 261 ff.; *E. Tatarin-Tarnheyden* Werdendes Staatsrecht, 1934, 1 ff. Andere sprachen von nationalsozialistischer Revolution: *Heinrich Krüger* Die Verfassung der nationalsozialistischen Revolution, 1933; *E. Forsthoff* Der totale Staat, 1933, 14.

²⁹ Überblicksartige Darstellungen: *B. Limperg* Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, 44 ff.; *B. Rüthers* Entartetes Recht, 2. Aufl. 1989, 129 ff.; *H. Göppinger* Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl. 1990, 183 ff.; *S. Höpel* KritJ 26 (1993), 438 ff.; aufschlußreiche statistische Daten für die gesamte Rechtswissenschaft bei *L. Breunung* KritV 80 (1997), 359 ff.; vgl. auch die Schilderung von Einzelschicksalen (u.a. Nawiasky, Kaufmann, Kelsen, Heller) und die Gesamtbetrachtung von *Wolfgang Benz* in: H. Heinrichs u.a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, 1993, 677 ff., 693 ff., 705 ff., 767 ff., – Zu beachten sind ferner Arbeiten über die Vorgänge an einzelnen

u.a. die Staatsrechtslehrer *Hermann Heller*, *Erwin Jacobi*, *Hans Kelsen*, *Karl Löwenstein* und *Hans Nawiasky*, eine weitere Welle von 1935³⁰ *Erich Kaufmann*, *Walter Jellinek* und *Gerhard Leibholz*. Viele emigrierten.³¹ In Hamburg nahm sich *Kurt Perels* das Leben, nachdem er den Fragebogen zu seiner Abstammung ausgefüllt hatte.³²

Eine zweite Gruppe von Staatsrechtslehrern wahrte Distanz, wich vom stets besonders politischen Staatsrecht auf andere, unverfänglichere Themengebiete aus oder verstummte vernehmbar: an prominenten Vertretern sind *Triepel*,³³ *Smend*,³⁴ *Thoma*³⁵ und vor allem *Anschütz* zu nennen, der Ende März 1933 um seine vorzeitige Emeritierung nachsuchte;³⁶ des weiteren kommen hier *Bühler*, *Giese*, *Laforet* und *Laun* in Be-

Universitäten oder Fakultäten: z.B. *E. Wolgast* Die Universität Heidelberg in der Zeit des Nationalsozialismus, in: *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins* 135 (1987), 359ff.; *F. Golczewski* Kölner Universitätslehrer und der Nationalsozialismus, 1988. – Rechtsgrundlage war das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ v. 7. April 1933 (RGBl. I S. 175); zur Einschätzung des Gesetzes *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29): „Seine besondere Bedeutung liegt darin, daß es die artfremden Elemente aus der Beamtenschaft beseitigt.“

³⁰ Grund war die Verschärfung des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ v. 14. 11. 1935 (RGBl. I S. 1333). Zu beiden Wellen knapp *W. Kohl/M. Stolleis* NJW 1988, 2849 (2849); zum ganzen noch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 250ff., 254ff.

³¹ *M.R. Lepsius* Kultur und Wissenschaft in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1987), in: ders., *Demokratie* (Fn. 3), 119ff. (122) betont zu Recht, daß – jedenfalls auf Dauer – die „innere Emigration“ nur für Nichtjuden möglich war. Das wird statistisch bestätigt durch *L. Breunung* KritV 80 (1997), 359 (361f.).

³² Das geschah im September 1933. Siehe *H.P. Ipsen* Erinnerungen an elf Hamburger Staatsrechtslehrer, in: *FS Thieme*, 1993, 1063ff. (1065f.); *G. Nicolaysen* Rechtsfakultät 1933 – Juristische Professoren nach der Machtergreifung, ebd., 1101ff. (1104ff.).

³³ In der Würdigung von *R. Smend* Heinrich Triepel (1966), in: ders., *Abhandlungen* (Fn. 20), 594ff. fällt das Stichwort „innere Emigration“ (S. 604); ebd., 607 heißt es: „Seine Bereitschaft zu Verständnis und Verständigung war dem Dritten Reich gegenüber nach kurzer Zeit erschöpft. Vor dem Eindringen der Pöbelherrschaft des Dritten Reiches in die Universität trat er in ruhiger Würde ab.“ Zu Leben und Werk von *Triepel* siehe *A. Hollerbach* AöR 91 (1966), 417ff.; *U. Gassner* Heinrich Triepel – Leben und Werk, 1999.

³⁴ Die Anzahl seiner Veröffentlichungen in der Zeit des Nationalsozialismus ist bemerkenswert gering und widmet sich eher entlegenen Gebieten: vgl. *Smend* Abhandlungen (Fn. 20), 326ff., 346ff. und das Schriftenverzeichnis ebd., 609ff.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei *H.-D. Rath* Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874–1957, 1981, 196ff.; dort S. 200 auch der Hinweis auf seine gemäß Befehl des Gauleiters eingestampfte Rede „Die Völkerrechtsakte der Knechtung und der Befreiung der Rheinlande nach dem Weltkrieg“.

³⁶ Dazu (mit Text des Gesuches) *H. Dreier* ZNR 20 (1998), 28 (33f.).

tracht;³⁷ von den frisch Habilitierten verdient *Ernst Friesenhahn* Erwähnung.³⁸

Die Vertreter der dritten Gruppe, der im folgenden das Hauptaugenmerk gilt, stellten sich auf die Seite des neuen Systems. Bei einigen wie *Ernst Forsthoff* währte die Begeisterung nicht lang.³⁹ Die meisten aber publizierten in den folgenden Jahren im wesentlichen systemkonform, was interne und zuweilen durchaus wissenschaftlich zu nennende Kontroversen nicht ausschloß. Nach Rang, wissenschaftlicher Autorität und Anzahl der Publikationen standen hier von den bereits etablierten Staatsrechtslehrern drei im Vordergrund: *Carl Schmitt*, *Otto Koellreutter* und *Johannes Heckel*. Unter den besonders stark vertretenen jüngeren Jahrgängen, deren bewußtes politisches Erleben sich auf die Kriegsjahre der Monarchie und die Krisenjahre der Republik beschränkte,⁴⁰ waren es neben *Gustav Adolf Walz* vor allem *Ernst Rudolf Huber*, *Theodor Maunz* und *Ulrich Scheuner*, ferner *Herbert Krüger* und *Günther Küchenhoff*. Abzusetzen von diesen ist als vierte Gruppe ein kleiner, aber publikationsfreudiger Kreis von erklärten NS-Juristen wie *Best*,⁴¹ *Stuckart* und *Höhn*, von denen nur der

³⁷ Dazu – trotz des irreführenden Titels der Arbeit – einige Informationen bei *B. v. Bülow* *Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit* (1945–1952), 1996, 156ff., 160ff. (freilich mit nicht in allen Punkten überzeugender Aufteilung und Zuordnung).

³⁸ Vgl. *J.A. Frowein* AöR 110 (1985), 99ff.

³⁹ Schon seine – bemerkenswerterweise auf S. 8 als „nicht im Dienste des historischen Erkennens, sondern der politischen Aktion“ stehend charakterisierte – Schrift von 1933 („Der totale Staat“, 2. Aufl. 1934) läßt trotz aller jubelnden Bejahung der „nationalsozialistischen Revolution“ (S. 14) erkennen, warum: Forsthoff postulierte Grenzen der persönlichen Führung und betonte, daß zwar die Bewegung, nicht aber der Staat in der Person des Führers aufgehen könne. Ferner hieß es (S. 31): „Der Staat ist gebunden an Tradition, Gesetz und Ordnung.“ Später hat sich Forsthoff stärker dem Verwaltungsrecht (*Die Verwaltung als Leistungsträger*, 1938) und methodologischen Fragen (*Recht und Sprache*, 1940) zugewendet, seine antisemitischen Bemerkungen aus der Schrift über den totalen Staat von 1933 (S. 38f., 48) niemals wiederholt und vor allem in den Kriegsjahren sehr entschieden Rationalität und Formalität des Rechts betont: Charakteristika, die ansonsten von der offiziellen Doktrin eher geschmäht und als typisch liberalistisch bezeichnet wurden (deutlich *E. Forsthoff* *Grenzen des Rechts*, 1941, 12, 15, 17, 19ff.).

⁴⁰ Eindrücklich beschrieben von *E.R. Huber* *Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Zeit*, in: H. Quaritsch (Hrsg.), *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt*, 1988, 33ff. (33f.); zur Generationenfrage auch knapp *Bracher* *Machtergreifung* (Fn. 3), 48, 55, und *Grimm* „*Neue Rechtswissenschaft*“ (Fn. 26), 389. Allgemein dazu *M.H. Kater* *Die nationalsozialistische Machtergreifung an den deutschen Hochschulen. Zum politischen Verhalten akademischer Lehrer bis 1939*, in: FS Martin Hirsch, 1981, 49ff. (55, 58), insb. mit Blick auf entsprechende Karrierechancen, die sich in Weimar nicht geboten hätten.

⁴¹ Zu ihm *U. Herbert Best*. *Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft* (1903–1989), 1996.

letztenannte einen Lehrstuhl innehatte.⁴² Für alle Namensreihen gilt selbstverständlich, daß sie keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.⁴³

2. „Nationale Erhebung“

Die Parteinahme für das neue Regime dokumentierte sich in einer wahren Flut von Zeitschriftenbeiträgen und daneben in einer seinerzeit stark verbreiteten Publikationsform, die man treffend als „Flugschriften“⁴⁴ bezeichnet hat: eher Broschüren als Monographien, eher Bekenntnisse⁴⁵ als wissenschaftliche Analysen.⁴⁶ Dabei zählt es zu den Besonderheiten gerade dieser Konsolidierungsphase, daß sich wegen der absoluten Vagheit des nationalsozialistischen Programms und seiner amalgamierungsfähigen Propagandaformeln⁴⁷ vielfältige Projektionsflächen für

⁴² Zu Höhns Wirken an der Berliner Universität näher *A.-M. Gräfin v. Lösch* *Der nackte Geist*, 1999, 320ff., 394ff., 426ff. (zu diesem Buch wiederum lesenswert die Rezension von *H.H. Jakobs* *Rechtshistorisches Journal* 19 [2000], 181ff.). Die dem im Jahre 2000 Verstorbenen gewidmeten Nachrufe beleuchtet kritisch *B. Rüthers* *NJW* 2000, 2866ff.

⁴³ Aus Platzgründen ist ebenso selbstverständlich, daß nicht zu allen genannten Autoren im ohnehin schon umfangreichen Anmerkungsapparat vertiefte biographische und bibliographische Angaben gegeben werden können. Pauschal sei insofern verwiesen auf *Stolleis* *Geschichte* III (Fn. 3), insb. das dritte, fünfte, siebente, achte und neunte Kapitel.

⁴⁴ *A. Voigt* *Die Staatsrechtslehrer und das Dritte Reich*, in: *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte* 31 (1979), 195 (195): „Es entstand in jenen Umbruchsjahren eine Literaturgattung, die vorher nicht vorhanden gewesen war, alsbald versiegte und auch nach 1945 vergleichsweise nicht in Erscheinung trat: Flugschriften sozusagen, wie denn solche, einer alten Lexikondefinition zufolge (Meyer 1979), Schriften von wenigen Bogen darstellen, die verbreitet werden, um irgendeiner Parteisache zu dienen, die öffentliche Meinung für oder gegen irgend eine Sache oder Person einzunehmen“. Zeitgenössisch *O. Koellreutter* *Der Deutsche Führerstaat*, 1934, 3 („Broschürenliteratur“). – Einschlägige Publikationsreihen waren: *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck); *Der deutsche Staat der Gegenwart* (Hrsg.: Carl Schmitt), Verlag Hanseatische Verlagsanstalt, 1933 gegründet; *Das Recht der nationalen Revolution*, Verlag Carl Heymanns, 1933 gegründet. – Zum Phänomen der „Wendeliteratur“ allgemein *B. Rüthers* *NJW* 2000, 2402ff.

⁴⁵ Darauf weist treffend hin *Stolleis* *Geschichte* III (Fn. 3), 321, der zudem von einem wahren „Schöpfungsrausch“ (S. 320) spricht.

⁴⁶ Zur Vielfalt der ineinander verschlungenen Motive für diese Art der Selbstpositionierung *Stolleis* *Geschichte* III (Fn. 3), 321; *Kater* *Machtergreifung* (Fn. 40), 52, 55ff.; *D. Majer* *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*, 1987, 28; *A. Laufs* *JuS* 2000, 1 (6).

⁴⁷ *Bracher* *Machtergreifung* (Fn. 3), 49 charakterisiert die nationalsozialistische Weltanschauung als „überaus heterogenes Konglomerat von halbdurchdachten Ideen, nationalistischen und sozialen Ressentiments, romantischen Gefühlsaufwallungen und aggress-

eigene Vorstellungen boten. Das nährte manche Illusion, die weitere Entwicklung im eigenen Sinne beeinflussen oder gar eine Art von Meinungsführerschaft⁴⁸ übernehmen zu können. Eine exakte zeitliche und sachliche Grenze zwischen Wunschvorstellungen, autosuggestiver Wahrnehmungseingeführung und blindem Gefolgschaftswillen läßt sich hier natürlich nicht ziehen. Manche Äußerungen wirkten geradezu beschwörend, andere eher wie „Phantasiestücke“.⁴⁹ Spätestens mit dem sog. Röhm-Putsch⁵⁰ Mitte 1934 war dann aber Klarheit geschaffen.⁵¹ Ernst-

siv-revolutionären Aktivismustheorien“; ausführlicher *ders.* Die deutsche Diktatur, 1969, 155 ff., 270 ff., 370 ff.; knapp *F. Ermacora* Allgemeine Staatslehre. Erster Teilband, 1970, 178 ff. – Zur Rezeptionsfähigkeit der NS-Formeln für die Staatsrechtslehre *O. Lepsius* Persongebundene oder strukturorientierte Bewertungskriterien für juristisches Verhalten im Nationalsozialismus, in: H. Nehlsen/G. Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 63 ff. (75 ff.).

⁴⁸ Vgl. *H. Ridder* Ex oblivione malum, in: Gesellschaft, Recht und Politik. Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, 1968, 305 ff. (317 Fn. 23): „Aufstieg in den Kreis der neuen Celebritäten“; *Grimm* „Neue Rechtswissenschaft“ (Fn. 26), 388 ff.; *Lepsius* Begriffsbildung (Fn. 26), 119; vgl. auch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 318 ff.

⁴⁹ So *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (245); von ‚beschwörenden‘ Stellungnahmen ist bei *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 198 die Rede. Dazu wäre wohl, um ein Beispiel zu nennen, das Festhalten an einer rechtsstaatlichen Gestaltung und die Vorstellung einer nicht aggressiven Außenpolitik des neuen Regimes zu zählen (so *Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 11, 33). Derartige Phantasiestücke gab es auch später noch einmal in Gestalt von Hans Franks Reden aus dem Sommer 1942; dazu instruktiv und mit Dokumentation *D. Willoweit* ZNR 16 (1994), 272 ff. – Zu einigen von Wunschvorstellungen getragenen Konzepten noch *Lepsius* Bewertungskriterien (Fn. 47), 76 ff., 82.

⁵⁰ Zum sog. Röhm-Putsch als „Felonie“ und als Akt, der bis dahin im neuzeitlichen Europa niemals gesehen ward, vgl. *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (268). – *I. Kershaw* Hitler 1889–1936, 1998, spricht diesbezüglich von „einer Art modernen Bartholomäusnacht-Massakers“ (S. 638) und von „Gangstermethoden“ (S. 651); ebd., 657 wird die Tat mit dem Valentins-Massaker von Al Capone verglichen. – In ähnliche Richtung geht die Bemerkung von *G. Stourzh* VjhZG 38 (1990), 497 (499).

⁵¹ Insofern ist eben auch der berühmt-berüchtigte Aufsatz von *C. Schmitt* („Der Führer schützt das Recht“) in DJZ 1934, Sp. 945 ff. von unbezweifelbarer Eindeutigkeit (*Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], 190 ff.; *B. Rühers* Carl Schmitt im Dritten Reich, 2. Aufl. 1990, 76 ff.) und wirken Versuche, selbst hierin noch eine Art von waghalsiger Verteidigungsstrategie zugunsten der Begrenzung staatlichen Handelns zu erblicken (vgl. Nachweise bei *Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], V, XIII; skeptisch gegenüber den Exkulpationen letztlich auch *H. Quaritsch* Positionen und Begriffe Carl Schmitts, 1989, 82 ff.), ihrerseits mehr als gewagt. – Das Regime selbst rechtfertigte sich mit dem von Reichsjustizminister Gürtner sowie Hitler und Reichsinnenminister Frick unterzeichneten Gesetz vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 529), welches die Mordakte als „Staatsnotwehr“ und daher als „rechters“ deklarierte (eingehend *L. Gruchmann* Justiz im Dritten Reich 1933–1940, 1988, 448 ff.), aber nicht die Schmittsche These vom Führer als „obersten Gerichtsherrn“ aktivierte; diese Position wurde seinerzeit nur von *H. Frank*

hafte Hoffnungen auf die Bewahrung einer Art von autoritärer Rechtsstaatlichkeit⁵² mit einer im Kern funktionierenden Justiz und einer in alter Tradition verankerten Rechtsidee, auf ein Festhalten an Gewaltenteilung und Machtkontrolle konnte man seitdem kaum mehr hegen. Zugleich war es jetzt für wirksamen Protest zu spät.

3. *Legale Revolution?*

Derartiger Protest hätte sich möglicherweise an der fraglichen Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes⁵³ oder auch der „Verordnung zum Schutz von Volk und Staat“ vom 28. Februar 1933⁵⁴ festmachen können. Doch bejahten ereignisnahe Deutungen die Legalität der einzelnen Schritte der Machtergreifung bzw. Machtübergabe⁵⁵ am Maßstab der Weimarer Reichsverfassung.⁵⁶ Das wirkte sedativ. Und in der Leichtig-

(DR 1934, 321 f.) und R. Freisler (DJ 1935, 856 [857]) geteilt; allgemeine Wendung vom „Führer als obersten Gerichtsherrn der Nation“ bzw. „des deutschen Volkes“ bei H. Frank Vorbemerkungen, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, XIII ff. (XVI, XVII). – Stellungnahmen von der Art des Schmittschen Aufsatzes finden sich im sonstigen staatsrechtlichen Schrifttum der Zeit im übrigen praktisch nicht (lediglich G. Küchenhoff Art. Führer und Reichskanzler, in: E. Volkmann/A. Elster/G. Küchenhoff [Hrsg.], Handwörterbuch der Staatswissenschaft, Bd. 8, 1937, 203 ff. [203] spricht später von den „ausgezeichneten Darlegungen von Carl Schmitt“); zu Protesten aus Kreisen der Justiz O. Gritschneider „Der Führer hat Sie zum Tode verurteilt ...“ Hitlers „Röhm-Putsch“-Morde vor Gericht, 1993. Zum Schwellencharakter der Röhm-Aktion noch Stern Staatsrecht V (Fn. 7), 843 f.

⁵² Terminus in Anlehnung an die Arbeiten von Linz Regime (Fn. 14). U. Scheuner Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (901) spricht explizit von einer „Gestaltung der Staatsführung, die man als ‚autoritäre Volksregierung‘ bezeichnen kann“; ähnlich C.H. Ule RVBl. 1933, 604 (606 f.): „Herstellung einer autoritären Staatsführung“. Dagegen aber G.A. Walz DJZ 1933, 1334 (1338).

⁵³ Über Besonderheit und Tragweite des Ermächtigungsgesetzes herrschte jedenfalls keine Unklarheit, auch nicht darüber, daß die WRV damit definitiv beendet war: vgl. H. Triepel Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, in: Deutsche Allgemeine Zeitung Nr. 157 v. 2. April 1933, 1 (2); U. Scheuner Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (902 f.).

⁵⁴ Diese sog. „Reichstagsbrandverordnung“ verdiente eine genauere Betrachtung (siehe Bracher Machtergreifung [Fn. 3], 130 ff.). Im übrigen wurde sie bis zum Ende des Dritten Reiches als generalklauselartige Rechtsgrundlage herangezogen; vgl. nur T. Maunz Gestalt und Recht der Polizei, in: E.R. Huber (Hrsg.), Idee und Ordnung des Reiches, Bd. 2, 1943 (Dritter Beitrag), 3 ff. (22 ff., 25, 49).

⁵⁵ Dazu oben Fn. 3.

⁵⁶ Die Formel von der „legalen Revolution“ stammt von Triepel Die nationale Revolution (Fn. 53), 1 f.; aufgegriffen von G.A. Walz DJZ 1933, 1334 (1336, 1338); U. Scheuner Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (900 m. Fn. 1); ders. AöR 63 (1934),

keit, ja Leichtfertigkeit, mit der die Formel von der legalen Revolution gehandhabt wurde,⁵⁷ kam wohl auch die Erleichterung darüber zum Ausdruck, die ungeliebte und funktionsunfähige Republik hinter sich lassen zu können.⁵⁸ Rasch stellte sich dann die Deutung jedoch um und auf

166 (167); *Meukel* Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933 (RGBl. I S. 141), sog. Ermächtigungsgesetz, in: Frank (Hrsg.), Handbuch (Fn. 51), 343 ff. (344). Im Kern heißt das: die einzelnen Schritte der Machtergreifung, vor allem das Ermächtigungsgesetz, seien formal korrekt nach den Regeln der Weimarer Verfassung zustande gekommen, die aber für das weitere Verfassungsrecht keinen Maßstab mehr bilde. Zusammenfassend *G. Dannemann* Legale Revolution, Nationale Revolution. Die Staatsrechtslehre zum Umbruch von 1933, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 3 ff.; vgl. auch *Huber* Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1266, demzufolge die Formel „den historischen Vorgang nur unvollkommen und mißverständlich“ umschreibe. – Entscheidend ist vor allem eines: *Triepel* op. cit., will von „ungesetzlichen oder in ihrer Gesetzlichkeit bestreitbaren Einzelakten“ absehen (die er damit immerhin anspricht); das hindert ihn aber eben nicht an der Generaleinschätzung, daß es „echte deutsche Art“ sei, „Revolutionen in aller Form Rechts zu veranstalten“, und am Verweis auf das Beispiel der Paulskirchenversammlung (!); ähnlich *Scheuner* op. cit., Sp. 900. – Diese Einschätzungen gelten einer innenpolitischen Entwicklung der ersten Monate des Jahres 1933, die Zeithistoriker als eskalierende Orgie der Gewalt beschreiben (*Bracher* Machtergreifung [Fn. 3], 108 ff., 128 ff., 137 ff., 190 ff.; *M. Broszat* Der Staat Hitlers [1969], 11. Aufl. 1986, 94 ff., 99 ff., 108 ff.; *Fest* Hitler [Fn. 3], 555 ff.; *Frei* Führerstaat [Fn. 3], 41, 43 ff.; *Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 94 ff.). Man bedenke nur, daß Göring in seiner Eigenschaft als (kommissarischer) Innenminister Preußens 50000 SA-Männer zu „Hilfspolizisten“ machte (diese trugen zu ihrer SA-Uniform eine weiße Armbinde). Zahlreiche Bitt- und Beschwerdeschriften aus der Bevölkerung an Hindenburg leitete dieser ungerührt an den Reichskanzler Hitler weiter; eine Vielzahl weiterer aufschlußreicher Dokumente findet sich bei J. Becker/R. Becker (Hrsg.), Hitlers Machtergreifung, 1983.

⁵⁷ Gegen die Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes läßt sich zunächst anführen, daß sämtliche KPD-Abgeordnete und einige Sozialdemokraten fehlten, weil sie in „Schutzhaft“ genommen, untergetaucht oder ins Ausland geflohen waren (vgl. *E. Wadle* JuS 1983, 170 [175]); sie konnten an der parlamentarischen Willensbildung nicht teilnehmen und diese nicht beeinflussen. Noch schwerer wiegt der physische und psychische Druck auf die Versammlung durch die Anwesenheit von SS- und SA-Trupps vor und in der Kroll-Oper (*Wadle* op. cit., 175 f.; vgl. noch *Willoweit* Verfassungsgeschichte [Fn. 8], § 39 II 1 [S. 315]; *Fest* Hitler [Fn. 3], 580; *Bracher* Machtergreifung [Fn. 3], 229, 233). Als entscheidend erweist sich die fehlerhafte Zusammensetzung des Reichsrates, da entgegen Art. 63 I WRV und dem Urteil des Staatsgerichtshofes im Prozeß um den „Preußenschlag“ 34 der 66 Stimmen von Reichskommissaren ausgeübt wurden (eingehend *H. Schneider* Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, 1961, 28 f., 43 ff.; knapp *R. Grawert* Die nationalsozialistische Herrschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, § 4 Rn. 5). – Eine der wenigen kritischen zeitgenössischen Stimmen stammt von *A. W.* [d.i. *H. Nawasky*], Schweizerische Rundschau 33 (1933/34), 891 ff.

⁵⁸ *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2: dem „Marxistische[n]“ in der Weimarer Verfassung werde man „keine Träne“ nachweinen; siehe auch *U. Scheuner* AöR 63 (1934),

eigene Beine:⁵⁹ jetzt hieß es, die formale Legalität der Revolution sei nur aus Rücksichtnahme auf den Funktionsmodus der Bürokratie erfolgt bzw. dem deutschen Sinn für Ordnung geschuldet gewesen.⁶⁰ Der Sache nach trage der Nationalsozialismus seine Legalität bzw. Legitimität – beides lasse sich ohnehin nicht mehr trennen – ganz in sich selbst, ohne sie sich vom überwundenen System erborgen zu müssen.⁶¹ So galt schon die

166 (208 ff.). – Man vergleiche 1918/19 und 1933: so viele staatsrechtliche Bedenken gegen die revolutionäre Begründung der Demokratie dort, so wenige gegen die ersten Schritte auf dem Weg in die Diktatur hier! – Der „Grund“: im Unterschied zum Novemberumsturz habe man es 1933 mit einer „echten Revolution“ zu tun gehabt (*Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 10; ähnlich ebd., 23; *ders.* Der Aufbau des deutschen Führerstaates [1936], in: H.-H. Lammers/H. Pfundtner [Hrsg.], Grundlagen, Aufbau und Wirtschaftsordnung des nationalsozialistischen Staates, Bd. 1, 1 ff. [18]; *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht [Fn. 28], 1 ff.; zur gleichsinnigen Position Schmitts vgl. *Hofmann* Legitimität gegen Legalität [Fn. 19], 190 f.).

⁵⁹ Deutlich der erste Satz von *C. Schmitt* Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, 1933, 5: „Das gesamte öffentliche Recht des heutigen deutschen Staates steht heute auf eigenem Boden.“ Ebd., 7 spricht er vom „klaren und einfachen Standpunkt ... , daß das Recht des gegenwärtigen nationalsozialistischen Staates nicht auf einer ihm wesensfremden und wesensfeindlichen, sondern auf seiner eigenen Grundlage ruht.“ – In der Sache ebenso *Huber* Wesen (Fn. 19), 76: „So kommt es auch für die Geltung der revolutionär geschaffenen nationalsozialistischen Staatsordnung nicht auf die Legalität im Sinne der Weimarer Verfassung, sondern auf die Legitimität im Sinne der völkischen Idee an.“ S. auch ebd., 63 und in allgemeinerer Fassung ebd., 60; *ders.* Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939, 44 ff. (49: „Wer aus der Legalität der nationalsozialistischen Revolution schließt, die Weimarer Verfassung gelte noch, bewegt sich im Rahmen eines verfehlten juristischen Formalismus, eines verfassungsrechtlichen Positivismus und Normativismus.“).

⁶⁰ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 8: „Die deutsche Revolution war legal, d.h. gemäß der früheren Verfassung formell korrekt. Sie war es aus Disziplin und deutschem Sinn für Ordnung.“ Ähnlich *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2.

⁶¹ Das war gleichsam „h.M.“: vgl. *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 166 (167); *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 10; *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 4 f. – Scharf *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 6: „Jeder Versuch, die heutige Rechtslage von der Weimarer Verfassung aus zu rechtfertigen oder zu widerlegen, ist daher, vom nationalsozialistischen Staat aus gesehen, entweder ein sinnloses Spiel, oder ein Ausdruck des politischen Bestrebens, das heute geltende öffentliche Recht und die dem heutigen Staat zukommende *auctoritas rei constitutae* in die Gedankengänge des früheren Rechts zurückzuführen und dadurch entweder zu paralysieren oder doch wenigstens zu relativieren. (...) Manche Juristen, die sich offenbar nicht an die Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staates gewöhnen können, haben versucht, fundamentale neue Gesetze dieses Staates je nachdem großzügig als ‚zulässige‘ oder kritisch als ‚unzulässige‘ Abweichungen von der Weimarer Verfassung hinzustellen, die ausschließlich an jenem ‚Ermächtigungsgesetz‘ zu messen wären. Das ist eine innerlich unmögliche, unhaltbare Auffassung.“ Ebd., 8 heißt es: „Es wäre juristisch falsch und politisch ein Sabotageakt, aus dieser Art Legalität eine Weitergeltung überwundener Rechtsgedanken, Einrichtungen oder Normierungen und damit

Wahl vom 5. März nicht als Wahl, sondern als plebiszitäre Anerkennung Hitlers als Führer des deutschen Volkes.⁶² Die radikalste Interpretation nahm freilich *Johannes Heckel* vor: Das Ermächtigungsgesetz war dem protestantischen Staatskirchenrechtler zufolge als Kapitulation des Weimarer Verfassungsstaates zu verstehen, wobei die Mitwirkung der nationalsozialistischen Staatsleitung deren Entgegennahme bedeutete.⁶³ Vor allem aber sei die Ernennung Hitlers durch den Reichspräsidenten nicht von konstitutiver Bedeutung gewesen, ja mehr noch: das Führeramt sei „überhaupt durch keine irdische Instanz an Adolf Hitler übertragen worden, sondern durch jene höhere Macht, welche die Geschicke der Völker lenkt“; der Volksführer wird danach „nicht gemacht, ernannt oder gewählt, sondern ist von Gott erwählt“;⁶⁴ „providentielle Sendung“ und „Erwählung durch die Vorsehung“ seien entscheidend.⁶⁵ Verherrlichung-

eine fortdauernde Unterwerfung unter den Buchstaben oder den Geist der Weimarer Verfassung abzuleiten.“ Desgleichen *C. Schmitt* DR 1934, 27 (27f.). – Für *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (52) sind sämtliche Akte der nationalsozialistischen Regierung nach dem 30. 1. 1933 gemäß dem Grundsatz der nationalsozialistischen Legalität zu beurteilen, die von der taktische Vorteile bringenden Legalität der „Kampfzeit“ (ebd.) kategorial unterschieden wird; ähnlich *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 45f., 48f.

⁶² *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 7: „Die Wahl war in Wirklichkeit, rechtswissenschaftlich betrachtet, eine Volksabstimmung, ein Plebiszit, durch welches das deutsche Volk Adolf Hitler, den Führer der nationalsozialistischen Bewegung, als politischen Führer des deutschen Volkes anerkannt hat. (...) Reichstag und Reichsrat handelten hier also nur als Vollzugsorgane des Volkswillens.“ Ebenso *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28): „Diese ‚Wahl‘ war in Wahrheit eine Volksabstimmung“. *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (52) spricht umstandslos von der „Volksabstimmung im März 1933“, die den Tag des revolutionären Sieges (30. 1. 1933) nur bestätigt habe. – Anders jetzt *Huber* Verfassungsgeschichte VII (Fn. 3), 1266. – *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28) gesteht (sich?) zu, daß am 30. Januar 1933 noch nicht „so klar zum Bewußtsein kommen konnte wie heute“, daß mit der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler „auch verfassungsrechtlich etwas wesentlich Anderes vor sich gegangen (ist) als bei der Ernennung irgendeines beliebigen anderen Reichskanzlers.“ Vorsichtiger die zeitnahe Deutung von *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (899): „eindrucksvolle Legitimierung der Regierung in der Wahl vom 5. März“. – Zur Erinnerung: bei der (nicht mehr wirklich als „frei“ zu titulierenden) Wahl vom 5. März 1933 stimmten 56% der Wähler *nicht* für die NSDAP, die knapp 44% errang; auf die verbündete Kampffront Schwarz-Weiß-Rot entfielen rund 8%.

⁶³ *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (55). Nicht unähnlich *C. Schmitt* DR 1934, 27 (28): Der Reichstag sei am 23. März 1933 gar nicht mehr in der Lage gewesen, zu irgendetwas zu „ermächtigen“; er habe lediglich „in Ausführung des Ergebnisses der Wahl vom 5. März 1933 bestätigt, daß Adolf Hitler für vier Jahre freie Hand hat.“

⁶⁴ *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (59).

⁶⁵ Zitate wiederum bei *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (60), wo es zusammenfassend heißt: „Das Amt des Führers ist dank seiner politisch-religiösen Grundlage wesentlich ein providentielles Amt und entzieht sich einer juristischen Technisierung.“ Ebd., 61, ist von der

gen dieser Art⁶⁶ blieben im staatsrechtlichen Schrifttum vereinzelt.⁶⁷ Gemeinhin begnügte man sich mit der Feststellung, daß die Verfassung Weimars mit der Machtergreifung außer Kraft getreten war und die Weitergeltung einzelner Bestimmungen allein auf dem Willen der erfolgreichen revolutionären Bewegung fußte. Welche das im einzelnen waren, blieb unklar und führte zu mancherlei Streitfragen.⁶⁸

4. Negativkonsens

Diese eigentümlich negatorische Struktur: Gewißheit über die Nichtgeltung, Ungewißheit über die positive Regelung, kennzeichnete das Schrifttum besonders der ersten Jahre auch sonst.⁶⁹ Es lebte zu einem Gutteil von polemischen Negationen und Anti-Haltungen.⁷⁰

„Mission“ des Führers die Rede; desgleichen *J. Heckel* Wehrverfassung und Wehrrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, 22, 23 m. Fn. 11: providentielle Sendung, Mission, Hitler als Volksführer. – Anderes, stärker geschichtsphilosophisch-hegelianisches Denken kommt zum Ausdruck, wenn etwa *Huber* Wesen (Fn. 19), 77 die „geschichtliche Sendung der Nation“ anführt oder von der „völkischen Sendung“ spricht. Signifikant für eine solche rechtshegelianische Grundierung auch *E.R. Huber* AöR 24 (1934), 244 ff.

⁶⁶ Da eine solche Überperson natürlich auch nicht der Lüge geziehen werden konnte, mußte eine Erklärung für den Wahrheitsgehalt von Hitlers Eidesleistung auf die Weimarer Verfassung vom 30. 1. 1933 her: lies *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (53 ff.). *H. Mosler* Staatsrechtslehre und Nationalsozialismus, unveröff. Ms. 1966, 16, notiert dazu: „Damit war die Ehre des Führers gerettet; den Preis zahlte die Rechtswissenschaft.“

⁶⁷ Vgl. aber noch *Herbert Krüger* Führer und Führung, 1935, 26 f.: „Begnadung“ des Führers, der „von einer höheren Instanz dem Menschen gegeben“ ist; *ders.* DR 1935, 310 (310): „Der Führer hat das Höchstmaß der Wirklichkeit. In ihm vereinigen sich alle persönlichen und sachlichen Lebensströme des deutschen Volkes, und zwar auf unsichtbare Weise, die das einmalige Geheimnis seiner Begnadung ist.“ Für *G. Küchenhoff* JR 1934, 17 (17) ist der Führer „zugleich unser größter Staatsphilosoph“; ferner *ders.* Art. Führergrundsatz, Führertum, in: Volkmar u. a., Handwörterbuch (Fn. 51), 197 ff.

⁶⁸ Z.B. Urteilsanmerkung von *E.R. Huber* JW 1934, 1745 ff. Siehe auch *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 59), 46 ff., 52 ff.; *C.H. Ule* Eine wissenschaftliche Zeitschrift als Spiegel der Verfassungs- und Verwaltungswirklichkeit in ihrer Zeit: Das Reichsverwaltungsblatt 1933–1943, in: *ders.*, Beiträge zur Rechtswirklichkeit im Dritten Reich, 1987, 82 ff. (121 f.); Hans. Sondergericht, RVBl. 1935, 700 (700). – Beispiel für Weitergeltung: *W. Weber* Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, 13 f. (Inkrafttreten von Reichstagsgesetzen innerhalb von 14 Tagen gem. Art. 71 f. WRV). Streitig war etwa auch die Anwendung von § 839 BGB, Art. 131 WRV auf die NSDAP (vgl. *O. Koellreutter* VerwArch. 45 [1940], 113 [125 f.]). Gegen Weitergeltung der Art. 133, 79 WRV etwa *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 21 f. – Versuch eines Gesamtüberblickes bei *H. Pfundtner* Die Quellen der geltenden Verfassung, in: Frank, Handbuch (Fn. 51), 331 ff. (333 ff.).

⁶⁹ Vgl. etwa *Huber* Wesen (Fn. 19), 48 u.ö.

⁷⁰ „Polemische Negation“ in Anlehnung an *U. Storost* Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1978, 492. Von „Anti-Haltungen“ spricht auch *K.A. Anderbrügge* Völkisches

a) *Anti-Liberalismus*

Das trifft besonders auf den anti-liberalistischen Komplex zu, der anti-individualistische sowie anti-pluralistische Aspekte bündelte und auch die Beseitigung sog. formeller rechtsstaatlicher Garantien umschloß.⁷¹ Dem Liberalismus hielt man jetzt sozusagen aus der Siegerwarte⁷² einmal mehr vor, daß die unpolitische Freiheit nicht als Basis einer politischen Ordnung taue,⁷³ seiner Verknüpfung mit der Demokratie, daß der Status des Bürgers nicht „zugleich aktiv und negativ“ sein könne.⁷⁴ Der liberalen Antithetik von Recht und Politik wurde ein staatsfeindlicher Kern attestiert.⁷⁵ Vor allem Grundrechte schufen eine staatsfreie, ja antistaatliche Sphäre und fesselten mit ihren subjektiven Ansprüchen den Staat an Händen und Füßen;⁷⁶ für sie sei nun „kein Platz“ mehr.⁷⁷

Rechtsdenken, 1978, 34 ff., gliedert diese aber anders auf als im folgenden. Siehe ferner *Majer Grundlagen* (Fn. 46), 25: die neue Rechtswissenschaft „lebte in erster Linie von der Abgrenzung, von der Polemik gegen den liberalen Rechtsstaat. Sie vermochte nur zu sagen, was sie *nicht* sein wollte, nicht jedoch, was ihr *konkreter* neuer Gehalt war.“ Ähnlich *M. Stolleis* ZNR 1 (1979), 99 (101).

⁷¹ Dieser letztgenannte Aspekt ist als Erklärungsproblem zu Recht hervorgehoben bei *E.-W. Böckenförde* Vorwort, in: ders., *Staatsrecht* (Fn. 29), VI f. – Man wird hier insofern zu bedenken haben, daß diese rechtsstaatlich-liberale Tradition möglicherweise einerseits nicht so tief verwurzelt war, wie man dies gern anzunehmen geneigt ist, und andererseits alternative Konzepte und Einstellungen in Opposition gegen das aufklärerische, „französische“, rationalistische Denken niemals ganz verschwanden. Untersuchungswürdige Stichworte wären u.a.: (politische) Romantik, Organismusvorstellungen, heilsgeschichtliche Visionen des „Reiches“, übersteigter Nationalstaatsgedanke, Militarisierung der Gesellschaft im Bismarckreich und durch den Ersten Weltkrieg, „Ideen von 1914“.

⁷² Das wird deutlich bei *T. Maunz* DR 1936, 488 (490). Wie viele andere spricht *Koellreuter* Aufbau (Fn. 58), 7 im Rückblick vom „entarteten Liberalismus“; desgleichen *ders.* *Deutsches Verfassungsrecht*, 3. Aufl. 1938, 72, 206 u.ö. Gegen eine zu pauschale Verwerfung allen liberalistischen Denkens aber später *ders.* RVBl. 1941, 445 (448).

⁷³ *Huber* Wesen (Fn. 19), 35; auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 24 (Grundrechte „kein staatliches Konstruktionsprinzip“).

⁷⁴ *Huber* Wesen (Fn. 19), 34.

⁷⁵ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 37.

⁷⁶ Siehe *Huber* Wesen (Fn. 19), 93: Weimarer Grundrechte als „Schutzwall ... gegen den zur Ohnmacht verdamnten Staat.“

⁷⁷ *Koellreuter* Vom Sinn (Fn. 28), 32. *Ders.* *Verfassungsrecht* (Fn. 72), 90: „Für ein solches a-völkisches Denken, das in den liberalen Grundrechten Gestalt gewonnen hatte, ist im deutschen Führerstaate kein Raum mehr.“ Dazu, daß für subjektive öffentliche Rechte kein Raum mehr sei, auch *U. Scheuner* Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, in: H. Frank (Hrsg.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1937, 82 ff. (84, 86, 89, 92); besonders drastisch *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 152: „die ‚Grundrechte‘ sind tot.“ Siehe noch *Forsthooff* Leistungsträger (Fn. 39), 1: „Die Grundrechte gehören der Geschichte an.“ *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 361: „Insbesondere die Frei-

Individualismus,⁷⁸ Pluralismus⁷⁹ und Gewaltenteilung⁸⁰ figurierten so als typische Erscheinungsformen „liberale(r) Zerreißen“. ⁸¹ Dagegen stand die propagierte Einheit von Ordnung und Freiheit,⁸² die Einheit von Volk und Staat,⁸³ die Einheit von Partei und Staat,⁸⁴ die Einheit der Staatsgewalt.⁸⁵

heitsrechte des Individuums gegenüber der Staatsgewalt mußten verschwinden; sie sind mit dem Prinzip des völkischen Reiches nicht vereinbar.“ Nach *Krüger Führer* (Fn. 67), 145 ist durch die nationale Revolution „der ganze gedankliche und literarische Apparat des Liberalismus und der Demokratie in die Rumpelkammer geraten“.

⁷⁸ *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2 erklärte: „Dem Tode geweiht ist aber auch der das Volk atomisierende Individualismus, auf dessen Acker der Parlamentarismus des 19. Jahrhunderts allein emporwuchern konnte.“ *W. Best RVBl.* 1939, 757ff. beschreibt die Weimarer Verfassung als Prototyp einer „individualistisch-humanitären Weltanschauung“. Wie viele andere auch sah *T. Maunz DR* 1936, 488 (488) die Rechtswissenschaft durch „einen artfremden Individualismus“ gelähmt.

⁷⁹ Repräsentativ für die schädliche Wirkung der Interessenverbände *Schmitt Staat, Bewegung, Volk* (Fn. 59), 24; ebenso *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 26 u.ö. – *Huber Wesen* (Fn. 19), 92 spricht mit Blick auf Weimar von einem „marxistisch-liberal-demokratisch-ultramontanen Pluralismus“, *G.A. Walz DR* 1938, 409 (411) von der „pluralistischen Anarchie“; ähnlich *H.P. Ipsen ZgesStW* 100 (1940), 309 (309): „pluralistische Entartung“.

⁸⁰ Die alte Gewaltenteilung nach Weimarer Art wird von *Huber Wesen* (Fn. 19), 80 schlichtweg als „schädlich“ bezeichnet; *G.A. Walz DJZ* 1933, 1334 (1339) spricht „von dem liberalistischen Dogma der Gewaltenteilung, die in Wirklichkeit mit der Verselbständigung der Legislative und Justiz nur einen Generalangriff gegen den regierenden und verwaltenden Staat darstellte, dessen Macht im Interesse des Individuums und der bürgerlichen Gesellschaft eingeschränkt und dauernd unter Kontrolle gehalten werden sollte.“ Nach *G. Küchenhoff JR* 1934, 17 (20) „bedarf es im Aufbau unserer Staats- und Volksgemeinschaft nicht mehr der ängstlichen Ausbalancierung der Kräfte, wie sie im liberalen, weltanschaulich nicht einheitlichen Staatswesen vorgenommen worden war.“ Zur Überwindung der Gewaltenteilung durch den NS-Staat auch *Koellreutter Verfassungsrecht* (Fn. 72), 175ff. (mit Hinweis auf den Wert der Rechtssicherheit und der Rechtsformen); *U. Scheuner DJZ* 1935, 1462 (1468); *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 236, 246 u.ö.; im Vergleich mit Italien zusammenfassende Darstellung bei *H.P. Ipsen Politik und Justiz*, 1937, 200ff. (instruktiv zu dieser Schrift die Rezension von *E.R. Huber ZgesStW* 98 [1937/38], 193ff.).

⁸¹ *Schmitt Staat, Bewegung, Volk* (Fn. 59), 12, 38 u.ö.; *E.R. Huber DR* 1935, 309 (310); von den alten „Zerreißen“ von Recht und Politik, Jurist und Volk, Staat und Gesellschaft, Staat und Persönlichkeit sowie normativistischen Zerreißen ist auch bei *T. Maunz DR* 1936, 488 (489, 490, 493) die Rede. Gegen „Trennungsdenken“ ferner *Herbert Krüger Deutsche Verwaltung* 1935, 37 (40). – Als positives Gegenbild dienten kollektive, überindividuelle, in der Volksgemeinschaft wurzelnde Einheiten und Institutionen: deutlich *Huber Wesen* (Fn. 19), 94.

⁸² *Huber Wesen* (Fn. 19), 93.

⁸³ *Koellreutter Aufbau* (Fn. 58), 5.

⁸⁴ Dazu unter III.2.

⁸⁵ *E.R. Huber DJZ* 1934, 950ff.; *Pfundtner Quellen* (Fn. 68), 337. – Siehe noch *C. Schmitt Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 2 (1935), 435 (439): „An die-

Alle Weimarer Einheitssehnüchte⁸⁶ schienen in Erfüllung zu gehen und schwemmten tradierte Justizgarantien wie den Satz „nulla poena sine lege“⁸⁷ oder das Verbot von Individualgesetzen⁸⁸ gleich mit fort.⁸⁹

b) *Anti-Parlamentarismus und Anti-Föderalismus*

Der *Antiparlamentarismus*, die zweite dominante Anti-Haltung, verstand sich im Grunde von selbst, da das von den Parteien dominierte Parlament geradezu als Inbegriff des Gruppenegoismus und Faktor der Volksentzweiung galt.⁹⁰ Das Volk, so hieß es, sei durch die Überwindung der Weimarer Republik und die Zerschlagung des Parlaments alter Façon aus seiner Ohnmacht befreit worden,⁹¹ nachdem es durch das „Mißgebilde des Parteienstaates“⁹² lange Zeit entmündigt war. Erst die Verdrängung des Parlaments aus der Sphäre der Gesetzgebung ermögliche „echte Volksführung“.⁹³

sem, rechtswissenschaftlich gesehen, ganz entscheidenden Punkt, nämlich beim Gesetzesbegriff, hat der deutsche Führerstaat die Trennungen und Zwiespältigkeiten der Vergangenheit überwunden.“

⁸⁶ Vgl. *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 320: mit dem Einheits- und Volksgemeinschaftsgedanken seien „Sehnsuchtpotentiale“ angesprochen worden.

⁸⁷ Dagegen *G. Küchenhoff* Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtssprechung, 1934, 34 ff. – *C. Schmitt* JW 1934, 713 (714) propagierte als neuen und gerechten Grundsatz *nullum crimen sine poena*; ebenso *ders.* DR 1934, 27 (27); *ders.* Der Rechtsstaat, in: Frank, Handbuch (Fn. 51), 3 ff. (9). – Aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Justiz (Fn. 51), 822 ff.; w.N. bei *H. Schulze-Fielitz* in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 2000, Art. 103 II Rn. 3 m. Fn. 15.

⁸⁸ Ausdrücklich für zulässig erklärt von *Huber* Wesen (Fn. 19), 68.

⁸⁹ Vgl. *Huber* Wesen (Fn. 19), 90 f. (90): „Die Vorschriften der Weimarer Verfassung über die Unabhängigkeit der Gerichte, das Verbot der Entziehung des gesetzlichen Richters, das Verbot rückwirkender Strafgesetze waren ein deutliches Zeichen für diese Tendenz, Staat und Rechtspflege zu trennen und damit eine Kluft aufzureißen zwischen der politischen Gemeinschaft und der Rechtsgemeinschaft.“. Zu den tatsächlichen Maßnahmen im Justizbereich vgl. den Überblick bei *Stern* Staatsrecht V (Fn. 7), 799 ff. – Repräsentativ für die Bereitschaft, auch altbewährte Rechtsgarantien aufzugeben: *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 17.

⁹⁰ *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2; *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1327); *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (159). Natürlich galt auch der Parlamentarismus als „entartet“: *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 19, 26.

⁹¹ *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 41.

⁹² So *Triepel* Die nationale Revolution (Fn. 53), 2. Vgl. *Forsthoff* Der totale Staat (Fn. 28), 14: „nackte Ausbeutung [des Volkes, H.D.] durch die Legalitätsherrschaft der Parteien“.

⁹³ *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (62). Zurückhaltender *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (901): Rückführung des Parlaments auf „seine eigentliche Funktion der Kontrolle und der Rechtsetzung“ in der Ära Brüning.

Vor dem Hintergrund deutscher Geschichte weniger selbstverständlich,⁹⁴ aber nicht weniger konsequent als die Entparlamentarisierung erfolgte die sukzessive *Entföderalisierung*.⁹⁵ Schon mit den beiden vorläufigen Gleichschaltungsgesetzen vom Frühjahr 1933 war die Bundesstaatlichkeit im Kern zerstört, bevor im Jahr darauf die Volksvertretungen der Länder und der Reichsrat aufgehoben wurden. Nun war dem Neuaufbaugesetz zufolge „das deutsche Volk über alle innenpolitischen Grenzen und Gegensätze hinweg zu einer unlöslichen, inneren Einheit verschmolzen“.⁹⁶ Die Literatur⁹⁷ sprach davon, daß der Föderalismus der Festigung des Reiches im Wege gestanden habe⁹⁸ und nun „die ein Jahrtausend alte Reichzersplitterung durch das Reich der Einheit“ überwunden sei;⁹⁹ der

⁹⁴ Selbstverständlich allerdings insofern, als keine totalitäre Herrschaft den gewaltenteiligen Effekt des Föderalismus, der eben oft ein „Unterpfand der Freiheit“ (*Jäckel*/Hitlers Herrschaft [Fn. 8], 49) war und ist, dulden kann. – Freilich war der föderale Gedanke in Weimar keineswegs so fest verankert, wie heutige retrospektive Darstellungen das gern suggerieren. Auch und gerade *Anschiütz* sah in einem allzu stark betonten Föderalismus eine Gefahr für die Stärke und Einheit des Reiches; nicht von ungefähr erwähnte er in seinem o.g. (vgl. Fn. 36) Emeritierungsgesuch ausdrücklich, daß das „neue Staatsrecht in einigen Punkten, wie insbesondere die unbedingte Überordnung des Reiches über die Länder und die tunlichst unitarische Gestaltung des Verhältnisses zwischen Reich und Ländern Ziele verfolgt, die ich auch meinerseits immer vertreten habe.“ – Ausführlich zur eher unitarischen Stimmung sowie zum Dauerproblem der Reichsreform *Gusy* Reichsverfassung (Fn. 8), 224ff., 266ff.; ferner *S. Oeter* Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, 74ff.

⁹⁵ Treffender Terminus bei *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 11 ff.; dort auch knapper, sehr präziser Überblick der Vorgänge. Vgl. noch *H. Bauer* Die Bundestreue, 1992, 100ff.; *Stern* Staatsrecht V (Fn. 7), 786ff. – Im Ergebnis bleibt festzuhalten, daß durch die einschlägigen Gesetze in ihrer Gesamtheit die Länder als Machtfaktoren und Zentren eigener Willensbildung ausgeschaltet wurden und ihnen selbständige staatliche Hoheitsrechte nicht mehr zustanden. Erhalten blieben sie als Verwaltungsinstanz.

⁹⁶ Gesetz über den Neuaufbau des Reichs v. 30. Januar 1934, RGBl. I S. 75.

⁹⁷ *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 41 ff.; *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 107ff.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 326ff.

⁹⁸ *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 (55). *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29): „Der Begriff des Bundes war 100 Jahre lang das Hindernis der deutschen Einigung.“

⁹⁹ *Huber* Wesen (Fn. 19), 80. Eher zurückhaltend *U. Scheuner* Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht 1933, 899 (904): Vollendung der „Entwicklung des deutschen Staates zum geschlossenen Nationalstaat“ durch „Aufhebung der politischen Eigenständigkeit der Länder“; ambivalent auch *ders.* AöR 63 (1934), 166 (210f.): zwar Begründung der „politische(n) Einheit des Reiches“ durch „Beseitigung der politischen Eigenständigkeit der Länder“, aber weiterhin Anerkennung ihres kulturellen „Eigenleben(s)“ und ihrer „Eigenstaatlichkeit“.

unheilvolle Begriff des Bundesstaates müsse aus dem innerdeutschen Recht verschwinden.¹⁰⁰

c) *Anti-Semitismus*

Charakteristisch für die Rechtswissenschaft im allgemeinen und damit auch für die Staatsrechtswissenschaft wurde schließlich der Anti-Semitismus. Diese Anti-Haltung war im Vergleich zu den bislang genannten neu und anders.

Sie war *neu*, weil in der staatsrechtswissenschaftlichen Literatur der Weimarer Zeit offene antijüdische Invektiven oder Hinweise auf die jüdische Herkunft der Autoren nicht vorkamen. Jetzt aber bezeichnete man bestimmte Theorien als artfremd oder undeutsch und wies auf die Zugehörigkeit ihrer Vertreter zur „jüdischen Rasse“ einerseits, die völkischen Grundlagen des Rechts andererseits hin.¹⁰¹ Äußerungen solcher Art finden wir bei so gut wie allen systemkonformen Autoren – freilich in ziemlich signifikanten Abstufungen, was ihre Quantität, Kontinuität und Giftigkeit angeht.¹⁰²

¹⁰⁰ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 19; ebd., 18 heißt es, daß „die Verknüpfung des Bundes-Gedankens mit dem Staats-Gedanken – sei es in der Gestalt des Staatenbundes, sei es des Bundesstaates – ein Jahrhundert lang die eigentliche Gefahr der politischen Einheit Deutschlands war.“ Ähnlich *E.R. Huber* Bau und Gefüge des Reiches, in: ders. (Hrsg.), Idee und Ordnung des Reiches, Bd. 1, 1941 (Erster Beitrag), 5ff. (13): „verhängnisvolle Eigenstaatlichkeit der Länder“; s. noch ebd., 32; ferner *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 1f.

¹⁰¹ Sehr früh bereits *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 30: „Stahl – sein wahrer Name ist Joll Jolson – ...“. Ähnlich ders. Das gute Recht der deutschen Revolution, in: Westdeutscher Beobachter v. 12. 5. 1933; ders. ZgesStW 95 (1935), 189 (192, 193), wo er als Klammerzusatz „Jolson“ hinter den Namen Stahl setzt. Zum „Einbruch des jüdischen Geistes in das deutsche Staats- und Kirchenrecht durch Friedrich Julius Stahl“ (so der Titel) *J. Heckel* HZ 155 (1937), 506ff.

¹⁰² Es macht eben einen erheblichen Unterschied aus, ob in den Texten allgemein gehaltene Formeln von der Art- und Rassegebundenheit des Rechts (so zumindest überwiegend bei Huber, Krüger, Maunz und Scheuner; drastischer vereinzelt Koellreutter) begegnen oder mit herabsetzenden – z.T. personenbezogenen – antijüdischen Äußerungen gearbeitet wird (so namentlich Heckel, Küchenhoff, Schmitt). Vgl. einerseits *E.R. Huber* JW 1934, 1745 (1747); ders. Verfassungsrecht (Fn. 59), 181ff.; ders. Bau und Gefüge (Fn. 100), 25; *Koellreutter* Vom Sinn (Fn. 28), 28; ders. Aufbau (Fn. 58), 4, 35; *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 12 (1935), 37 (40); *T. Maunz* Deutsches Recht 1936, 488 (488); ders. Reich – Volksordnung – Lebensraum III (1942), 315 (317); zu *Maunz* ferner der Bericht in DJZ 1936, 1228 (1230); *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 261 (265); ders. ZgesStW 99 (1939), 245 (246f., 267, 272, 273); ders. ZgesStW 101 (1941), 252 (266). Vgl. andererseits die Invektiven von *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (163); ders. DVBl. 1937, 49 (52); ders. HZ 155 (1937), 506ff.; ders. Wehrverfassung (Fn. 65), Vorwort, 5; *Küchenhoff* Ge-

Diese Anti-Haltung war aber auch *anders*. Denn anti-liberale, anti-parlamentarische und anti-föderale Positionen lassen sich wissenschaftlich darlegen, begründen und auch kritisieren. Für anti-semitische Aussagen gilt dies nicht. Man kann nur behaupten, daß jemand aufgrund seiner „Rassenzugehörigkeit“ die vorgebliche Tiefe des deutschen Rechts nicht verstünde oder jüdisches Denken zersetzend wirke;¹⁰³ wissenschaftlich zu diskutieren ist das nicht.¹⁰⁴ Ihren agitatorischen Höhepunkt und damit zugleich ihren wissenschaftlichen Tiefpunkt erreichte diese Art der Behandlung mit der von *Carl Schmitt* initiierten und inszenierten Tagung „Das Judentum in der Rechtswissenschaft“ vom Oktober 1936.¹⁰⁵ Die

meinschaftsstaat (Fn. 87), 22, 38; schließlich *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 ff. – Siehe weiter Fn. 101, 103 ff., 117 ff.

¹⁰³ Sehr „plastisch“ *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195): „Ein jüdischer Autor hat für uns keine Autorität, auch keine ‚rein wissenschaftliche‘ Autorität. (...) Ein jüdischer Autor ist für uns, wenn er überhaupt zitiert wird, ein jüdischer Autor.“ Und in Sp. 1196f. geht es weiter: „Immer wieder ist in unserer Tagung die Erkenntnis durchgedrungen, daß der Jude für die deutsche Art des Geistes unproduktiv und steril ist. Er hat uns nichts zu sagen, mag er noch so scharfsinnig kombinieren oder sich noch so eifrig assimilieren. (...) Der Jude hat zu unserer geistigen Arbeit eine parasitäre, eine taktische und eine händlerische Beziehung. Durch seine händlerische Begabung hat er oft einen scharfen Sinn für das Echte; mit großer Findigkeit und schneller Witterung weiß er das Echte zu treffen. Das ist sein Instinkt als Parasit und echter Händler.“

¹⁰⁴ Es ist bestenfalls scheinwissenschaftlich, wenn Johannes Heckel in der Staatstheorie und -philosophie Friedrich Julius Stahls allenthalben spezifisch jüdische Denkformen und Erlebnisgehalte durchscheinen sieht und – vor allem – das Fehlen des germanischen Gemeinschaftsbegriffs feststellt (*J. Heckel* HZ 155 [1937], 506 [514ff.]). Das „Anstaltliche“ gilt ihm ebenso als typisch jüdisch. Und nachdem *Heckel* Stahls Position von der Abwehrfunktion des Rechts geschildert hat, fährt er fort (ebd., 534): „Als Deutscher steht man hier vor einem Rätsel. Aber den Schlüssel bietet wiederum Stahls jüdisch-religiöses Erlebnis.“ – Dieses „für uns Deutsche unbegreiflich“ begegnet auch bei *C. Schmitt* DJZ 1936, 1193 (1195). Siehe ferner *C. Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte, 1939, 4. Aufl. 1941 (diese Auflage, nach der im folgenden zitiert wird, ist abgedruckt in: *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1959, herausgegeben, mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von G. Maschke, 1995), 269 ff. (317): „Die Beziehung eines Volkes zu einem durch eigene Siedlungs- und Kulturarbeit gestalteten Boden und zu den daraus sich ergebenden konkreten Machtformen ist dem Geist des Juden unverstänlich.“

¹⁰⁵ Tagungsbericht: DJZ 1936, 1228 ff. An Staatsrechtslehrern waren unter den Referenten: *Carl Schmitt*, *Edgar Tatarin-Tarnheyden* und *Theodor Maunz* (dessen Beitrag unveröffentlicht blieb); aus dem Kreis der Völkerrechtler kam *Norbert Gürke* hinzu. Die Publikation der sonstigen Vorträge erfolgte in der Reihe: Das Judentum in der Rechtswissenschaft. Ansprachen, Vorträge und Ergebnisse der Tagung der Reichsgruppe Hochschullehrer des NSRB am 3. und 4. Oktober 1936 – Hefte 1–8. Deutscher Rechts-Verlag, Berlin 1936–1938. Näher zu Ablauf und Inhalt *H. Hofmann* „Die deutsche Rechtswissen-

Schlußrede mit dem die Intentionen verdeutlichenden Titel „Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“ beendete der gläubige Katholik mit dem Satz: „Indem ich mich des Juden erwehre“, sagt unser Führer Adolf Hitler, „kämpfe ich für das Werk des Herrn“. ¹⁰⁶ Konkret beschlossen wurde auf dieser Veranstaltung unter anderem, ¹⁰⁷ jüdische Autoren – wenn überhaupt – nurmehr unter ausdrücklicher Beifügung als „jüdisch“ zu zitieren, wovon ein „heilsamer Exorzismus“ ausgehen sollte. ¹⁰⁸ Diese Empfehlung ist übrigens keineswegs flächendeckend befolgt, genausowenig aber völlig ignoriert worden. ¹⁰⁹

schaft im Kampf gegen den jüdischen Geist“, in: K. Müller/K. Wittstadt (Hrsg.), *Geschichte und Kultur des Judentums – Eine Vorlesungsreihe an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg*, 1988, 223 ff.; *Rüthers Entartetes Recht* (Fn. 29), 135 ff.; *Göppinger Juristen jüdischer Abstammung* (Fn. 29), 153 ff.; *G. Rapp Die Stellung der Juden in der nationalsozialistischen Staatsrechtslehre*, 1990, 176 ff.; *R. Gross Carl Schmitt und die Juden*, 2000, 120 ff.; *C. Busse KritJ* 33 (2000), 580 ff.

¹⁰⁶ Das Schlußwort ist leicht zugänglich durch den Abdruck in: DJZ 1936, 1193 ff.; der zitierte Satz findet sich in Sp. 1199. Der Satz war schon in der Eröffnungsrede gefallen, die wie das Schlußwort im ersten Band der Reihe mit den Tagungsbeiträgen abgedruckt ist: *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist*, Heft I, Berlin o.J. (1936), 14–17 (Eröffnungsrede), 28–34 (Schlußwort). Zu diesem Schlußwort sagt *Ridder Ex oblivione* (Fn. 48), 319, daß es „zu dem Niedrigsten gehört, das je einer Juristenfeder entfloßen“ sei; ähnlich *G. Stourzh VjHZG* 38 (1990), 497 (503): Schmitts Auftreten sei „übel und unentschuldigbar“. Scharf zu den Beiträgen auch *Rüthers Entartetes Recht* (Fn. 29), 136 f. – Ernst Forsthoff brach damals für mehrere Jahre den Kontakt mit Carl Schmitt ab (vgl. *Rüthers Entartetes Recht* [Fn. 29], 139; *H. Quaritsch Carl Schmitt in Nürnberg*, 2000, 116).

¹⁰⁷ Zu weiteren Beschlüssen wie der Einrichtung einer Abteilung „Judaica“ in den Bibliotheken vgl. *C. Schmitt DJZ* 1936, 1193 (1195). Speziell zur „Juristenliste“ *C. Busse KritJ* 33 (2000), 580 (587 ff.).

¹⁰⁸ *C. Schmitt DJZ* 1936, 1193 (1195 f.). – *Einen positiven Effekt hat die Tagung gehabt: Hugo Sinzheimers Werk „Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft“ von 1937* (Neudruck 1953), das dieser ausdrücklich als Antwort auf die Tagung verstand; als ein Motiv seiner Arbeit nannte Sinzheimer, „das Andenken der toten Meister zu ehren“ (Vorwort, 1 ff. [7]).

¹⁰⁹ Am stärksten verbreitet war offenbar die Praxis, jüdische Autoren gar nicht mehr zu zitieren. – Als Beispiel für die Nichtberücksichtigung der Beschlußempfehlung etwa *U. Scheuner ZaöRV* XII (1944), 128 (128: Kelsen-Zitat ohne Zusatz); anders dagegen *C. Schmitt Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (1938), 1982, 86 ff. (Spinoza), 92 ff. (Moses Mendelssohn), 108 ff. (Stahl). – *G. Nicolaysen Hans Peter Ipsen*, in: *J. Albers u.a. (Hrsg.), Recht und Juristen in Hamburg*, Bd. II, 1999, 417 ff. weist zutreffend darauf hin (S. 421 Fn. 8), daß in der Habilitationsschrift Ipsens (Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, 1937) „in den Fußnoten und im Literaturverzeichnis jüdische Autoren ohne entsprechenden Hinweis zitiert werden“. Hinzuzufügen wäre, daß *Ipsen* in einem 1940 erschienenen Aufsatz über den „Begriff der Partei“ (*H.P. Ipsen ZgesStW* 100 [1940], 309 ff., 477 ff.) zum einen durchgängig von „Stahl-Jol-

III. Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?

Auf Negationen allein läßt sich eine Staatsrechtslehre nicht gründen. Worin bestand nun die des Nationalsozialismus? Gab es eine originär nationalsozialistische Staatsrechtslehre, ja konnte es sie überhaupt geben?

Diese Fragen, die sich nicht mit allgemeinen Hinweisen auf die Mechanismen eines totalitären Staates¹¹⁰ oder das Fehlen einer Verfassungs-urkunde im Dritten Reich beiseiteschieben lassen,¹¹¹ sind im folgenden näher zu untersuchen.¹¹² Dabei ist klar, daß der etwa von *Huber* angesprochene Bestand an „elementaren und fundamentalen Prinzipien, auf die

son“ spricht (S. 318, 320 u.ö.) und in den Fußnoten bei Stahl, Laband und Nawiaszky hinter den Autorennamen in Klammern den Zusatz „Jude“ anbringt: S. 319 Fn. 10, 323 Fn. 7, 324 Fn. 4, 504 Fn. 1; bei Georg Jellinek fehlt dieser Zusatz. – *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (197 ff.) fügt im Abschnitt über die Staatslehre der Vor- und Nachkriegszeit im Text bei der ersten Nennung von Georg Jellinek, Paul Laband, Hermann Heller und Hans Kelsen in Klammern „Jude“ hinzu und kennzeichnet Kelsens Reine Rechtslehre als „Ausgeburt eines fremdrassigen, wurzellosen Intellektualismus“ (S. 201).

¹¹⁰ In diese Richtung *M. Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 9: das Dritte Reich habe Staatsrecht „nur als Farce“ gekannt; gleichwohl bietet Friedrich durchaus erhellende, wenngleich nur kurze Passagen zur nationalsozialistischen Zeit (ebd. S. 399 ff.).

¹¹¹ Hitler hatte 1933 und 1937 den Erlaß einer „Verfassung“ angekündigt (vgl. *Huber* Wesen [Fn. 19], 16, 57; *J. Heckel* DVBl. 1937, 49 [63]; zum „Reichsgrundgesetz“ auch *H.-H. Lammers* RVBl. 1938, 563 [566 f.]), doch wurde eine solche natürlich nie verabschiedet. Denn jede Verfassung hätte Stabilität, Zuständigkeitsabgrenzung und Bindung bedeutet und damit die absolute Vorrangigkeit des je aktuellen Führerwillens beeinträchtigt; vgl. einstweilen *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 430 ff.; *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 26, 48; *A. Schaefer* Führergewalt statt Gewaltenteilung, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 89 ff. (96); näher unter III.3. – Im übrigen ist die Ausarbeitung einer Staatsrechtslehre natürlich nicht an die Existenz einer Verfassungsurkunde gebunden.

¹¹² Des öfteren war in der Literatur von „Grundgesetzen“ des NS-Staates die Rede, worunter man aber nur sachlich als besonders wichtig angesehene Gesetze verstand, deren Kreis nicht geschlossen war: vgl. *Huber* Wesen (Fn. 19), 15 ff.; *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 332, 336 ff. Siehe auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 5, wo das Ermächtigungsgesetz als „vorläufige Verfassung“ titulierte wird. *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (161): Gesetz über den Aufbau der Wehrmacht von 1935 „gehört zu den Grundgesetzen“; *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 36 f. nennt das Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. 12. 1933 „eines der wichtigsten Grundgesetze des nationalsozialistischen Staates“; dieses wird auch von *W. Stuckart* Partei und Staat, in: Deutscher Juristentag 1936, 262 ff. (276) als verfassungsgestaltend bezeichnet; *C. Schmitt* DR 1934, 27 (29) hatte es vermutlich als erster als „neues Verfassungsgesetz ersten Ranges“ titulierte; erweiterte Aufzählung von „Grundgesetzen“ noch bei *Huber* Wesen (Fn. 19), 17 f.

der Staat als politische Einheit sich gründet“,¹¹³ nicht die zerschlagenen Pfeiler liberaler Verfassungsstaatlichkeit meinen konnte,¹¹⁴ sondern neue Elemente umfaßte. Es waren dies im wesentlichen drei:¹¹⁵ erstens die propagierten Ideen über Volk und Volksgemeinschaft, also der „völkische Staat“; zweitens das Konzept der Einheit von Partei und Staat, also der „Bewegungsstaat“; drittens schließlich das Führerprinzip im allgemeinen und die umfassende Hoheitsgewalt *des* Führers im besonderen: also der „Führerstaat“.

1. Volk und Volksgemeinschaft: der „völkische“ Staat

Beim ersten Element scheint der Ausgangspunkt noch durchaus vertraut: gehörte doch das Staatsvolk zur klassischen Trias *Jelli-*

¹¹³ *Huber Wesen* (Fn. 19), 39. – *Krüger Führer* (Fn. 67), 45, konstatierte schlicht: „Der Führer ist bereits diese Verfassung selbst.“

¹¹⁴ Bei *Huber Wesen* (Fn. 19), wird deutlich, daß die „völkische Verfassung“ schon formal wesentlicher Merkmale entbehrt, die den genuin ‚starren‘ liberaldemokratischen Verfassungsbegriff westlicher Tradition auszeichnen: sie muß nicht schriftlich fixiert oder beurkundet sein (S. 48), hat keinen Vorrang (S. 66), kann durchbrochen werden (S. 68f.) und sich weitgehend beliebig wandeln (S. 69f.); auch hat sie keine „Garantiefunktion gegenüber der Staatsgewalt“ (S. 93). *Huber* bestimmt die völkische Verfassung demgegenüber als „substantielle Ordnung des Staates“ (S. 32), als das „ungeschriebene Fundament des völkischen und staatlichen Lebens“ (S. 42). – Auch andere Autoren heben Besonderheiten gegenüber tradierten Vorstellungen von Verfassungsstaatlichkeit hervor: *J. Heckel DVBl.* 1935, 158 (162: nicht „äußere Bestandsgarantie der Erschwerung des Wegs der Gesetzgebung ..., sondern die innere Mächtigkeit“ und „gehobene Feierlichkeit der Rechtsform“); *ders. DVBl.* 1937, 49 (63: Verfassung sollte inhaltlich „möglichst elastisch“ bleiben); nach *Koellreutter Aufbau* (Fn. 58), 32 gibt es Verfassungsänderungen im Sinne der Weimarer Verfassung nicht mehr (desgleichen *Huber Wesen* [Fn. 19], 66: „Im Führerstaat unterliegen die Grundgesetze den gleichen Vorschriften wie die einfachen Gesetze; sie können in den gewöhnlichen Formen der Gesetzgebung jederzeit geändert werden.“).

¹¹⁵ Es handelt sich um zentrale Elemente nationalsozialistischen staatsrechtlichen Denkens gemäß eigenem Selbstverständnis und Selbstbeschreibung; sie spielen in der einschlägigen Literatur eine wichtige Rolle. Zu dieser Dreizahl zeitgenössisch: *J. Heckel Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht im Dritten Reich*, in: *Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts*, 1935, 9ff. (18); aus heutiger Sicht *Majer Grundlagen* (Fn. 46), 24, die als drei große Leitlinien Führerprinzip, Sonderrecht und Einheitspartei benennt, aber zu Unrecht annimmt, daß sich Kategorisierungsversuche nicht an der NS-Lehre orientieren könnten; wie hier die Aufgliederung nach drei Prinzipien (Führerprinzip, Volksgemeinschaftsprinzip, Prinzip der „Einheit von Partei und Staat“) bei M. Hirsch/D. Majer/J. Meinck (Hrsg.), *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus*, 2. Aufl. 1997.

neks.¹¹⁶ Aber der Eindruck täuscht. Denn nun verstand man unter Volk nicht mehr rein formal die Summe der Staatsangehörigen,¹¹⁷ sondern die rassisch und artbestimmte Blutsgemeinschaft.¹¹⁸ Durchaus repräsentativ betonte *Koellreutter*, der Nationalsozialismus sehe „das Wesen des Volkes als geschichtlich-kulturelle Einheit durch die ‚Naturgemeinschaften‘ von ‚Blut und Boden‘ bestimmt.“¹¹⁹ Aus dieser Volksgemeinschaft als einer „konkrete(n) Gemeinschaft artgleicher Menschen“¹²⁰ ergab sich das spezifisch völkische, also den immer wieder beschworenen „Lebensgesetzen“ und natürlichen Anschauungen des deutschen Volkes entsprechende Recht. Staat und Recht galten als „völkische Lebensmächte“.¹²¹

¹¹⁶ G. Jellinek Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, 406 ff.

¹¹⁷ Dazu *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 3: „In eine solche Auffassung vom Volke konnte auch der Bluts- und Heimatfremde ohne weiteres eingereiht werden.“ – Das Reichsbürgergesetz von 1935 nahm dann die folgenreiche Unterscheidung von (bloßen) Staatsangehörigen und (echten) Reichsbürgern vor; zur weiteren Entwicklung dieser Unterscheidung im Zuge der territorialen Expansion seit 1938 vgl. *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 15 ff.

¹¹⁸ Insbesondere *H. Nicolai* Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie, 1933, 25 ff. betonte, daß Volksgemeinschaft Blutsgemeinschaft sei und eine reinrassige Menschengruppe über das gleiche Rechtsgefühl verfüge; siehe auch *Küchenhoff* Nationaler Gemeinschaftsstaat (Fn. 102), 8 f., 19 ff., 28, 44.

¹¹⁹ *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 3; darin liege im übrigen eine klare Differenz zum (italienischen) Faschismus, der „avölkisch“ sei (ebd., 5, 34); *ders.* Führerstaat (Fn. 44), 7 ff. – *E. Becker* Führungsordnung und Hierarchie, in: Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts (= Festgabe Erich Jung), 1937, 12 ff. (42): „Eine rassengesetzliche Rechtslehre ist dem [scil. italienischen, H.D.] Faschismus fremd.“ Zur Differenz gegenüber Italien in diesem Punkt auch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 161 f.; ausführlich zur Staatstheorie des italienischen Faschismus und der Differenzen zum Nationalsozialismus *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 ff. (zum völkischen Gedanken S. 264 f.); knapp *ders.* DR 1942, 1169 (1170). – Umgekehrt wurde der von jüdischem Geist beeinflusste, liberale, positivistische, formale Gesetzesstaat als „blut- und bodenfremd“ gekennzeichnet: *C. Schmitt* ZgesStW 95 (1935), 189 (196).

¹²⁰ *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 44. Ähnlich *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339): „völkische Gemeinschaft der artgleichen Deutschen“; siehe auch (mit stärkerer Betonung anderer als rein biologischer Faktoren) *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 98; noch distanzierter und mit Warnung vor einer „völkischen Selbstüberheblichkeit und Übersteigerung“ *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 12.

¹²¹ Einer von vielen *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 14. Ähnliche, immer und überall wiederholte Formeln auch bei *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 12; *G.A. Walz* DR 1938, 409 (411): „elementare Realität der rassischen Verschiedenartigkeit“; *C.H. Ule* VerwArch. 47 (1942), 250. Selbst dem Rechtsstaat wurde eine „Rasse“ attestiert: *C. Schmitt* ZgesStW 95 (1935), 189 (191).

So irrational¹²² diese Aussagen zum Zusammenhang von Rasse und Recht, zur Blutsbestimmtheit des Rechtsdenkens, zum Volksempfinden als Rechtsgrund auch anmuten: sie blieben keineswegs ohne Folgen. Diese traten in begrifflich-systematischer, in sachlicher und in personeller Hinsicht ein.

a) In begrifflich-systematischer Hinsicht führte die Hervorhebung der Volksgemeinschaft zu einem entsprechenden Bedeutungsverlust des Staates. Daß dieser ohne „Eigenwert“¹²³ war, sondern Mittel zum Zweck der Erhaltung rassisch wertvoller Elemente, hatte Hitler selbst stets betont.¹²⁴ Vor allem *Reinhard Höhn* war es, der darüber hinaus hartnäckig die von ihm ungeliebte oder auch unverstandene Zentralidee des Staates als einer juristischen Person attackierte und an deren Stelle die diffuse Volksgemeinschaft setzen wollte.¹²⁵ Zwar stieß er damit auf breite und nachhaltige Ablehnung von Seiten der „Etatisten“, namentlich *Huber*, *Forsthoff* und auch *Koellreutter*.¹²⁶ Doch zeigte sich hier be-

¹²² Zur Irrationalität der NS-Ideologie allgemein *Sonthheimer* Antidemokratisches Denken (Fn. 15), 43 ff., 61 ff.; *Lepsius* Kultur (Fn. 31), 126 ff.; *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 28, 82 f.; v. *Bülow* Staatsrechtslehre (Fn. 37), 149, 151 f. m.w.N. – Als Dokument aus Weimarer Zeit lesenswert das Kapitel „Der Führer und sein Volk“ bei *H. Freyer* Der Staat, 1925, 108 ff. (113: „das alles ist von der unfäßbarsten Unbestimmtheit für Verstandesbegriffe, aber von der unfehlbarsten Eindeutigkeit im metaphysischen Sinn“). *U. Scheuner* AöR 63 (1934), 166 (196) hebt hervor, daß nun die „irrationale Struktur gewisser zentraler Lebensbereiche, besonders auch des politischen Gebiets, erkannt“ sei; *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (445) konzidiert der Führung „im tiefsten Wesen ein irrationales Element“. Stärker existentialistisch-schicksalsergeben *Krüger* Führer (Fn. 67), 126.

¹²³ So *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 5. Ähnlich *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37 (40); *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 13, 14; *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 256 f.: Staat als Mittel „zur Erhaltung und Sicherung des Volkes als oberster Wert“; *ders.* ZgesStW 101 (1941), 252 (260). Auch darin liegt eine Differenz zum italienischen Faschismus: *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 42, 43.

¹²⁴ *A. Hitler*, Mein Kampf, Bd. II, 1927 (ND 1933), 430 ff., 439; vgl. *Ermacora* Staatslehre (Fn. 47), 179, 181, 188 u.ö. – Auf Hitler muß natürlich auch *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 163 ff. Bezug nehmen, verteidigt aber – vor allem gegen Höhn – die Rolle des Staates und wehrt sich gegen dessen Erniedrigung: „Erst im Staat erlangt das Volk seine volle geschichtliche Existenz“. Das Volk werde zum Staat und bilde seine konkrete politische Form als Reich (ebd., 167). Ähnlich *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (260).

¹²⁵ *R. Höhn* DR 1935, 301 ff. – Konsequenter auch der Vorschlag, künftig nicht mehr von „Staats-Recht“, sondern von „Verfassung“ zu sprechen (*Heckel* Bericht [Fn. 115], 17). Höhns Kampf gegen die juristische Staatsperson wurde von *T. Maunz* DR 1936, 488 (490) begrüßt.

¹²⁶ Vgl. *Stollis* Geschichte III (Fn. 3), 325 ff.; dazu *H. Dreier* Rechtshistorisches Journal 19 (2000), 82 (101 f.). – Deutlich *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 13: „Nicht die Polemik gegen den Staat, sondern die Aufnahme aller Elemente der Staatlichkeit in den Reichsbegriff ist die Aufgabe, vor der die deutsche Theorie der Politik steht.“

reits deutlich, daß nicht etwa „Staatsvergottung“¹²⁷ in der Logik des völkischen Rechtsdenkens lag, sondern Staatsrelativierung, wenn nicht Staatsverneinung.¹²⁸

b) In sachlicher Hinsicht führte die Idee der Volksgemeinschaft und des völkischen Rechts zur Verwerfung von Grundrechten und anderen subjektiven öffentlichen Rechten, die man – wie u. a. *Krüger* und *Maunz* – für entbehrlich und überflüssig erklärte.¹²⁹ Denn der Einzelne stand nicht länger mit gewissen individuellen Rechten ausgestattet *gegen* die Volksgemeinschaft, sondern „organisch“ und „lebensgesetzlich“ *in* ihr.¹³⁰ Seine Stellung war eine gliedhafte, in der sich Rechte und Pflichten wechselseitig durchdrangen und ineinanderflossen.¹³¹ Doch vermochte dieses Kon-

¹²⁷ Dazu bzw. dagegen *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 28 mit Zitat von *Alfred Rosenberg*. Siehe auch *Ermacora* Staatslehre (Fn. 47), 179 ff.; *Quaritsch* Positionen (Fn. 51), 50.

¹²⁸ Vgl. *Stuckart* Partei (Fn. 112), 269: die Volksgemeinschaft habe die Staatsidee abgelöst. Siehe noch die Angaben in Fn. 246 sowie *U. Volkmann* JuS 1996, 1058 (1062 f.).

¹²⁹ *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37 ff.; *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 ff. (74: Wiedererstehung der Gemeinschaften mache das subjektive öffentliche Recht überflüssig), 97 (das subjektive öffentliche Recht werde „verdrängt und entbehrlich gemacht durch die Vorstellung der Rechtsstellung des Volksgenossen innerhalb einer konkreten Gemeinschaft“), 111; *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 82 ff., 89 ff.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 359 ff. (Überschrift: „Von den Grundrechten zur volksgenössischen Rechtsstellung“). Rundheraus verworfen wurde das subjektive öffentliche Recht namentlich von *R. Höhn* ZgesStW 95 (1935), 656 ff. – Aus der Sekundärliteratur m.w.N. *R. Echterhöller* Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat, 1970, 18 ff., 26 ff., 166 ff., 185 ff.; *H. Schäfer* Die Rechtsstellung des Einzelnen – Von den Grundrechten zur volksgenössischen Gliedstellung, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 106 ff. (110); *H. Bauer* Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 112 ff.

¹³⁰ *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 83; genauer stand er, wie *Scheuner* (ebd., 93) ergänzte und *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 (92) näher ausführte, in der Volksgemeinschaft im allgemeinen und zusätzlich in einer Fülle weiterer, konkreter Gemeinschaften wie Wehrmacht, SA, Reichsnährstand etc. im besonderen.

¹³¹ *T. Maunz* ZgesStW 96 (1936), 71 (95, 103 f.); ebd., 104: „In einer konkreten Wirklichkeit gewordenen Gemeinschaft sind Recht und Pflicht zusammengefloßen zur Gliedpersönlichkeitsstellung.“; ebd., 105 ff.: „Gliedpersönlichkeit“. Ähnlich *Scheuner* Rechtsstellung (Fn. 77), 90 f.; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 366: „pflichtgebundene Berechtigungen“; *W. Weber* Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, in: *Huber*, Idee und Ordnung, Bd. 2 (Fn. 54), Erster Beitrag, 1 ff. (6: die gesamte Rechtsstellung sei „pflichtgebunden“). Gänzlich hinfällig wurde die Unterscheidung, wenn man – vermittelt über den Ehrbegriff – beides identifizierte: „Rechte in der Volksgemeinschaft sind im Tiefsten Pflichten. Pflicht und Ehre waren stets der letzte Halt eines kämpfenden Heeres. (...) Wehrpflicht ist hienach ein Inbegriff des Rechts und der Pflicht von Volksgenossen zum vollen Einsatz ihres Blutes und Gutes für die Landesverteidigung. (...) Die neue deutsche Wehrpflicht ist völkischen Rechts.“ (*J. Heckel* DVBl. 1935, 158 [163 f.]).

zept einer volksgenössischen Rechtsstellung¹³² – anders als die liberale Idee vom prinzipiellen Vorrang der Rechte gegenüber den Pflichten¹³³ – keine strukturbildende Kraft zu entfalten. Denn die „volksgenössische Gliedstellung“ bestand aus einer variablen Summe von Rechten und Pflichten, die nur Punkt für Punkt nachgezeichnet und aufgelistet werden konnten,¹³⁴ ohne daß sich ein abstraktionsfähiger Status gewinnen ließ. Für dogmatische Systembildung¹³⁵ bot sich keine Grundlage.

c) Die schrecklichsten Konsequenzen zeitigte das völkische Denken in personeller Hinsicht. Denn an der Volksgemeinschaft teilhaben und eine echte volksgenössische Rechtsstellung einnehmen konnten „Artfremde“ natürlich nicht.¹³⁶ Sie schieden wegen ihrer Andersartigkeit aus. Zwar erkannte, wie *Koellreutter* es formulierte, der Nationalsozialismus als „gegebene Tatsache“ an, daß „die heutigen Völker sämtlich mehr oder weniger rassegemischt sind“.¹³⁷ Daraus folgte aber lediglich, daß den Artfremden

¹³² Vgl. *Scheuner Rechtsstellung* (Fn. 77), 89 ff.; *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 363 ff.; *R. Höhn Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft*, 1935, 72 ff.; *Weber Dienst- und Leistungspflichten* (Fn. 131), 7; *T. Maunz ZgesStW* 96 (1936), 71 (105): „Rechtsstellung der Gliedpersönlichkeit“. Aus der Sekundärliteratur noch *Schäfer Rechtsstellung* (Fn. 129), 112 f.; *Anderbrügge Völkisches Rechtsdenken* (Fn. 70), 151 ff.

¹³³ Dazu *H. Hofmann Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, *VVDStRL* 41 (1983), 42 ff. (54 ff.): Asymmetrie von subjektiven Rechten und Pflichten.

¹³⁴ Ausführlich *Weber Dienst- und Leistungspflichten* (Fn. 131), 1 ff., insb. S. 12 ff., 79 ff.; zu Arbeits- und Wehrdienst auch *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 424 ff., 433 ff.

¹³⁵ Zur Dogmatik als Systembildung statt aller *E. Schmidt-Aßmann Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee*, 1998, 4 ff.; speziell zu Aufgaben und Voraussetzungen staatsrechtlicher Dogmatik *E.-W. Böckenförde Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft* (1983), in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 11 ff. (20 ff.).

¹³⁶ Neben den vielfältigen Formen der Entrechtung und Diskriminierung der Juden (dazu *J. Walk* [Hrsg.], *Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat*, 2. Aufl. 1996; *Gruchmann Justiz* (Fn. 51), 168 ff.; *Göppinger Juristen jüdischer Abstammung* [Fn. 29], 45 ff., 183 ff.) kam hinzu, daß sie nicht wehrpflichtig waren (dazu *J. Heckel DVBl.* 1935, 158 [164]: „Artfremde und Ehrlose haben in der Wehrmacht keinen Raum. Nur Männern deutschen Blutes und deutscher Ehre ist Schwert und Schild des Reiches anvertraut“; ausführlich *ders. Wehrverfassung* [Fn. 65], 103 ff. [„Blutgemeinschaft und Wehrpflicht“], 131 ff. [„Die rechtliche Sonderstellung der Juden“]; trotz der uneindeutigen Gesetzeslage, aber wegen der „Entwicklung des Rassenproblems im deutschen Staatsrecht“ zustimmend *Weber Dienst- und Leistungspflichten* [Fn. 131], 31) und keine Ehrenämter übernehmen durften (*ders. ebd.*, 40; vgl. zur „Bedeutung des völkischen Standes des Verpflichteten“ noch *ebd.*, 124 ff.).

¹³⁷ *Koellreutter Aufbau* (Fn. 58), 3; *ders. Verfassungsrecht* (Fn. 72), 71 f.; ähnlich *U. Scheuner ZgesStW* 99 (1939), 245 (273); *Heckel Wehrverfassung* (Fn. 65), 98 f.; *C.H. Ule VerwArch.* 45 (1940), 193 (252): „unbestrittene Erkenntnis der modernen Ras-

umso härter und konsequenter entgegenzutreten und eine Vermischung oder Überfremdung zu vermeiden war.¹³⁸ Diese Artfremden – im Unterschied zu den artverwandten europäischen Völkern¹³⁹ – waren die Juden: nicht als Religionsgemeinschaft, sondern als Rasse.¹⁴⁰ Da im Dritten Reich nicht nur die zentrale liberale Freiheitsidee, sondern auch der nicht minder fundamentale Gleichheitsgedanke negiert bzw. an die Stelle der Gleichheit aller Bürger die „völkische Artgleichheit“¹⁴¹ gesetzt wurde, be-

senforschung, daß das deutsche Volk nicht aus artgleichen, sondern aus artverwandten Bestandteilen zusammengesetzt ist“; vgl. auch *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 25 ff.

¹³⁸ Diese Konsequenz war zwingend: *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (267, 273); *Koellreutter* Verfassungsrecht (Fn. 72), 72: „Für den Nationalsozialismus bedeutet die Erhaltung und Stärkung wertvollen, artgleichen Blutes eine der wichtigsten Voraussetzungen für das gesunde Wachstum des Volkskörpers.“

¹³⁹ Vgl. dazu *M. Silagi* Das Standesamt 1999, 3 ff. (4 ff.), auch zum Wandel der Kategorisierung von „arisch-nichtarisch“ zu „deutsch/artverwandt-artfremd“. Zeitgenössisch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 98 ff.; *G. Dahm* Deutsches Recht, 1944, 208.

¹⁴⁰ Dazu, daß das Rassemerkmal nicht durchgehalten bzw. nicht exerziert werden konnte und man letzten Endes immer wieder auf die Religionszugehörigkeit abstellte, vgl. *R. Hilberg* Die Vernichtung der europäischen Juden, 2. Aufl. 1990, Bd. 1, 69 ff.; zur Uneinigkeit bezüglich der Definition von Rasse und der Bestimmung von Rassemerkmalen knapp, aber m.w.N. *Lepsius* Bewertungskriterien (Fn. 47), 88; eingehend *C. Essner* Im „Irrgarten der Rassenlogik“ oder Nordische Rassenlehre und nationale Frage (1919–1935), in: *Historische Mitteilungen* 7 (1994), 81 ff.; instruktiv auch das Beispiel von *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 133 m. Fn. 15. – Nur selten wurden außer den Juden noch explizit Zigeuner genannt: so etwa bei *W. Stuckart/H. Globke* Reichsbürgergesetz, Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Gesetz zum Schutz der Erbgesundheit des deutschen Volkes (Ehegesundheitsgesetz), 1936, 55 (§ 2 Anm. 3b); *Dahm* Deutsches Recht (Fn. 139), 348.

¹⁴¹ Zitat: *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (246). In diesem Aufsatz findet sich eine ausführliche Darstellung im Sinne der seinerzeit h.L.: vgl. etwa S. 247 („Der Gleichheitsgedanke des nationalsozialistischen Rechts wurzelt in der Artgleichheit der Volksgenossen als dem bestimmenden Prinzip der deutschen Volksgemeinschaft und ihrer Rechtsordnung“), 249 („Für eine Auffassung, die in der Gleichheit ein Grundrecht des einzelnen sieht, ist im heutigen Rechtsdenken kein Raum mehr“), 253 (Gleichheitsgedanke kein Recht des einzelnen, sondern „ein Aufbaugesetz unserer deutschen Volksgemeinschaft“), 269 f. („heute ist die Artgleichheit des Volksgenossen eine natürliche Grundlage des auf der rassischen Einheit des Volkes aufgebauten nationalsozialistischen Staatswesens“), 272 („Der Gleichheitsgedanke des nationalsozialistischen Staates findet seine Substanz in der rassisch begründeten Artgleichheit der deutschen Volksgenossen. Er hat seine Rechtfertigung also in der Tatsache der blutmäßigen Gemeinschaft des deutschen Volkes. Gleich ist, wer ... deutschen oder artverwandten Blutes ist.“) – Ähnlich *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 17: „Der deutsche Führerstaat verwirft bewußt das politische Prinzip der Gleichheit“. *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 16 spricht vom „falschen Grundsatz der gleichen Freiheit aller“; desgleichen *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197 ff. (200: Majoritätsgrundsatz beruhe auf dem „abwegigen, den Rassegedanken verneinenden Satze ..., Mensch sei gleich Mensch“); *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 102.

reiteten diskriminierende Rechtsmaßnahmen der Staatsrechtslehre keine prinzipiellen Probleme.¹⁴² Im Gegenteil: wie u.a. *Scheuner* darlegte, folgte aus „der völkischen Grundlage des heutigen deutschen Rechts ... notwendig die Absonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden, aus dem deutschen Volkskörper“.¹⁴³ Das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre von 1935¹⁴⁴ bezeichnete *Huber* als „ein Grundgesetz der neuen völkischen Ordnung“.¹⁴⁵ Dabei war es unmöglich, der „differentielle(n) Rechtsbehandlung“¹⁴⁶ rechtsdogmatisch irgendwelche Grenzen zu ziehen. Auch bei der Entrechtung der Juden kam der Staatsrechtslehre nur die Rolle eines Protokollanten zu, der die einzelnen Maßnahmen aufzeichnete; in *Hubers* „Verfassungsrecht“ findet sich gleichsam ein Stenogramm.¹⁴⁷

Freilich: von den vier Stationen auf dem Weg zur Vernichtung des europäischen Judentums¹⁴⁸ – erstens Definition, zweitens Isolation, drittens Konzentration, viertens Deportation und Liquidation – haben Staatsrechtslehrer „nur“ die beiden ersten beschreibend und erläuternd begleitet, und auch dies überwiegend eher zurückhaltend. Schon zur Konzentration in den Lagern und Ghettos, der dritten Stufe, findet sich im Schrifttum praktisch nichts. Bei Deportation und Ermordung verzichtete

¹⁴² Speziell zur Rechtfertigung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von 1933 (oben Fn. 29) vgl. *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 32; *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 18, 35. – Allgemein zur „Härte“ der Maßnahmen, die sich die Betroffenen letztlich selbst zuzuschreiben hätten: *Koellreutter* Aufbau (Fn. 58), 4; *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (250f.).

¹⁴³ *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 245 (267). Siehe auch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 99.

¹⁴⁴ RGBl. I S. 1146. Es ist neben dem Reichsbürgergesetz (ebd.) und dem Flaggenengesetz (RGBl. I S. 1145) eines der drei „Nürnberger Gesetze“, die am gleichen Tage (15. 9. 1935) vom Reichstag verabschiedet wurden.

¹⁴⁵ *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 369 (dort auch charakterisiert als „ein Verfassungsgesetz des Dritten Reiches“).

¹⁴⁶ So *U. Scheuner* ZgesStW 99 (1939), 235 (267). *G.A. Walz* DR 1938, 409 (412) sprach vom „Abstand“ gegenüber den Andersartigen.

¹⁴⁷ Vgl. *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 181 ff.; *ders.* Bau und Gefüge (Fn. 100), 15 ff. beschreibt die weitere Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechts im Kriege und sieht die in Frage kommende Lösung in der „Entwicklung eines rechtlichen Sonderstatus“ (30) für die Juden. – Wiederum gilt: Sonderstatus heißt nicht „Sonderbehandlung“ (dazu Enzyklopädie des Nationalsozialismus, hrsgg. v. W. Benz, H. Graml und H. Weiß, 3. Aufl. 1998, 735). Die systematische physische Vernichtung des europäischen Judentums stand 1940/41 noch außerhalb des Vorstellbaren. – Verfehlt daher die Annahme von *U. Volkmann* JuS 1996, 1058 (1063), *Hubers* Formulierung von der ‚Sonderstellung‘ der Juden und dem Ziel ihrer ‚Ausscheidung‘ nehme den Holocaust vorweg.

¹⁴⁸ In Anlehnung an *Hilberg* Vernichtung (Fn. 140), 56 ff.

das Regime auf jedwede rechtliche Verbrämung; offenbar existierte noch nicht einmal ein geheimer Führerbefehl.¹⁴⁹ Den Endpunkt des völkischen Rechtsdenkens markierte die maß- und normlose Untat.¹⁵⁰

2. Staat und Bewegung: der „Bewegungsstaat“

Das besondere Verhältnis der NSDAP zum Staat bildet das hervorstechende staatsorganisationsrechtliche Merkmal des Dritten Reiches.¹⁵¹ Es ist ohne Vorbild und ohne Parallele.¹⁵² Zwar wählte das „Gesetz zur Si-

¹⁴⁹ Vgl. Jäckel Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 93 ff.; ausführlich zur Forschungslage bezüglich Hitlers Rolle bei der „Endlösung der Judenfrage“ I. Kershaw Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick, 1999, 148–206. Siehe noch U. v. Hehl Nationalsozialistische Herrschaft, 1996, 60 ff., 66 ff.; T. Sandkühler Die Inangsetzung der ‚Endlösung‘ im Generalgouvernement am Beispiel des Distrikts Galizien, 1941/42, in: D. Dahlmann/G. Hirschfeld (Hrsg.), Lager, Zwangsarbeit, Vertreibung und Deportation, 1999, 435 ff. Andeutung zur Entbehrlichkeit eines ausdrücklichen Führerbefehls wegen der „Selbstselektion der Aktionsrichtungen“ (Broszat) und der „kumulativen Radikalisierung“ (Hans Mommsen), also der im System angelegten Überbietungsstrategien konkurrierender Machtträger, auch bei S. Breuer Der Staat. Entstehung, Typen, Organisationsstadien, 1998, 271.

¹⁵⁰ Das Wort „Judenvernichtung“ fällt in der gesamten von mir (naturgemäß nicht vollständig) gesichteten staatsrechtlichen Literatur kein einziges Mal. Bei B. Rüthers NJW 2000, 2866 (2867 Fn. 5) handelt es sich um ein Fehlzitat; die Stelle aus W. Stuckart/R. Schiedermaier Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches, 3. Aufl. 1942, 12 lautet nicht „Die Judenvernichtung findet ihre Rechtfertigung daher nicht nur in der Andersartigkeit, sondern in der Anderswertigkeit des Judentums“ (so Rüthers), sondern: „Die Judenvorschriften finden ihre Rechtfertigung ...“ – Von „Vernichtung“ oder „vernichten“ ist selbst in unspezifischer Fassung praktisch nie die Rede. Eine gewisse Ausnahme macht Küchenhoff Nationaler Gemeinschaftsstaat (Fn. 87), 12 („Gegen den Rechtsbrecher, den Staatsfeind und Feind der Volksgemeinschaft gibt es in Strafmaß und Strafvollzug nur eins: kraftvolle Strenge und erforderlichenfalls völlige Vernichtung“) – hier dürfte aber wohl die Todesstrafe gemeint sein. Uneindeutig ders. ZaöRV 12 (1944), 34 (65): „Erkenntnis der Lebensstatsache, daß der Mensch – und das gilt auch für Menschengruppen – sich zwar ausrichten, aber nicht abrichten, sich zwar vernichten, womit die Problematik aufhört, aber nicht ständig unterdrücken läßt.“ Deutlich allerdings (freilich in einem kaum juristisch oder staatsrechtlich zu qualifizierenden Text) W. Best ZfP 32 (1942), 406 (407): „Vernichtung und Verdrängung fremden Volkstums widerspricht nach geschichtlichen Erfahrungen den Lebensgesetzen nicht, wenn sie vollständig geschieht.“

¹⁵¹ Aus der Sekundärliteratur C. Geiger Die Rechtsstellung der NSDAP und ihrer Gliederungen HJ, SA und SS, in: Böckenförde, Staatsrecht (Fn. 29), 147 ff.; Grawert Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 36 ff.; zu Partei und Staat in den Anfängen des Dritten Reiches Broszat Staat Hitlers (Fn. 56), 244 ff.

¹⁵² Auch und gerade der italienische Faschismus war insofern anders gelagert. Zum besonderen Verhältnis von Staat und Partei im Vergleich ausführlich U. Scheuner ZgesStW 101 (1941), 252 (267 ff., 275 ff.); knapp H.P. Ipsen ZgesStW 100 (1940), 477

cherung der Einheit von Partei und Staat“ vom Dezember 1933 mit der Qualifizierung der Partei als einer „Körperschaft des öffentlichen Rechts“¹⁵³ eine vertraut anmutende juristische Kategorie. Doch stimmte die Staatsrechtslehre völlig darin überein, daß damit die wahre Eigenart der Partei als „Bewegung“ nicht erfaßt würde. Denn die überkommenen Merkmale einer Körperschaft des öffentlichen Rechts: vom Staat verliehene Satzungsautonomie einerseits, Staatsaufsicht andererseits, trafen auf die Bewegung gerade nicht zu.¹⁵⁴ Sie war dem Staat nicht untergeordnet, sondern gleichgeordnet.¹⁵⁵ Auch kam es nicht zu einem Prozeß der Verschmelzung von Ämtern und Positionen.¹⁵⁶ Daher galt die Bewegung als

(488). Siehe auch *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 20 ff. – Analyse der Differenzen zwischen deutschem Nationalsozialismus und italienischem Faschismus bei *S. Breuer* Leviathan 11 (1983), 28 ff.; siehe noch den Überblick von *A. Heinen* Erscheinungsformen des europäischen Faschismus, in: C. Dipper (Hrsg.), Europäische Sozialgeschichte. Festschrift für Wolfgang Schieder, 2000, 3 ff.

¹⁵³ Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. 12. 1933, RGBl. I S. 1016. § 1 II lautete: „Sie ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts. Ihre Satzung bestimmt der Führer.“ – § 1 II wurde durch „Erlaß des Führers über die Rechtsstellung der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei“ v. 12. 12. 1942 (RGBl. I S. 733) aufgehoben. Über die Motive kann man nur spekulieren; Hintergrund war möglicherweise die Diskussion darüber, ob gegen die NSDAP (was das Reichsgericht bejaht hatte: Urteil v. 17. 2. 1939, DR 1939, 1785) Amtshaftungsansprüche geltend gemacht werden konnten (vgl. etwa *O. Koellreutter* VerwArch. 45 [1940], 113 [125 f.]). Zum letzten Punkt *J. Oebbecke* Zur Rechtsstellung der NSDAP im „Dritten Reich“, in: P. Salje (Hrsg.), Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, 1985, 218 (233 ff.).

¹⁵⁴ *Heckel* Bericht (Fn. 115), 20 f.; *R. Höhn* DR 1935, 296 (300): „Körperschaft“ sei lediglich ein Hilfsbegriff, weil juristisches Denken noch unfähig sei, die Gemeinschaftsvorstellung voll zu erfassen. Zur fehlenden Staatsaufsicht noch *Huber* Wesen (Fn. 19), 86; *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487); *Stuckart* Partei (Fn. 112), 268 f.: nur formelle Sicherung. Schon *C. Schmitt* DR 1934, 27 (30) hatte es als „sinnlos“ bezeichnet, die Staatsaufsicht und die anderen Grundsätze für öffentlich-rechtliche Körperschaften auf das Verhältnis von Staat und Partei zu übertragen. Vgl. zum ganzen *Geiger* Rechtsstellung (Fn. 151), 152 f.

¹⁵⁵ *Heckel* Bericht (Fn. 115), 22; *E.R. Huber* Deutsche Rechtswissenschaft 4 (1939), 314 (322); *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487 f.); *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940), 113 (116).

¹⁵⁶ Betont von *Breuer* Der Staat (Fn. 149), 268; dort zugleich der Hinweis, daß sich die NSDAP als Gefolgschaftsverband zwar auch zahlreicher staatlicher Ämter bemächtigt und damit ihre Klientel bedient hatte („ungehemmte Appropriationsdynamik“), aber an der Doppelung und Zweispurigkeit festgehalten wurde. – Vgl. auch *L. Gruchmann* Die „Reichsregierung“ im Führerstaat. Stellung und Funktion des Kabinetts im nationalsozialistischen Herrschaftssystem, in: Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel, 1973, 187 ff. (205), der mit Blick auf die Zugehörigkeit Heß' als „Stellvertreter des Führers“ zur Reichsregierung betont, daß hierin nicht eine „Verschmelzung von Staat

selbständiger Hoheitsträger eigener Art und war auch verfassungsrechtlich ihr eigener Herr,¹⁵⁷ „impermeabel“ für den Staat.¹⁵⁸ Ihre Funktionäre bezeichnete man als „Hoheitsträger und Organe der Verfassungsordnung“,¹⁵⁹ sie selbst erschien als die „erste politische Körperschaft des öffentlichen Rechts überhaupt“;¹⁶⁰ die von Hitler in seiner Eigenschaft als Parteiführer erlassene Parteisatzung wurde als objektives Recht und Teil der völkischen Rechtsordnung eingestuft.¹⁶¹ Da die Bewegung nicht im Staat, sondern gleichsam neben ihm stand, war ein Herrschaftsdualismus etabliert, eine „eigentümliche Doppelung des politischen Hoheitsaufbaus“. ¹⁶² Neben der staatlichen Ämterordnung existierte somit ein zweiter, selbständiger, nicht-staatlicher Hoheitsträger.¹⁶³

Die daraus folgenden Koordinationsprobleme lagen auf der Hand, zumal es einerseits niemals zu einer eindeutigen Funktions- oder Aufgaben-

und Partei“ intendiert, sondern im Gegenteil die „Trennung beider Institutionen“ gewahrt werden sollte; ähnliche Diagnose bereits bei *H. Arendt* Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft, 1955, 629f.

¹⁵⁷ *Heckel Bericht* (Fn. 115), 20; zustimmend *R. Höhn* DR 1935, 296 (300). *E.R. Huber* DR 1935, 309 (311) charakterisiert die Partei als Verfassungseinrichtung mit unabgeleiteter Rechtssetzungsbefugnis; *Becker Führungsordnung* (Fn. 119), 13: die Partei leitet ihre „Hoheitsgewalt nicht vom Staate ab, sondern besteht zu eigenem Recht.“ Vgl. *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487): „Die Partei hat nicht kraft Verfassung Anerkennung gefunden, sondern selbst die Verfassung gegeben. Sie selbst ist erste Verfassungseinrichtung.“ Ferner *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (129): eigene, nicht vom Staat abgeleitete Rechtssetzungsgewalt.

¹⁵⁸ Vgl. *E.R. Huber* DR 1935, 309 (311); *Huber* Wesen (Fn. 19), 86: „Die Bewegung ist gegenüber der Staatsorganisation ein geschlossener und undurchdringlicher (impermeabler) Gesamtkörper“; *Heckel Bericht* (Fn. 115), 21; *Koellreutter Verfassungsrecht* (Fn. 72), 159.

¹⁵⁹ So *H.P. Ipsen* ZgesStW 100 (1940), 477 (487).

¹⁶⁰ So *Heckel Bericht* (Fn. 115), 19.

¹⁶¹ *Heckel Bericht* (Fn. 115), 21; *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 300. Das Satzungsrecht war in § 1 II 2 EinheitsG normiert.

¹⁶² *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (280), der fortfährt, daß diese Doppelung „ihre tieferen Grundlagen in der Nebenordnung von Partei und Staat und der damit verbundenen Einengung des Staatsbegriffs hat“. Von „Dualismus“ ist auch bei *Herbert Krüger* Einheit und Freiheit, 1944, 96 Fn. 4 die Rede, der ansonsten seine vage Idee „dialektischer Einheit“, die infolge der Überhöhung und Zusammenfassung beider Hoheitsträger durch den Führer bewirkt werde, vorstellt (S. 91 ff.). – Ob man eine „Zweiheit des formellen Rechtsetzungsverfahrens“ ausmachen könne (so *Heckel Bericht* [Fn. 115], 21 f.), war über die Jahre hin sehr umstritten: vgl. etwa *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940), 113 (120 ff.) m.w.N.

¹⁶³ Und zwar nicht nur in der staatsrechtlichen „Theorie“ (vgl. noch *W. Stuckart/R. Schiedermaier* Neues Staatsrecht I: Der neue Staatsaufbau, 17. Aufl. 1943, 34 f., 40 ff.), sondern auch durch die Judikatur: RG DJZ 1935, 1311; OLG Karlsruhe JW 1936, 3628.

zuordnung kam und man die Dinge insofern bewußt in der Schwebelage hielt,¹⁶⁴ andererseits aber auch kein verfassungsrechtlicher oder institutioneller Vorrang des Staates gegenüber der Partei oder der Partei gegenüber dem Staate¹⁶⁵ bestand.¹⁶⁶ Schmitts frühe Formel, Staat, Bewegung und Volk seien „unterschieden, aber nicht getrennt, verbunden, aber nicht verschmolzen“,¹⁶⁷ bot eher eine Beschreibung des Problems als dessen Lösung. Als Remedium gegen eine drohende Doppelung oder gar Spaltung des Rechts sah man Personalunionen an.¹⁶⁸ Doch waren damit die Strukturprobleme dieses „Bewegungsstaates“, in dessen Bezeichnung das eigentümlich Fluide des Regimes schon mitschwingt,¹⁶⁹ nicht zu be-

¹⁶⁴ W. Frotzcher/B. Pieroth Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1999, Rn. 599, 623f. – W. Benz Partei und Staat im Dritten Reich, in: M. Broszat/H. Möller (Hrsg.), Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte, 1983, 64ff. (73) bezeichnet das ausdrücklich als „Schwebezustand“. Noch 1940 stellte man fest, daß das Verhältnis von Partei und Staat alles andere als geklärt war: O. Koellreutter VerwArch. 45 (1940) 113 (113f.).

¹⁶⁵ Daß umgekehrt auch „kein Kontroll- oder Anweisungsrecht der Parteidenkstellen gegenüber den Staatsorganen“ bestand, betonte bezeichnenderweise Huber Wesen (Fn. 19), 87; ders. DR 1935, 309 (311). Zur wechselseitigen Unabhängigkeit noch Stuckart Partei (Fn. 112), 279f. – Krüger Einheit (Fn. 162), 92f., 97 plädiert allerdings für einen Vorrang der Partei; ebenso unabgesichert Geiger Rechtsstellung (Fn. 151), 157f.

¹⁶⁶ Auch das gern zitierte Hitler-Wort auf dem Reichsparteitag 1933: „Nicht der Staat befiehlt uns, wir befahlen dem Staat“ gibt keine eindeutige Richtung an, da es auch gegenläufige Äußerungen und Intentionen gab (vgl. Broszat Staat Hitlers [Fn. 56], 264ff.).

¹⁶⁷ Schmitt Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 21; ähnlich ders. DR 1934, 27 (30). Frotzcher/Pieroth Verfassungsgeschichte (Fn. 164), Rn. 623 nennen das eine „kryptische Formel“; mit Blick auf gewisse Ähnlichkeiten zum Glaubensbekenntnis des Konzils von Chalkedon (451 n. Chr.) könnte man eher von einer „christologischen“ Formel sprechen. – Pfundtner Quellen (Fn. 68), 342 greift zur Metapher der „Einheit von Seele und Leib“.

¹⁶⁸ Vgl. Huber Wesen (Fn. 19), 87: ungeschriebener, „doch geltender Verfassungsgrundsatz des Reiches, daß die wichtigen Staatsämter mit den Trägern gleichstufiger Parteiämter besetzt werden“; Huber Verfassungsrecht (Fn. 59), 300; ferner zur Personalunion als einem probaten Mittel: Heckel Bericht (Fn. 115), 22; Stuckart Partei (Fn. 112), 279; Becker Führungsordnung (Fn. 119), 33; Koellreutter Verfassungsrecht (Fn. 72), 161; Maunz Gestalt (Fn. 54), 8; für Stuckart/Schiedermaier Staatsaufbau (Fn. 163), 42f. war die Personalunion das eigentliche Instrument der Einheit von Partei und Staat. Vgl. auch Majer Grundlagen (Fn. 46), 216; Geiger Rechtsstellung (Fn. 151), 153f., 157. – Beispiele: (1) Himmler war Reichsführer SS und seit 1936 zugleich Chef der Deutschen Polizei; (2) Heß als Stellvertreter des Führers in der Partei war gemäß § 2 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat Mitglied der Reichsregierung; (3) der Stabschef SA war auch Mitglied der Reichsregierung; (4) die meisten Gauleiter waren zugleich Reichsstatthalter oder Oberpräsidenten.

¹⁶⁹ Von „Bewegungsstaat“ spricht E.R. Huber DR 1935, 309 (310); ders. Verfassungsrecht (Fn. 59), 289ff. u.ö.; bei ihm kann man davon ausgehen, daß in der Benennung bereits auch die Bannung zentrifugaler Tendenzen liegen sollte. Zur „Bewegungsverfassung“ Krüger Führer (Fn. 67), 40ff.

wältigen.¹⁷⁰ Sie konnten denn auch nicht verhindern, daß sich im Laufe der Zeit das ausbildete, was ein mittlerweile fast schon eigenständiger Zweig der zeitgeschichtlichen Forschung als „nationalsozialistische Polykratie“¹⁷¹ bezeichnet. Darunter versteht man im Kern das ungeklärte Konkurrenzverhältnis zwischen staatlicher Ämterordnung und Parteidienststellen, aber auch die Machtkämpfe innerhalb der Partei; verschärfend trat eine stetig wachsende Zahl von Sonderbehörden, Sonderbeauftragten und Sonderministerien hinzu, die zumeist unmittelbar Hitler selbst unterstellt waren.¹⁷² So kam es zur fortschreitenden Zerfaserung des Verwaltungssystems, zur Errichtung neuer Machtzentren mit sich überschneidenden Aufgabengebieten und überlappenden Zuständigkeits-

¹⁷⁰ Der Grund: die konfligierenden Interessen spiegeln die der unterschiedlichen Ressorts bzw. Organisationen wider. Sie verschwinden nicht deshalb, weil der „Chef“ an der Spitze der verschiedenen Ressorts oder Organisationen die gleiche natürliche Person ist! Daher sind Personalunionen das simpelste und zugleich fragilste Mittel, Konflikte zwischen Organisationen zu vermeiden, und erweisen sich für ein einigermaßen komplexes Staatswesen als absolut untauglich. Vgl. *H. Mommsen* Beamtentum im Dritten Reich, 1966, 108 ff., 223 ff.

¹⁷¹ Vgl. den so betitelten Aufsatz von *P. Hüttenberger* Geschichte und Gesellschaft 2 (1976), 417 ff.; die Umschreibung als Polykratie findet sich wohl zuerst bei *G. Schulz* Die Anfänge des totalitären Maßnahmenstaates (1962), Ausgabe 1974, 280, 294, 380 ff.; vielzitiert *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 363 ff. („Polykratie der Ressorts“); ausführlich *D. Rebutisch* Führerstaat und Verwaltung im Zweiten Weltkrieg, 1989, insb. S. 1 ff., 283 ff., 533 ff.; konzise Zusammenfassungen der Diskussion bei *M. Ruck* Die deutsche Verwaltung im totalitären Führerstaat 1933–1945, in: E.-V. Heyen (Hrsg.), Die öffentliche Verwaltung im totalitären System, 1998, 1 ff.; *U. v. Hehl* Nationalsozialistische Herrschaft, 1996, 60 ff. – Anschauliche Beispiele für Polykratie bei *Benz* Partei und Staat (Fn. 164), 74 ff. (Sonderverwaltungen, Kommissariate und Sonderministerien, Ämter und Behörden der NSDAP in Konkurrenz zu staatlichen Behörden, Zwangskartelle wie Reichsnährstand u. a.). Siehe auch *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 207 ff., der die „ernsthafte Erschütterung der Einheit des staatlichen Verwaltungsapparates“ durch die örtlichen Gauleiter schildert, die zwar kraft Personalunion das „staatliche“ Amt eines Reichsstatthalters innehatten, aber *neben* den Landesregierungen eingesetzt wurden und ihr Macht- und Störpotential als Mitglieder der Partei (als welche sie nur Hitler, nicht der Reichsregierung unterstanden) zur Geltung brachten; als Folgen nennt Gruchmann: „regionale ‚Nebenregierung‘ der Reichsstatthalter/Gauleiter“ und Ausbildung eines „regelrechten neuen Partikularismus“ im Kriege (ebd., 208); vgl. noch *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 130 ff. Als bereichsspezifische Studie *W. Stellbrink* Der preußische Landrat im Nationalsozialismus, 1998.

¹⁷² Für die Betrauung mit bestimmten Aufgaben wurde die Vorstellung sachlich abgegrenzter, allgemeiner Kompetenzbereiche zunehmend unwichtiger; mehr und mehr kam es auf die „politische Wichtigkeit des Aufgabenkreises und die Persönlichkeitsfrage“ an (so zeitgenössisch *Krüger* Einheit [Fn. 162], 97); aus der heutigen Literatur nur *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 37, 47; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 60 ff.; *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 132 ff.

bereichen,¹⁷³ zur Ausbildung entsprechender Verselbständigungstendenzen und mit alledem zur Aushöhlung der staatlichen Ämterordnung, zu beständigem Kompetenzgerangel und hartnäckigem Kampf um die verbindliche Letztentscheidung. Dieses „Chaos“ konkurrierender Instanzen¹⁷⁴ entfaltete sich vollends im Kriege, hatte sich aber bereits vorher abgezeichnet.¹⁷⁵

Daß eine der Herausarbeitung systematischer Grundlinien verpflichtete Staatsrechtswissenschaft hier kein taugliches Objekt finden konnte, versteht sich. Aber hat sie den offenkundigen Zerfallsprozeß nicht wenigstens als solchen analysiert, ja womöglich kritisiert? Tatsächlich findet sich *eine* Stellungnahme, die an Deutlichkeit nichts zu wünschen übrig läßt. Der gesunde Menschenverstand des Volkes habe kein Verständnis für „Kompetenzkonflikte und Prestigekomplexe“, heißt es dort; und: die Betroffenen wüßten infolge der „sich ständig mehrenden Zahl der Sonderverwaltungsbehörden und -dienststellen“ nicht, an wen sie sich zu wenden hätten; es entstünde der „wenig schöne Zwang, von Behörde zu Behörde zu laufen“. Und dann listet der Verfasser alle Mängel auf: „Behördeninflation und Behördenkrieg, Doppelarbeit und Leerlauf der Behörden, Unproduktivität der Behördenarbeit, Publikumsbelastung durch vermehrte Behördenlauferei, Verminderung der Rechtssicherheit durch erhöhte Möglichkeit voneinander abweichender Behördenentscheidungen, Verteuerung der Verwaltung, Aufblähung des gesamten Staatsapparates“. – Allerdings: der Autor, *Wilhelm Stuckart*, war seinerzeit SS-Brigadeführer und Staatssekretär im Innenministe-

¹⁷³ *Krüger* Einheit (Fn. 162), 95 f. konstatiert die Auflösung des Zuständigkeitsbegriffes.

¹⁷⁴ *G. Schulz* Der Staat 22 (1983), 262 (270). Vgl. auch *R. Morsey* Die verfassungspolitische Entwicklung, in: K. G. A. Jeserich u. a. (Hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, Bd. 4, 1985, 696 ff. (703): „Kompetenzchaos und ‚institutionelle Anarchie‘“; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 353: „veritables Chaos“; *Breuer* Der Staat (Fn. 149), 269 ff. spricht von „Doppelhierarchien“, der „Chaotisierung des politisch-administrativen Systems“ und der „Entstehung zahlloser unkontrollierter Sekundärbürokratie“; *Kershaw* Hitlers Macht (Fn. 3), 214 redet geradezu beiläufig vom „üblichen Verwaltungschaos des Dritten Reiches“.

¹⁷⁵ *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 533 faßt das Ergebnis seiner umfassenden Studie wie folgt zusammen: „Niemals zuvor in der deutschen Geschichte war eine Herrschaftsform von so extremer Machtentfaltung wie der Führerstaat Hitlers zugleich auf so widersprüchliche Elemente gegründet und von derart erbitterten Konkurrenzkämpfen in dem unübersichtlichen Gelände einer heillos zerrütteten Verwaltungsorganisation geprägt. Niemals zuvor wurden ideologische Herrschaftsziele mit vergleichbarer Durchschlagskraft und Perfektion exekutiert, während gleichzeitig die Behörden und Institutionen des traditionellen Staatsapparates durch die Einwirkung zahlloser Parteidienststellen und Sonderorganisationen einem Prozeß fortwährender Auflösung verfielen.“

rium; und erschienen ist dieser kritische Beitrag 1941 in der Festgabe für Heinrich Himmler.¹⁷⁶

Man sieht: Aus dem Nebeneinander von Partei und Staat wurde ein Gegeneinander und schließlich ein allgemeines Durcheinander. In der Überwucherung, Durchlöcherung und Zersetzung der Staatsorganisation zeigte sich ein weiteres Mal Hitlers Anti-Etatismus, sein vollständig mangelnder Sinn für die regulative, aber immer zugleich limitierende Kraft von Kompetenzordnungen und klaren hierarchischen Strukturen. Dieses Desinteresse hatte seinen Grund natürlich vornehmlich darin, daß die Polykratie ihn nicht etwa als schwachen Diktator auswies;¹⁷⁷ vielmehr sicherte ihm die labile Balance zwischen den verschiedenen Machtagglomerationen gerade die zentrale Entscheidungsposition.¹⁷⁸ Nicht trotz, sondern wegen der Rivalitäten blieb er bis zum Ende die ganz unbestrittene Letztentscheidungsinstanz: freilich – um es bildhaft auszudrücken – weniger als Spitze eines massiven pyramidalen Blocks, sondern eher als höchster Punkt eines Mobiles.

3. Führung und Führerprinzip: der „Führerstaat“

Damit stehen wir bereits inmitten des dritten Elementes, bei Führung, Führerprinzip und „Führerstaat“.

¹⁷⁶ W. Stuckart Zentralgewalt, Dezentralisation und Verwaltungseinheit, in: Festgabe für Heinrich Himmler, 1941, 1 ff. (22, 24). – Zu dieser bemerkenswerten „innerparteilichen“ Kritik auch *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 368 f.; *M. Moll* Einleitung, in: ders. (Hrsg.), „Führer-Erlasse“ 1939–1945, 1997, 9 ff. (27).

¹⁷⁷ Siehe zur diesbezüglichen Kontroverse zwischen Hans Mommsen und Klaus Hildebrand *Moll* Einleitung (Fn. 176), 10 ff. mit allen Nachweisen. Vgl. auch die knappe, aber präzise Darstellung im oben genannten Sinne bei *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 64 ff.; breite und faire Schilderung der unterschiedlichen Positionen zum „Faktor“ Hitler bei *Kershaw* NS-Staat (Fn. 149), 112 ff., 128 ff.; vgl. noch v. *Hehl* Herrschaft (Fn. 149), 60 ff.

¹⁷⁸ Gleichsinniges Resümee bei *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 212; *Jäckel* Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 60, 64; *D. Rebentisch* Hitlers Reichskanzlei zwischen Politik und Verwaltung, in: ders./K. Teppe (Hrsg.), Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers, 1986, 65 ff. (98 f.); *Morsey* Entwicklung (Fn. 174), 703; *Grawert* Nationalsozialistische Herrschaft (Fn. 57), § 4 Rn. 48. So wohl auch *H. Mommsen* Die nationalsozialistische Machteroberung: Revolution oder Gegenrevolution, in: *Dipper*, Sozialgeschichte (Fn. 152), 41 ff. (49). – Das heißt wiederum nicht, daß Hitler eine systematische Politik des *divide et impera* betrieben hat; womöglich reichte sein „instinktiver Darwinismus“ (*I. Kershaw* Der Nationalsozialismus als Herrschaftssystem, in: *Dahlmann/Hirschfeld*, Lager [Fn. 149], 155 ff. [166]).

a) Auch Führung galt als innovativer „Kernbegriff des nationalsozialistischen Staatsrechts“.¹⁷⁹ Man verstand darunter mehr und anderes als effektive Befehl-Gehorsams-Relationen, gerade nicht nur das mechanische Funktionieren bürokratischer Apparate oder einer machtsstaatlichen Diktatur.¹⁸⁰ Gedacht war vielmehr an eine höhere Einheit zwischen Führer und Gefolgschaft, in welcher deren wahres Wissen und Wollen durch den Führer artikuliert und handelnd zum Ausdruck gebracht wird.¹⁸¹ Man betonte die angebliche Herkunft dieses Führungsgedankens aus dem germanischen Heerführertum,¹⁸² vor allem aber seine Verankerung in den Erfahrungen des Ersten Weltkrieges, also dem „Erlebnis der Frontkämpfergeneration“.¹⁸³ Der Stoßtruppführer galt als Prototyp solchen Führertums¹⁸⁴ und zugleich als eine Art von Sozial-

¹⁷⁹ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 36. *Heckel* Bericht (Fn. 115), 18 betont, daß „Führung“ ebenso wie Bewegung und völkisch völlig neue Termini des Verfassungsrechts seien. Siehe auch *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682): „Der Führergrundsatz ist das bestimmende Organisationsprinzip im Dritten Reich.“ Nach *Krüger* Führer (Fn. 67), 6 ist „der Führerbegriff die wesentliche Denkform des neuen Zeitalters“.

¹⁸⁰ Vgl. *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 27, 37 ff. (auch zur Differenz gegenüber hierarchischem Kirchenstaat und rationalem Anstaltsstaat).

¹⁸¹ So vor allem *R. Höhn* Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, 16f.: „Führer ist ... derjenige, der, aus der Gemeinschaft gewachsen, am stärksten die Gemeinschaftsgehalte in sich trägt und für die Gesamtheit richtunggebend handelt.“; *ders.* Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934, 42 (am Beispiel einer SS-Versammlung). Siehe ferner *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (530 ff., insb. 534); *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446 f.). – Letztlich sind natürlich auch die geheimnisvollen Verbindungen zwischen Führer und Gefolgschaft rational nicht erklärbar. Typisch folgender Satz (*Herbert Krüger* DR 1935, 210 [210]): „Führer und Volk stehen auf unzähligen sichtbaren und unfaßlichen Leitungen miteinander in Verbindung.“ Vgl. noch *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682, 1683): Zusammenströmen der Kräfte und Spannungen der Gemeinschaft im Führer und dessen Fähigkeit, die Gehalte der konkreten Gemeinschaft zu verkörpern; *ders.* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197 ff. (198, 199 [„Gemeinsamkeit des Blutes in Führer und Gefolgschaft“, der Führer stamme „aus den besten Blutskräften der seinem Volke Gestalt gebenden Rasse“]); *W. Best* RVBl. 1939, 757 (759): im Führer verwirklichte sich der „organische Führungs- und Gestaltungswille des Volkes“. – Zusammenfassend *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 (214 ff.).

¹⁸² *R. Höhn* DR 1935, 296 (298); *Krüger* Führer (Fn. 67), 114 f. Eher skeptisch zunächst *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 15, dann aber deutlich 19 ff.; allgemein *G. Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197 ff. (202) unter Bezug auf den „germanischen Gedanken der Volksgenossenschaft und des auf ihr beruhenden Führertums“.

¹⁸³ *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 21. Mehrere Hinweise auf Frontsoldaten auch bei *Koellreutter* Führerstaat (Fn. 44), 8, 18; *ders.* Aufbau (Fn. 58), 10, 39 u.ö.; *ders.* Verfassungsrecht (Fn. 72), 147; *C.H. Ule* VerwArch. 46 (1941), 1 (53): Weltkrieg als „Geburtsstunde des nationalsozialistischen Führertums“.

¹⁸⁴ Vgl. *Freyer* Staat (Fn. 122), 108: „Wenn der Leutnant seine Kompanie zum Sturmte führt, vollzieht sich, aus lauter Taten zusammengesetzt, ein Schaffensprozeß; und aus

ideal; von daher erklärt sich die besondere Auszeichnung sog. Stoßtrupp-Fakultäten.¹⁸⁵ Eine genauere oder gar wissenschaftlich präzise Umschreibung des Begriffs der Führung gelang trotz einer großen Fülle einschlägiger Arbeiten¹⁸⁶ letztlich nicht.¹⁸⁷ Selbst der wortmächtige *Carl Schmitt* erklärte, bezeichnenderweise versage jedes Bild.¹⁸⁸ Eine recht ausgedehnte und mit überraschenden Frontverläufen geführte Debatte darüber, ob Führung auch in der Arbeit von Verwaltungsbehörden statthaben könne,¹⁸⁹ gelangte ebensowenig zu einem eindeutigen Ergebnis und verlief im Sande.

b) Sehr viel konkretere Konturen gewann der Führergedanke im spezifisch staatsrechtlichen Sinne, führte er hier doch zum „Führerstaat“.¹⁹⁰

dem lebendigsten Objekt, aus handelnden Menschen, formt sich ein Gebilde. Führen heißt immer: aus Leben Form schaffen. Geführt werden heißt immer: daß ein Leben zu Form wird.“

¹⁸⁵ Zu Stoßtrupp-Gemeinschaft und Stoßtrupp-Fakultäten *T. Maunz* DR 1936, 488 (492), wo diese „Kampfmethode“ auf Zeitschriftenkampagnen und das „Kitzeberger Lager“ erstreckt wird; *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 202 hebt Arbeitsgemeinschaften der Referendare und Kameradschaftsabende als Mittel zur Schaffung echten Gemeinschaftsgeistes hervor. – Zur Stoßtruppfakultät Kiel und dem Kitzberger Lager aus der heutigen Literatur näher *J. Eckert* Was war die Kieler Schule?, in: F.J. Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, 37 ff. (46 ff., 55 ff.).

¹⁸⁶ *E. Becker* Diktatur und Führung, 1935; *R. Höhn* DR 1935, 296 ff.; *O. Koellreutter* Der Deutsche Führerstaat, 1934; *Herbert Krüger* Führer und Führung, 1935; *Küchenhoff* Art. Führergrundsatz (Fn. 67), 197 ff. – Vgl. den Hinweis von *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (530), es gäbe bis dato noch keine brauchbare Theorie der Führung, was natürlich auch eine Spitze gegen Höhn war.

¹⁸⁷ *E. Laux* Führung und Verwaltung in der Rechtslehre des Nationalsozialismus, in: *Rebentisch/Teppe, Verwaltung* (Fn. 178), 33 ff. (40). – Vielzitiert: „Autorität jedes Führers nach unten und Verantwortlichkeit nach oben“ (*Hitler* Mein Kampf [Fn. 124], 501). Diese Formel zeigte aber nur, daß Führung nicht auf Befehlsstrukturen mit Gehorsamsanspruch verzichten konnte. Deutlich wiederum *E.R. Huber* AöR n.F. 24 (1934), 246 (248): verantwortliche Bindung ohne Kontrolle.

¹⁸⁸ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 42.

¹⁸⁹ Gründliche Darstellung bei *Laux* Führung (Fn. 187), 46 ff., 56 ff.; knapp *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 361 f. Aus der Primärliteratur *T. Maunz* DR 1935, 219 ff.; *E. Forst-hoff* DR 1935, 398 ff.; *R. Höhn* DR 1936, 304 ff.; *G. Küchenhoff* Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 ff.; *Becker* Führungsordnung (Fn. 119), 28 ff.; *C.H. Ule* VerwArch. 45 (1940), 193 ff.; *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 ff.

¹⁹⁰ Der Terminus geht wohl auf *O. Koellreutter* Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, 163 ff. zurück; im gleichen Jahr spricht *G.A. Walz* DJZ 1933, 1334 (1339) vom „völkischen Führerstaat“, *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 46 vom „totale(n) Führerstaat“; später *E.R. Huber* AöR n.F. 24 (1934), 246 (250); *C. Schmitt* Der Rechtsstaat, in: *Frank, Handbuch* (Fn. 51), 3 ff. (7). Die Bezeichnung lag allem Anschein nach in der Luft: sie begegnet auch bei *M.H. Boehm* Volkstheorie als politische Wissenschaft, 1934, 13 (ein

Das bedeutete zunächst ganz allgemein und grundsätzlich, daß die neue Ordnung eine personhafte sein sollte: „Person statt Norm und unpersönlicher Institution“,¹⁹¹ wie man im markanten Gegensatz zur verfassungsstaatlichen Programmformel des *government of laws, not of men* formulierte. Im Führerstaat war aber vor allem die beispiellose Konzentration der gesamten hoheitlichen Gewalt – des Staates wie der Bewegung – in den Händen einer Person, des Führers und Reichskanzlers, verwirklicht.¹⁹² Schon früh herrschte in der Staatsrechtslehre Einigkeit darüber, daß die legislative, exekutive, militärische und selbst – das war spätestens seit dem sog. Röhm-Putsch klar – judikative Gewalt ungetrennt und ungeschmälert in seiner Hand lag.¹⁹³ „Der Führer“, so Huber in repräsentativer Zusammenfassung, „vereinigt in sich alle hoheitliche Gewalt des Reiches; alle öffentliche Gewalt im Staat wie in der Bewegung leitet sich von der Führergewalt ab. Nicht von ‚Staatsgewalt‘, sondern von ‚Führergewalt‘ müssen wir sprechen, wenn wir die politische Gewalt im völkischen Reich richtig bezeichnen wollen. Denn nicht der Staat als eine unpersönliche Einheit ist der Träger der völkischen Gewalt, sondern diese ist dem Führer als dem Vollstrecker des völkischen Gemeinwillens gegeben. Die Führergewalt ist umfassend und total; sie vereinigt in sich alle Mittel der politischen Gestaltung; sie erstreckt sich auf alle Sachgebiete des völkischen Lebens ... Die Führergewalt ist nicht durch Sicherungen und Kontrollen, durch autonome Schutzbereiche und wohlerworbene

Vortrag vom 3. 12. 1933). – Zusammenfassende Darstellung bei C.H. Ule VerwArch. 45 (1940), 193 (206ff.). O. Koellreutter RVBl. 1941, 445 (445) sieht im Führerstaat „den neuen Staatstypus des 20. Jahrhunderts“.

¹⁹¹ J. Heckel DVBl. 1937, 49 (55 ff., 58; ebd., 55 ist hervorgehoben, daß die „Rückkehr zu personenhafter Volksordnung ... ihren letzten Grund in der rassemäßigen Selbstbestimmung unserer Nation“ habe); Heckel wirft hier (ebd., 55 f. mit Fn. 41 ff.) im übrigen Carl Schmitt vor, in seinen Arbeiten über „Staat, Bewegung, Volk“ sowie den „Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ eine zu sehr etatistische, keine „gesamtvölkisch-deutsche Schau“ des Reichs zu bieten, desgleichen (S. 58 f.), den Führer als konkrete Ordnungsfigur mißinterpretiert zu haben; kritisch zu Schmitt auch Koellreutter Führerstaat (Fn. 44), 23 m. Anm. 28. – Zur Personhaftigkeit ferner G.A. Walz DJZ 1933, 1334 (1339); C. Schmitt JW 1934, 713 (714, 715); Krüger Führer (Fn. 67), 28 ff., 45 f.; G. Küchenhoff Deutsche Justiz 98 (1936), 1682 (1682, 1686); O. Koellreutter RVBl. 1941, 445 (447 f.); E.R. Huber ZgesStW 101 (1941), 530 (535 f.). – Aus der Sekundärliteratur Lepsius Begriffsbildung (Fn. 26), 93 ff.; B. Rüthers Ius Commune XXIII (1992), 577 (579).

¹⁹² Im bloßen Konzept der „Einheit der Staatsgewalt“ (E.R. Huber DJZ 1934, 950 ff.) lag dies noch nicht zwingend beschlossen.

¹⁹³ Zum sog. Röhm-Putsch vgl. oben Fn. 50. Vgl. zum Führer als „oberstem Gerichtsherrn“ außer C. Schmitt DJZ 1934, 945 ff. noch Stuckart Partei (Fn. 112), 279.

Einzelrechte gehemmt, sondern sie ist frei und unabhängig, ausschließlich und unbeschränkt“.¹⁹⁴

aa) Zu den Folgen dieser Führerstaatlichkeit zählte zunächst der drastische Bedeutungsverlust von Reichstag und Reichsregierung.¹⁹⁵ Der Reichstag, ohnehin nur selten einberufen,¹⁹⁶ faßte seit dem 23. 3. 1933 bis zur letzten Sitzung im April 1942 ganze sieben förmliche Gesetzesbeschlüsse.¹⁹⁷ Weit wichtiger als dieser quantitative Aspekt ist allerdings der qualitative. Denn nicht nur rein faktisch, sondern in normativer staatsrechtlicher Deutung fungierte der Reichstag als bloße Akklamationsstätte ohne eigenes politisches Recht zur Willensbildung.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Huber Verfassungsrecht (Fn. 59), 230; im Anschluß an die zitierte Stelle betont Huber die Bindung der Führergewalt an Schicksal, Wohl und Ehre des Volkes. Des weiteren unterscheidet Huber im folgenden (S. 232 ff.) ansatzweise verschiedene Staatsfunktionen und wendet sich gegen die Kritik, welche Höhn gegen die erste Auflage der Huberschen „Verfassung“ von 1937 vorgebracht hatte; vgl. auch E.R. Huber ZgesStW 101 (1941), 530 (542 ff.). – Ohne jeden Formwillen Küchenhoff Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 203: „Was der Führer von Gemeinschafts wegen als richtig oder umgekehrt als sittenwidrig und daher als Recht oder als Unrecht bezeichnet, das ist es, ohne daß es eines formellen Gesetzes bedarf.“ Siehe noch J. Heckel DVBl. 1937, 49 (58): „Darum hat das Wort aus der feierlichen Schlußformel des Reichsparteitages 1934 nicht nur einen symbolischen, sondern einen verfassungskonstruktiven Sinn: Adolf Hitler ist Deutschland und Deutschland ist Adolf Hitler.“

¹⁹⁵ Allgemein zum Gesetzgebungsverfahren (wesentlich vor Kriegsbeginn) Gruchmann Justiz (Fn. 51), 746 ff.; für die spätere Zeit Rebutisch Führerstaat (Fn. 171), 371 ff.

¹⁹⁶ Es fanden seit der Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes noch 19 Reichstagsitzungen statt. Genaue Zahlen bei Jäckel Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 159 Anm. 33; ausführlich P. Hubert Uniformierter Reichstag, 1992, 215 ff. – Die letzte Sitzung datiert vom 26. 4. 1942; dort „bestätigte“ der Großdeutsche Reichstag einmütig „die vom Führer in seiner Rede in Anspruch genommenen Rechte“, i.e.: „alles zu tun, was zur Erringung des Sieges dient oder dazu beiträgt (...) ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein“ (RGBl. I S. 247).

¹⁹⁷ 30. 1. 1934: Neuaufbaugesetz; 15. 9. 1935: Blutschutzgesetz, Reichsbürgergesetz und Reichsflaggengesetz; 30. 1. 1937 und 30. 1. 1939: Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes; 1. 9. 1939: Wiedervereinigung Danzigs mit dem Deutschen Reich. Vgl. Gruchmann Reichsregierung (Fn. 156), 213 Anm. 1; Jäckel Hitlers Herrschaft (Fn. 8), 159 Anm. 33; ausführlich zu Wahl, Zusammensetzung, Zusammentritt und „Entscheidungen“ des Reichstags Hubert Uniformierter Reichstag (Fn. 196), 125 ff.

¹⁹⁸ In aller wünschenswerten Klarheit Küchenhoff Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 207 ff.: keine eigene Befugnis, Gesetze zu beschließen; nur vom Führer abgeleitete Gesetzgebungsgewalt. Siehe auch W. Weber ZgesStW 102 (1942), 101 (134): „Das Reichstagsgesetz ist im Grunde ein dem Reichstag zur Akklamation vorgelegter unmittelbarer Führerentscheid und stellt insofern nur eine Abart des Führererlasses dar.“ Weiter E.R. Huber ZgesStW 95 (1935), 202 (207); ders. Verfassungsrecht (Fn. 59), 207 f.: „Es wäre unmöglich, daß im Reichstag ein Gesetz eingebracht und beschlossen würde,

Die formelle Gesetzgebung ging in entsprechendem Maße auf die Reichsregierung¹⁹⁹ über, welche freilich selten und seit 1938 gar nicht mehr als Kollegialorgan tagte, sondern im Umlaufverfahren entschied.²⁰⁰ Auch hier galt, daß die Reichsminister lediglich als Ratgeber und Gehilfen des Führers agierten,²⁰¹ nicht als Inhaber eigener organschaftlicher Rechte. Und selbst diesen reduzierten Rang mußten sie im Laufe der Zeit noch an die Kanzleichefs abtreten,²⁰² was sich etwa im Verfahren der Mit-

das nicht entweder vom Führer selbst ausgeht oder von ihm nicht wenigstens vorher gebilligt worden ist. Der Vorgang ist ähnlich wie bei der Volksabstimmung: der Reichstag ist nicht der eigentlich handelnde Träger der Gesetzgebungsgewalt, sondern er erklärt durch den Beschluß seine Übereinstimmung mit dem Willen des Führers, der der Gesetzgeber des deutschen Volkes ist.“

¹⁹⁹ Deren Zusammensetzung im Jahre 1939 ist dargestellt bei *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 224; zu Weiterentwicklungen *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (558ff.). – Ausführliche Darstellung bei *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 187ff. – Die Reichsregierung verabschiedete bis 1945 mehr als 900 Gesetze (so *Moll Einleitung* [Fn. 176], 51 m. Anm. 230).

²⁰⁰ *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 192ff.; *Moll Einleitung* (Fn. 176), 11, 50. Genaue Anzahl der Kabinettsitzungen, die von Jahr zu Jahr weniger wurden und 1938 ganz eingestellt wurden, bei *Gruchmann ebd.*, 192; *Jäckel Hitlers Herrschaft* (Fn. 8), 162 Anm. 46.

²⁰¹ *Küchenhoff Art. Führer und Reichskanzler* (Fn. 51), 206f.: „Räte des Führers“; *U. Scheuner Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht* 5 (1940), 1 (26): Reichsminister sind „zu den nächsten Beratern und Mitarbeitern des Führers geworden“; *J. Heckel KritV* 31 (1941), 245 (256): „Grundsatz jeweiliger persönlicher Beratung des Führers“; *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (553); *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (137). – *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 227 hatte noch die in gewisser Weise eigenständige Funktion der Minister als „Unterführer“ und ihre Aufgabe als „Mitgestalter“ betont. – Aus der Sekundärliteratur zusammenfassend *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 191: Reichskabinettsrat als „Führerrat“.

²⁰² Dazu, daß dieser Prozeß nicht erst im Kriege beginnt, *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 192ff.; *Rebentisch Reichskanzlei* (Fn. 178), 65ff., insb. 84ff. – Zeitgenössisch *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 218; *U. Scheuner Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht* 5 (1940), 1 (31f.). *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (554ff.) führt drei verschiedene Kanzleien auf: Präsidialkanzlei, Reichskanzlei und Kanzlei des Führers der NSDAP; die letztgenannte war eine Parteistelle unter Leitung von Philipp Bouhler. Staatspolitisch wichtiger als diese war die (erst 1941 nach Heß' Schottlandflug so titulierte) *Parteikanzlei* (Bormann), vormals Dienststelle des Stellvertreters des Führers (Heß). Chef der *Reichskanzlei* (und Reichsminister) war Lammers, Chef der *Präsidialkanzlei* Staatsminister Meißner. Als eine Art von Kanzleichef kann auch der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht, Keitel, angesprochen werden, der zahlreiche Führererlasse (sowohl die im Reichsgesetzblatt publizierten als auch die unveröffentlichten) mitzeichnete, vgl. *Moll Einleitung* (Fn. 176), 52 m.w.N. – Zum Ablösungsvorgang *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (137): „Ihre ursprüngliche Funktion unmittelbarer Ratgeber- und Gehilfenschaft in den höchsten Führerentscheidungen hat

zeichnung (nicht: Gegenzeichnung²⁰³) niederschlug.²⁰⁴ Selbst für die plebiszitären Akte der verschiedentlich anberaumten Volksabstimmungen nahm man schließlich an, daß in ihnen nur eine Bestätigung des Führerbeschlusses, nicht aber eine aus eigener Legitimationsquelle fließende Entscheidung liege.²⁰⁵ Kurz: „In allen seinen Erscheinungsformen“ – so *Huber* – „ist das Gesetz der Entscheid des Führers“.²⁰⁶

die Reichsregierung abgegeben an die Kanzleien, denen insoweit das Oberkommando der Wehrmacht gleichzustellen ist, und an einen wechselnden Kreis besonders berufener Immediatstellen.“

²⁰³ *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 207: „Durch ihre Mitzeichnung übernehmen die Reichsminister keine Führerverantwortung gegenüber dem Volke, sondern gegenüber dem Führer und Reichskanzler die Ratgeberverantwortung für die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des Gesetzes und dessen sachgemäße, den Willen des Führers richtig und klar wiedergebende Fassung.“ Desgleichen *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 340; *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 228; *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (126f., 137). – Aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 194ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 87ff. Als „Mitzeichnender“ trat zumal im Verlauf des Krieges zunächst neben Keitel als Chef des OKW immer stärker Reichsminister und Chef der Reichskanzlei Lammers hervor, den im Laufe der Zeit Bormann als Chef der Parteikanzlei zu verdrängen vermochte (*Gruchmann* Reichsregierung [Fn. 156], 209ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei [Fn. 178], 94ff.).

²⁰⁴ Zusätzliche Bedeutungsverluste erlitt die Reichsregierung durch weitere kabinettähnliche Einrichtungen wie den „kleinen Ministerrat“, den (niemals zusammengetretenen) „Geheimen Kabinettsrat“ und den „Ministerrat für die Reichsverteidigung“ (*Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 175ff.), ferner durch die NSDAP-Hoheitsträger (zu beiden Aspekten *Gruchmann* Reichsregierung [Fn. 156], 200ff., 202ff.). Zeitgenössisch zum „Anwachsen der Zahl der neben den Ministerialressorts neugeschaffenen obersten Reichsbehörden und unmittelbar dem Führer unterstellten Sonderbeauftragten“ auch *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (27ff., Zitat S. 27); mit ähnlich kritischen Untertönen *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (554ff., 561).

²⁰⁵ In der Volksabstimmung vom 19. 8. 1934 wurde Huber zufolge keine konstitutive Entscheidung getroffen, sondern „ein Akt des bezeugenden Vertrauens vollzogen“ (*Huber* Verfassungsrecht [Fn. 59], 217; allgemein ebd., 202); konsequenterweise mißt Huber dem Ausgang einer Volksabstimmung keine Bedeutung zu, so daß der Führer auch bei ablehnendem Votum der „eigentliche Willensträger“ bleibt, der „vor den in der Abstimmung zutage tretenden Meinungen und Bestrebungen nicht zurückzuweichen“ brauche (*Huber* Verfassungsrecht [Fn. 59], 202). Dagegen *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446); *J. Heckel* KritV 31 (1941), 245 (255); *G. Küchenhoff* Art. Volksabstimmung, in: *Volkmar* u.a., Handwörterbuch (Fn. 51), 771ff. (772, 773). – *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (134) merkte hierzu an, daß „volksbeschlossene oder volksbestätigte Reichsgesetze entgegen dem insoweit überholten Wortlaut des Gesetzes über Volksabstimmung (sic!) vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) in der heutigen Verfassung des Reiches keinen Raum haben“, um in der Fußnote erklärend hinzuzufügen, daß etwa „schon die Volksabstimmung zum Staatsoberhauptsgesetz vom 19. August 1934 [...] nicht die Beschließung oder Bestätigung dieses Gesetzes, sondern ein Plebiszit für den Führer und die von

bb) Die schon für sich genommen monströse Vorstellung autonomer wie absorptiver Allgewalt einer Person hatte des weiteren eine bis dato unbekannte Formindifferenz und letztlich einen Formverlust der Normsetzung zur Folge.

Formindifferenz war die unausweichliche Konsequenz der Anerkennung einer unmittelbar rechtsetzenden Kraft des Führerwillens. Denn es konnte nicht darauf ankommen, in welcher Form dieser zum Gesetz erhoben wurde – ob durch Erlaß, Führerverordnung, Regierungsgesetz, Reichstagesgesetz oder volksbeschlossenes Gesetz.²⁰⁷ Entscheidend war allein, daß sich der Führerwille artikuliert.²⁰⁸ Daraus erwuchsen der Staatsrechtslehre letztlich unlösbare Ordnungsprobleme, da jegliche normhierarchische Reihung gesprengt war.²⁰⁹ Von selbst verstand sich,

ihm repräsentierte verfassungsrechtliche Gesamtordnung“ bedeutet; ebenso *ders.* Verkündung (Fn. 42), 11 m. Fn. 11, wonach volksbeschlossene Gesetze im „heutigen Verfassungssystem keinen Platz“ hätten.

²⁰⁶ *E.R. Huber* DR 1939, 275 (276); vgl. *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 237 („In Wahrheit gibt es nur einen Gesetzgeber im Deutschen Reich: das ist der Führer selbst“), 253 („auch beim förmlichen Gesetz (ist) der Führer der alleinige Träger der Entscheidung“); siehe noch *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 11; *J. Heckel* DVBl. 1935, 158 (163). Auch *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (133) konstatiert, daß Regierungs- und Reichstagesgesetze in Wahrheit Ausdrucksformen der Führerrechtssetzung seien. – Selbst wenn man eine Volksabstimmung über eine Verfassung durchführte, so *Huber* im Jahre 1935, so würde „darin nicht eine konstitutive Begründung der Verfassung, sondern nur ein vertrauendes Bekennen zu der entstandenen Ordnung zu sehen sein“ (*Huber* Wesen [Fn. 19], 57). In pauschaler Weise desgleichen *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler (Fn. 51), 204.

²⁰⁷ Vgl. *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (549): „Die Formen, in denen diese Rechtsetzung durch den Führer sich vollzieht ..., sind demgegenüber von untergeordneter Bedeutung“. Ähnlich *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (14): „das Gesetz ist Ausdruck seines [scil. des Führers, H.D.] Willens, jederzeit kann er gesetzessgleiche Anordnungen im Wege der Verordnung oder des Erlasses treffen.“

²⁰⁸ *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 235 ff.; *ders.* ZgesStW 101 (1941), 530 (549).

²⁰⁹ Den besten Eindruck von der bunten formalen Vielfalt der Rechtsetzungsakte Hitlers sowie der Vergeblichkeit einer klaren und festen Systematisierung derselben vermitteln die beiden ausführlichen Aufsätze von *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (548 ff.), und *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 ff.; ferner *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (33 ff.); *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 321 ff. – Auch unterhalb der Ebene von Normsetzungsakten des Führers, also im Bereich der Verordnungen und Erlasse, existierte eine verwirrende Fülle von Rechtsetzungsorganen und herrschte gleichfalls großer Mangel an einem klar durchstrukturierten System; vgl. etwa *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 13 ff. (S. 18: „Buntheit der Arten von polizeilichen Normen“); *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (568 ff., insb. 573 f.); auch *Heckel* Wehrverfassung (Fn. 65), 336 ff. – Charakteristischweise wollte *W. Best* Die deutsche Polizei, 1941, 21 überhaupt keinen Unterschied mehr zwischen stärkeren und schwächeren Normen, zwischen Verfassungsrecht und gewöhnlichem Recht,

daß es keinen Vorrang oder Vorbehalt des Gesetzes²¹⁰ gab – denn das wäre nur ein Vorrang oder Vorbehalt des Führerwillens gegen sich selbst gewesen. Bezeichnend aber war vor allem, daß selbst als solche titulierte „Verordnungen“, sofern sie nur von Hitler erlassen waren (sei es als „Führer und Reichskanzler“, „Führer und Oberbefehlshaber der Wehrmacht“ oder schlicht als „Führer“²¹¹), nicht etwa unter dem Gesetz standen²¹² und sich auch nicht auf eine gesetzliche Ermächtigung stützten²¹³ (obwohl das formal des öfteren so ausgestaltet war²¹⁴) oder in deren Rahmen halten mußten.²¹⁵ Führerverordnungen und Führerer-

zwischen Gesetzen, Verordnungen und Erlassen oder zwischen öffentlichem und privatem Recht anerkennen; es komme auf den jeweiligen Willen der Führung (nicht: des Führers!) an. Kritik daran bei *O. Koellreutter* *VerwArch.* 47 (1942), 208 (229f.).

²¹⁰ *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 253. Wohl aber gab es einen „Vorbehalt des Führerentscheids“, vgl. ebd., 254; s. auch *Weber* Dienst- und Leistungspflichten (Fn. 131), 121f.: betonter „Vorbehalt zugunsten oberster Rechtsetzung“ für „den Führer und seine unmittelbaren Substituten“.

²¹¹ Zu dieser bunten, unsystematischen Vielfalt *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (124f.); auch *U. Scheuner* *Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht* 5 (1940), 1 (35); aus der neueren Literatur materialreich *Moll* Einleitung (Fn. 176), 49f. – Seit Ende 1942 zeichnete Hitler bei außermilitärischen Normsetzungsakten überwiegend nur noch als „Der Führer“ ohne weiteren Zusatz.

²¹² *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (113f.; u.a. mit dem Beispiel der Verordnungen „Durchführungsverordnungen“ des Führers vorzusehen, weil damit der falsche Anschein einer zweistufigen Rechtsetzung erweckt werde (S. 112, 117, 119, 134). – Einigkeit herrschte wiederum darin, daß Verordnungen einzelner Reichsminister keinen verfassungsändernden Inhalt haben konnten (vgl. nur *H.P. Ipsen* *Justiz und Politik*, 1937, 174f. mit Fn. 2 gegen ein anderslautendes Urteil des LG Dresden).

²¹³ *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (113f.; u.a. mit dem Beispiel der Verordnungen zum Reichsbürgergesetz und dem sog. Blutschutzgesetz), 133 (die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplans habe „die ‚Gesetzabhängigkeit‘ erstmalig unbekümmert abgestreift“). Vgl. *E.R. Huber* *ZgesStW* 101 (1941), 530 (550 m. Fn. 4); *U. Scheuner* *Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht* 5 (1940), 1 (34 Fn. 92): „Der Führer braucht, um Recht zu setzen, sich auf keine gesetzliche Ermächtigung, die ja von ihm selbst ausgeht, zu stützen.“

²¹⁴ Das kritisiert *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (118) ebenso wie den Umstand, daß einige Führerverordnungen und -erlasse ihrerseits auf eine gesetzliche „Ermächtigung“ Bezug nehmen und damit den falschen „Anschein einer Legitimationsentleihung“ (ebd.) erwecken; desgleichen *U. Scheuner* *Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht* 5 (1940), 1 (34).

²¹⁵ *E.R. Huber* *ZgesStW* 101 (1941), 530 (550): „Der Führer kann durch solchen selbständigen Erlaß auch bestehende Gesetze aufheben oder abändern.“ Ebenso *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (114: neue gesetzgeberische Gedanken und Modifikationen), 137 (Wohnungsbauerlaß, „in welchem mit voller Selbstverständlichkeit über zu erlassende Reichsgesetze wie über Verwaltungsvorkehrungen disponiert ist“).

lasse²¹⁶ konnten vielmehr gesetzsergänzend, -durchbrechend oder -substituierend sein, ebensogut auch verfassungsgestaltend oder verfassungsschöpfend.²¹⁷ Alle rechtswissenschaftlichen Systematisierungsversuche und Vorschläge für eine konsistente Nomenklatur der Normsetzungsakte²¹⁸ mußten letztlich am Fundamentalsatz des Regimes scheitern: daß die Führergewalt keiner Ableitung, Herleitung oder Ermächtigung bedurfte, sondern in jedem Falle eine ursprüngliche und höchste war.²¹⁹ Hinfällig wurde auch die Abgrenzung zwischen staatlichen Rechtssetzungsakten und solchen der bzw. für die NSDAP.²²⁰ Die propagierte All-

²¹⁶ *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), plädiert dafür, durchgängig von „Führererlaß“ zu sprechen, um die Unabgeleitetheit der Rechtssetzung unmißverständlicher zum Ausdruck zu bringen (S. 115, 118, 123); in die gleiche Richtung zuvor schon *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (550, 557 m. Fn. 3). Beide beklagen ziemlich deutlich die erhebliche formale Uneinheitlichkeit. – Als erster hatte den Terminus „Führererlaß“ für die nicht auf förmlichem Gesetz beruhende Rechtssetzung durch den Führer wohl *H. Bosung RVBl.* 1937, 115 (118) vorgeschlagen.

²¹⁷ Beispiele bei *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (108, 111); ihm zufolge ist der Führererlaß sogar „das typische, ja alleinige Mittel geworden, durch das der Führer die Verfassung des Reiches fortentwickelt“ (S. 135). Allgemein *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 56f. (dort nennt Huber zwar zusätzlich andere Akteure, schließt jedoch lediglich die Verfassungsänderung durch die Verordnung eines einzelnen Reichsministers aus).

²¹⁸ *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 251ff.; *Heckel Wehrverfassung* (Fn. 65), 328ff., 336ff.; *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (548ff.); *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (120ff., 123ff.) – Daß die Systematisierungsvorschläge scheiterten, zeigt nichts besser als die (berechtigte) Kritik, die Huber und Weber an Heckel übten und die Weber dann (wiederum mit guten Gründen) gegen Huber richtete. Aber auch Webers eigene Vorstellungen wurden der Praxis der Rechtssetzung nicht Herr (vgl. *Friedrich Geschichte* [Fn. 110], 404).

²¹⁹ Vgl. oben Fn. 194 und *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (118, 123). – Das wurde bis in die Details formaler Gestaltung betont: bei allen von Hitler unterzeichneten Rechtsakten ist sein Name (als Führer, Führer und Reichskanzler, Führer und Oberbefehlshaber der Wehrmacht) in größerem Druck gesetzt als der der anderen Mitzeichnenden (Hinweis darauf bei *Küchenhoff* Art. Führer und Reichskanzler [Fn. 51], 207). Und *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (128) machte darauf aufmerksam, daß die Führerlasse und -verordnungen beim Abdruck im Reichsgesetzblatt drucktechnisch hervorgehoben würden, rügte aber zugleich, daß diese im Inhaltsverzeichnis des RGBl. lediglich leicht gesperrt gedruckt würden, „während nach wie vor allein den Reichsgesetzen die besondere Hervorhebung durch Fettdruck vorbehalten ist“; auch dieser ‚Mangel‘ ist aber, wie eine kleine Stichprobe zeigt, bald abgestellt worden.

²²⁰ *Heckel Wehrverfassung* (Fn. 65), 340 stellte die von ihm „NS.-Führerverordnungen“ genannten Rechtssetzungsakte neben die „Regierungsverordnungen“; mit Koellreuter und Huber (*Huber Verfassungsrecht* [Fn. 59]), 219: „sinnlos zu fragen, ob der Führer bestimmte Befugnisse als ‚Inhaber der früheren Präsidentenbefugnisse‘, als ‚Reichskanzler‘ oder als ‚Führer der NSDAP.‘ ausübt“) machte demgegenüber *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (129f.) m.w.N. geltend, daß eine solche Aufspaltung nicht angängig sei

gewalt führte zwingend zur freien Austauschbarkeit und – was das gleiche ist – Irrelevanz der Rechtsformen.²²¹

Von der Formindifferenz war es nur ein kleiner Schritt zum *Formverlust*. Das meint nicht in erster Linie²²² Verlust an Schriftlichkeit,²²³ sondern vor allem fehlende Publikation.²²⁴ Nicht erst, aber verstärkt seit Kriegsbeginn stieg der Anteil der zwar schriftlich fixierten, doch nicht im Reichsgesetzblatt oder andernorts verkündeten Führererlasse.²²⁵ Auch

und zudem in der formalen Ausgestaltung keinen Niederschlag finde: auch die die Partei betreffenden Rechtssetzungsakte des Führers seien „formell in keiner Weise gegenüber den sonstigen Reichsführungsakten differenziert worden“ (130). Allgemein kritisch *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (273 ff.), der die fehlende „Gliederung und Ökonomie der Rechtsetzung“ beklagt und in der „außerordentlichen Vermehrung, Unübersichtlichkeit und raschen Abänderung der Rechtsnormen ... die Gefahr der Zerfaserung des Begriffs der Rechtsnorm“ erkennt.

²²¹ *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (34): „Denn alle Rechtsetzungsakte des Führers sind gleichen Ranges.“ – Konkretes Beispiel bei *W. Weber* ZgesStW 102 (1942), 101 (116): eine sog. „Verordnung“ konnte eine Ausführungsbestimmung oder eine Ergänzung des Gesetzes sein, aber auch neues Verfassungsrecht setzen.

²²² Ein Beispiel gibt es aber auch dafür: die per Rundfunk übertragene und in Tageszeitungen abgedruckte Rede Hitlers im Reichstag v. 1. 9. 1939, in der er Göring als seinen Nachfolger (und Heß als denjenigen Görings) bestimmte (vgl. *N.B. Wagner* Jura 1999, 571 [575]; *Moll* Einleitung [Fn. 176], 48 m. Fn. 221). Diese Anordnung hat niemals eine authentische schriftliche Fixierung erfahren: weder im Reichsgesetzblatt noch in Gestalt eines – bestimmten Dienststellen zugeleiteten – Führererlasses. Gleichwohl nimmt *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (542) an, die Erklärung habe die „verbindliche Kraft eines Rechtssatzes“ und sei eines der wichtigsten Verfassungsgesetze des Nationalsozialismus; skeptisch dazu *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (446). – Eine Bestätigung Görings als Stellvertreter erfolgte durch schriftlich fixierten Führereraß vom 29. 6. 1941, den Hitler am 23. 4. 1945 für ungültig erklärte (siehe *Moll* Führer-Erlasse [Fn. 176], 180, 494).

²²³ Diese These wird von *Moll* Einleitung (Fn. 176), 26 (m. Fn. 102), 29 und 30 (mit Belegen) sowie durch die von ihm publizierten Erlasse entkräftet: kennzeichnend ist nicht das Fehlen von Schriftlichkeit, sondern das Ausbleiben allgemeiner Publikation schriftlich fixierter und zumeist auch von Hitler und anderen abgezeichneter Erlasse, Verordnungen etc. Das hohe Maß an schriftlicher Fixierung zeigt das Reichsgesetzblatt der Jahre ebenso wie die Sammlung der zwar nicht dort publizierten, aber gleichwohl schriftlich niedergelegten und gemäß Verteiler an bestimmte Dienststellen gesandte Führererlasse von *Moll* Einleitung (Fn. 176), 35 ff., 52 ff., 61 ff.

²²⁴ Zum folgenden Komplex vgl. noch *D. Kirschenmann*, 'Gesetz' im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS, 1970, 129 ff.; *A. Wittling* Die Publikation der Rechtsnormen einschließlich der Verwaltungsvorschriften, 1991, 90 ff.

²²⁵ Umfänglich für die Kriegszeit *Moll* Führer-Erlasse (Fn. 176), 89 ff.; der bekannteste Fall ist der sog. Euthanasie-Befehl (abgedruckt ebd. S. 89). Knapp *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 395 ff. Es handelte sich sowohl um nicht im RGBl. veröffentlichte Führererlasse (deren Publikation Hitler nach *Rebentisch* Reichskanzlei [Fn. 178], 90 des öfteren im Bereich von Volkstumspolitik, Rassenpolitik, SS und Verwaltungsorganisation untersagte)

einige gesetzliche Ermächtigungen, etwa für die Verordnungsgewalt des sog. Dreierkollegiums, unterlagen entsprechender Geheimhaltung.²²⁶ Das bereitete der Verwaltungsgerichtsbarkeit Schwierigkeiten²²⁷ und hätte eigentlich auch die Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft zum Verstummen bringen müssen, soweit es an formell gültigem Normenmaterial fehlte.²²⁸ Immerhin regte sich, wenn auch spät, gegenüber jener Praxis Protest. Er wurde maßgeblich von *Werner Weber* formuliert, der an die „alte Wahrheit“ erinnerte, daß „die Vorschriften des gesetzten Rechts nur durch Mitteilung an die Betroffenen und im allgemeinen nur durch öffentliche Verkündung Wirksamkeit erlangen“.²²⁹ „Es besteht“, so fuhr Weber in direktem Widerspruch zu *Johannes Heckel*²³⁰ fort, „kein Zwei-

als auch um Rechtsverordnungen u. a. namentlich im Polizeirecht, die entweder im RGBl. oder im Reichsministerialblatt hätten publiziert werden müssen; für militärische Angelegenheiten kam das Heeresverordnungsblatt in Betracht.

²²⁶ Vgl. näher *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (572ff.); *Maunz* Gestalt (Fn. 54) S. 13, 25f. – Beide suchten den Inhalt und damit die Grenzen der gesetzlichen Verordnungsermächtigung aus dem Inhalt der bislang ergangenen Verordnungen zu erschließen! – Zu alledem trat eine zunehmende (und immer schwieriger zu überschauende, vor allem aber voneinander abzugrenzende) Vielzahl von Normsetzungsinstanzen: vgl. *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (568ff., 572ff.); aus der Sekundärliteratur *Gruchmann* Reichsregierung (Fn. 156), 193ff.; speziell zum Dreierausschuß noch *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 93.

²²⁷ Dazu *Broszat* Staat Hitlers (Fn. 56), 397; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 90f.

²²⁸ Gegenüber der „besondere(n) Problematik“, von der *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (573) gesprochen hatte, wiegelte *Maunz* Gestalt (Fn. 54), 25f. ab: „bei der dem neuen Polizeirecht eigenen Häufung von gleichgerichteten Generalklauseln steht doch jedenfalls stets eine [gesperrt, H.D.] zur Verfügung, auch wenn etwa gegen andere gleichzeitig in Betracht kommende begründete Bedenken erhoben werden könnten.“ Ähnlich leichtfertig auch die Zurückweisung ebd., 27f. bei der Behandlung der (durch nichtveröffentlichten „Auftrag des Führers“ erfolgten) sog. „institutionellen Ermächtigung“ an die Polizei, Staatsschutzkorps zu sein: „diese Ermächtigung, mag sie auch nicht in einem formulierten Wortlaut kundgegeben worden sein, ist durch Lehre und Praxis doch inhaltlich klar und geltungsmäßig eindeutig geworden.“ Weitere Beispiele für fehlende Veröffentlichung bei *Maunz* ebd., 30 (Befehl des Führers und Reichskanzlers zur „Zusammenfassung der gesamten deutschen Polizei in der Hand des Reichsführers SS“); ferner ebd., 43 (im Wortlaut nicht veröffentlichter Reichsministerialerlaß betr. polizeiliche Vorbeugungshaft), 49 (keine Veröffentlichung der Vorschriften zur polizeilichen Schutzhaft durch die Geheime Staatspolizei).

²²⁹ *Weber* Verkündung (Fn. 68), 7. Schon vorher hatte *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (447) knapp darauf hingewiesen, daß der „Grundsatz der Öffentlichkeit und Veröffentlichung aller Rechtssätze“ weiterhin ungebrochen gelte.

²³⁰ *J. Heckel* hatte in zwei Aufsätzen aus dem Jahre 1941 die Erscheinung des „geheimen, richtiger des nicht öffentlich verkündeten Gesetzes“ (*J. Heckel* KritV 31 [1941], 245 [258]) anerkennen wollen und von einem „Staatsrecht im Panzerschrank“ (*J. Heckel* Die Heeresverwaltung 6 [1941], 57 [58]) gesprochen; zustimmend *Herbert Krüger* Reich –

fel darüber, daß für Führererlasse, die rechtsetzenden Inhalt haben, grundsätzlich nur die Veröffentlichung im Reichsgesetzblatt in Betracht kommt.²³¹ Dem schloß sich *Koellreutter* in einer Abhandlung, die insgesamt stark Sinn und Wert rechtsstaatlicher Elemente betonte und in der er vor der Gefahr „kalte(r) Bolschewisierung“²³² warnte, ausdrücklich an.²³³ Desgleichen stimmte *Huber* zu.²³⁴

Doch natürlich verhallten diese Einwände gegen die administrative Praxis ungehört²³⁵ – wie sich die Staatsrechtslehre für die tatsächliche Entwicklung des Systems überhaupt als weitgehend irrelevant erwies. Mit Ausnahme der sog. Nero-Befehle²³⁶ wurden Hitlers Anordnungen bis in

Volksordnung – Lebensraum VI (1943), 108 (170 m. Fn. 1). Damit waren aber wohl in erster Linie geheime Mobil- oder Angriffspläne, nicht Euthanasie- oder Judenvernichtungsbefehle gemeint (so auch *H. Welzel* NJW 1964, 521 [521]). – *Weber* Verkündung (Fn. 68), 9f. wendet ein: „Die Ausführungen von Heckel können schwerlich entgegen den Erfahrungen einer langen abendländischen Geschichte die Überzeugung vermitteln, daß materielle Rechtssetzung auch ohne Kundmachung des Rechts an die Betroffenen denkbar sei. Gerade mit dem Wegfall der Publizität des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens hat die förmliche Kundmachung des Rechts für dessen Gestaltwerdung um so größeres Gewicht erlangt; überhaupt wäre es keinesfalls angängig, die Verkündung des Rechts als spezifische Erscheinung des Liberalismus zu begreifen und dadurch ihre Bedeutung abzuwerten.“ Gegen Heckel auch *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (231 ff.).

²³¹ *Weber* Verkündung (Fn. 68), 27. – Ob *Weber* hiermit indirekt und „zwischen den Zeilen“ aussprechen wollte, daß sich kein Arzt oder sonstiger Beteiligter auf Hitlers geheimen Euthanasie-Befehl von 1939 (Abdruck bei *Moll* Führer-Erlasse [Fn. 176], 89) berufen konnte (so *K. Kroeschell* Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992, 78), muß naturgemäß im Bereich der Spekulation bleiben.

²³² *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (228 Fn. 44); der Bolschewismus-Vergleich findet sich auch ebd., 209, 218, 230. Diese Wendung ist wegen *Koellreutters* früherer Kritik am bolschewistischen Nichtrechts-Staat (*Koellreutter* Vom Sinn [Fn. 28], 12) besonders scharf.

²³³ *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (232 f.).

²³⁴ *E.R. Huber* ZgesStW 104 (1944), 336, wo es nach einer Rekapitulation des zentralen Argumentes von *Weber* weiter heißt: „Die Verkündung hat damit an Bedeutung zugenommen; sie erfüllt gewisse Funktionen nun allein, die früher auf eine Mehrzahl von Formelementen verteilt waren. Die Verkündung ist daher heute das Minimum an Form, auf das nicht verzichtet werden kann, wenn nicht überhaupt das Gesetz als Erscheinungsform des Rechts zerstört werden soll.“

²³⁵ So erfolglos wie die vielen Ansätze *Hubers* zu institutioneller Sicherung und Verstetigung blieben auch die Appelle von *Weber* Verkündung (Fn. 68), 50 zu „strenger Zucht bei der Verkündung von Rechtssätzen“, zur „Wahrung der Würde des Rechts“ und dem Sinn für „rationelles Arbeiten in Verwaltung, Wirtschaft und Rechtspflege“ (s. noch ebd., 53); desgleichen die Beschwörung der Formalität und Eigenständigkeit des Rechts bei *O. Koellreutter* VerwArch. 47 (1942), 208 (217 f., 226, 228, 229 ff.).

²³⁶ Abdruck bei *Moll* Führer-Erlasse (Fn. 176), 486 f., 489 f., 491.

die letzten Kriegswochen hinein vorbehaltlos ausgeführt.²³⁷ In dieser form- und normentleerten Welt absoluter personaler Allgewalt²³⁸ reduzierte sich das gesamte Staatsrecht auf einen einzigen Satz: es gilt der Wille des Führers.

4. Fazit: Staatsrechtslehre ohne Objekt

Insgesamt erweist sich somit die Unmöglichkeit, im Nationalsozialismus eine dogmatisch durchstrukturierte Staatsrechtslehre zu entwickeln.²³⁹ Ernst Forstoffs ebenso einsilbige wie doppeldeutige Bemerkung von 1935, die Errichtung des Führerstaates habe die Verfassungsfrage erledigt,²⁴⁰ hatte dies bereits frühzeitig angedeutet. Der Hauptgrund dafür lag in der zunehmenden Objektlosigkeit der Staatsrechtswissenschaft. Denn Recht im allgemeinen und Staatsrecht im besonderen bedeutet immer Formung, Bindung, Limitierung. Ebendies wurde peinlichst vermieden.²⁴¹ Charakteristisch für das NS-Regime war hingegen sein Dynamismus und nicht nachlassender Daueraktivismus,²⁴² sein Unwille und seine

²³⁷ Kershaw Hitlers Macht (Fn. 3), 212, 216ff.; Rebenitsch Führerstaat (Fn. 171), 406; auch Fest Hitler (Fn. 3), 35.

²³⁸ Zum Ausmaß der Machtkonzentration, das auch im historischen Vergleich keine Parallele findet, vgl. Rebenitsch Führerstaat (Fn. 171), 411, 416; Kershaw Hitlers Macht (Fn. 3), 173ff.; siehe noch Fn. 177.

²³⁹ Siehe Hofmann Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 198f.; zur fortschreitenden Auflösung des Normensystems G. Schulz Der Staat 22 (1983), 262 (273).

²⁴⁰ E. Forsthoff DR 1935, 331 (331); dazu K. Doehring Ernst Forsthoff, in: Juristen im Porträt, 1988, 341 ff. (346). – Von Carl Schmitt wird aus dem Jahre 1936 das Wort kolporiert, der Nationalsozialismus ruiniere das Staatsrecht (Stolleis Geschichte III [Fn. 3], 323 Fn. 17).

²⁴¹ M. Broszat Der Nationalsozialismus, 1960, 18f.; ders. Staat Hitlers (Fn. 56), 360ff.; Kershaw Hitlers Macht (Fn. 3), 175ff., 239ff.; ferner Laux Führung (Fn. 187), 42; Moll Einleitung (Fn. 176), 31 m.w.N.; Mommsen Machteroberung (Fn. 178), 49f. – Weder wurde das Versprechensversprechen (dazu oben Fn. 111) eingelöst noch der Dauerkonflikt zwischen Staatsbehörden und Parteidienststellen entschärft. Auch fehlte es bis zum Ende an einer institutionellen Nachfolgeregelung, was von der Staatsrechtslehre unterschiedlich beurteilt wurde: Herbert Krüger DR 1935, 210 (212) zufolge konnte es für den Führer als der stärksten Stelle der Wirklichkeit „der Natur der Sache nach keine festen Regeln der Führerbestimmung“ geben; entgegengesetzt O. Koellreutter RVBl. 1941, 445 (446), der gegenüber Hitlers eigener Nachfolgebemerkung vom 1. 9. 1939 skeptisch blieb und eine Berufung des Nachfolgers durch ein besonderes Gremium befürwortete. – Auch ein „Parteiensatz“ wurde niemals eingerichtet (Broszat Staat Hitlers [Fn. 56], 262, 361 f.; Rebenitsch Führerstaat [Fn. 171], 101, 421 f.).

²⁴² Laux Führung (Fn. 187), 43 spricht von einer „diffusen Macht-Dynamik“, Kershaw Hitlers Macht (Fn. 3), 247, 249 von der „zerstörerische(n)“ und „unaufhörliche(n) Dyna

Unfähigkeit, eine stabile und reproduktionsfähige Identität auszubilden.²⁴³ Deswegen erwiesen sich die Elemente des völkischen, des Bewegungs- und des Führerstaates als rein „politische Aktionsbegriffe“²⁴⁴ ohne verlässliches inneres Maß und feste äußere Form.²⁴⁵ Wer, wie *Huber*, gewisse Ordnungsstrukturen begrifflich-analytisch aufrechtzuerhalten oder gleichsam herbeizuschreiben suchte, verfehlte zusehends die Realität; wer, wie *Höhn*, alle überkommenen Dogmenbestände negierte, demonstrierte zwar regimetypische destruktive Energien, konnte und wollte aber neue tragfähige Strukturen nicht dartun.²⁴⁶

So ging der Staatsrechtslehre zunehmend ein taugliches Objekt verloren.²⁴⁷ *Sebastian Haffner* hat den Gesamtvorgang auf die Formel gebracht, daß im Dritten Reich nicht nur die Rechtsstaatlichkeit, sondern auch die Ordnungsstaatlichkeit zerstört wurde.²⁴⁸ Während die Beseitigung rechtsstaatlicher Elemente die Billigung nicht weniger Staatsrechtslehrer fand,²⁴⁹ stand man der Zerstörung der Ordnungsstaatlichkeit letztlich hilf-

mik“, *Breuer Staat* (Fn. 149), 270 von der „ausbleibenden Veralltäglichung der charismatischen Machtergreifung“.

²⁴³ Vgl. *G. Schulz Der Staat* 22 (1983), 262 (270f.): „Seine Unfähigkeit, sich eine lebensfähige Verfassung zu geben, führte zu jener eigenartigen, offenkundig stetig – nicht erst während des Krieges – zunehmenden inneren, nach außen ausgreifenden Bewegung und rasch fortschreitenden Wandlung, die jede Norm, Institution und Position, die eben errichtet war, in Kürze schon wieder zerstörte, aufhob, umging oder fragwürdig werden ließ.“ Auf Reproduktionsunfähigkeit weist auch hin *Kershaw Hitlers Macht* (Fn. 3), 250; *ders. Nationalsozialismus* (Fn. 178), 164, 173; ähnlich *Rebentisch Reichskanzlei* (Fn. 178), 98. Zum (selbst-)destruktiven Charakter noch *Mommsen Machteroberung* (Fn. 178), 43 f.

²⁴⁴ *Laux Führung* (Fn. 187), 44.

²⁴⁵ So auch das Ergebnis von *Friedrich Geschichte* (Fn. 110), 401.

²⁴⁶ Was für Höhn gilt, gilt auch für Best und dessen Ablehnung irgendeiner Normenhierarchie sowie der Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht (*Best Polizei* [Fn. 209], 21); dazu kritisch *O. Koellreutter VerwArch.* 47 (1942), 208 (229f.).

²⁴⁷ Man hat in diesem Zusammenhang auch von „Rechtsentleerung“ (*Ridder Ex obliuione* [Fn. 48], 316), „Sinnentleerung der staatlichen Institutionen“ (*Benz Partei und Staat* [Fn. 164], 78) oder vom „Zerfall des Staates“ (*Kershaw Hitlers Macht* [Fn. 3], 173 ff.) gesprochen.

²⁴⁸ *S. Haffner Anmerkungen zu Hitler* (1978), Sonderausgabe 1997, 185 (s. auch ebd., 70, 101, 169, 186). Den letztlich selbstzerstörerischen Gesamtprozeß skizziert *Kershaw Nationalsozialismus* (Fn. 178), 162 ff.

²⁴⁹ Anschauungsmaterial bietet der „Streit“ um den Rechtsstaat, bei dem klar war, daß der „deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“ (so der Präzisierungsvorschlag von Hans Frank, dem sich *Schmitt Rechtsstaat* [Fn. 190], 10, anschloß) mit dem liberalen Rechtsstaat nichts gemein hatte. Vgl. die Darstellungen von *U. Schellenberg Die Rechtsstaatskritik. Vom liberalen zum nationalen und nationalsozialistischen Rechtsstaat*, in: Böckenförde, *Staatsrecht* (Fn. 29), 71 ff., und *Stolleis Geschichte III* (Fn. 3), 330 ff.

los gegenüber. Jetzt ließ sich eigentlich nur noch der Staatszerfall analysieren, also gleichsam eine negative Staatsrechtslehre verfassen. Und das geschah auch. Aber diese Leistung erbrachten Emigranten,²⁵⁰ bei denen es sich zudem eher um juristische Außenseiter – keine „formellen“ Staatsrechtslehrer – handelte, deren einschlägige Bücher man nach 1945 lange Zeit gar nicht und später vornehmlich als politikwissenschaftliche Studien rezipierte. Die Rede ist von *Ernst Fraenkels* „Doppelstaat“²⁵¹ und *Franz Neumanns* „Behemoth“.²⁵² Beide versuchten, den offenkundigen Verfallsprozeß tradierter Staatlichkeit zu analysieren, ihn auf Begriffe und Kategorien zu bringen: Doppelung von Normen- und Maßnahmenstaat bei *Fraenkel*, vollständige Verdrängung des Normativen und Anomie des Systems bei *Neumann*. Dessen Buchtitel „Behemoth“ nimmt im übrigen auf jenes biblische Ungeheuer Bezug, das schon Thomas Hobbes als Symbol für das Chaos und den vollständigen Verlust staatlicher Ordnung diente.²⁵³ Nicht, daß *Fraenkels* und *Neumanns* Analysen über jede Kritik erhaben wären.²⁵⁴ Aber von diesen beiden Autoren und einigen weiteren

²⁵⁰ Daß dies nicht von den im Land Gebliebenen geleistet wurde, dürfte auch mit der intellektuellen „Lähmung, Stagnation und Provinzialisierung der Kultur im nationalsozialistischen Deutschland“ (*Lepsius Kultur* [Fn. 31], 123) zusammenhängen.

²⁵¹ Das Manuskript verfaßte Fraenkel 1938 noch in Berlin, von wo aus man es dann per Diplomatengepäck außer Landes schmuggelte. In den USA überarbeitete Fraenkel den Text, der dort 1940/41 unter dem Titel „The Dual State“ publiziert wurde; erst 1974 erschien in Deutschland eine ins Deutsche rückübersetzte Version (*E. Fraenkel Der Doppelstaat*, 1974). Maßgeblich jetzt der Abdruck von „Ur-Doppelstaat“ (Manuskript von 1938) und der zuletzt genannten Version sowie weiterer einschlägiger Arbeiten des Autors (etwa „Das Dritte Reich als Doppelstaat“ von 1937 oder „Auflösung und Verfall des III. Reiches“ von 1960) in: *E. Fraenkel Gesammelte Schriften*, Bd. 2: Nationalsozialismus und Widerstand, hrsgg. v. A. v. Brünneck, 1999.

²⁵² *F. Neumann Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944*, 1977. Die erste Auflage erschien 1942 gleichzeitig in den USA und in Großbritannien unter dem Titel: „Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism“; es folgte 1944 eine „second, revised edition“, in der der Titel um den Zusatz „1933–1944“ ergänzt wurde; diese liegt der deutschen Ausgabe von 1977 zugrunde. – Siehe jüngst *J. Bast Totalitärer Pluralismus. Zu Franz L. Neumanns Analysen der politischen und rechtlichen Struktur der NS-Herrschaft*, 1999, 238 ff., 274 ff.

²⁵³ *T. Hobbes Behemoth oder das Lange Parlament*, hrsgg. und mit einem Essay von Herfried Münkler, 1991 (in England erschien die Erstausgabe 1682). – Vgl. auch die Bemerkungen zum Namen bei *Neumann Behemoth* (Fn. 252), 16.

²⁵⁴ Das resultiert bereits aus ihrer Verschiedenheit, die freilich zum Gutteil auch mit den unterschiedlichen Zeiträumen ihrer Abfassung zusammenhängen; im übrigen bleibt Fraenkel stark Weimarer Vorstellungen von der Allgemeinheit des Gesetzes verhaftet und stellt Neumann wohl zu sehr auf „monopolkapitalistische“ Erklärungsmuster ab. Aus jüngster Zeit außer der oben Fn. 252 genannten Arbeit von Bast instruktiv die Rezensionen von I. Staff zum zweiten Band von Fraenkels Gesammelten Schriften

wurde ein noch weitgehend unbeachtetes Kapitel deutscher Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus geschrieben: Staatsrechtslehre aus dem Exil.²⁵⁵

IV. Großraumordnung und Europa-Idee

Die Wandlungen der Staatlichkeit erfaßten nicht allein Staatsvolk und Staatsgewalt einschließlich der Staatsorganisation, sondern auch das Staatsgebiet. Infolge der territorialen Expansion Deutschlands²⁵⁶ seit 1938 und dann verstärkt in den ersten Kriegsjahren stellte sich das Problem, das neue Gebilde mit seinen teils ein-, teils angegliederten Gebieten einschließlich des Verhältnisses zu den besetzten und verbündeten Staaten²⁵⁷ begrifflich zu erfassen. Der seit 1936 politisch kaltgestellte *Carl Schmitt* war es, der hier bereits vor Kriegsbeginn weitreichende konzeptionelle Überlegungen vortrug und die entscheidenden – wie immer verschieden ausdeutbaren – Stichworte lieferte.²⁵⁸ Die bisherige Zentral-

(*J. Staff* KritJ 33 [2000], 130 ff.) und zu der Arbeit von Bast über Neumann (*dies.* KritJ 33 [2000], 312 ff.). Zu Fraenkel noch *W. Luthardt* Unrechtsstaat oder Doppelstaat?, in: H. Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus (= ARSP-Beiheft 18), 1983, 197 ff. (202 ff.).

²⁵⁵ Weitere Arbeiten und Schriften: *F. Morstein Marx* Government in the Third Reich, New York-London 1936, 2nd ed. 1937; *K. Loewenstein* Government and Politics in Germany, in: J.T. Shotwell (ed.), Governments of Continental Europe, New York 1940, 279 ff.; *O. Kirchheimer* The Legal Order of National Socialism, in: Studies in Philosophy and Social Science IX (1941), 456 ff., in dt. Übersetzung („Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus“) in: *ders.* Funktionen des Staats und der Verfassung. 10 Analysen, 1972, 115 ff.; *W. Ebenstein* The Nazi-State, Toronto 1943.

²⁵⁶ Guter Überblick bei *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), vor allem wegen der unterschiedlichen rechtlichen Status der neuen Gebiete (S. 35 ff.) und der sukzessive sich verändernden staats(bürger)rechtlichen Stellung der Juden (S. 15 ff.).

²⁵⁷ Den sehr unterschiedlichen rechtlichen wie faktischen Status untersuchen ebenfalls eingehend *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 218 ff., 583 ff.; *L. Gruchmann* Nationalsozialistische Großraumordnung. Die Konstruktion einer „deutschen Monroe-Doktrin“, 1962, 71 ff.; *W. Benz* Typologie der Herrschaftsformen in den Gebieten unter deutschem Einfluß, in: *ders./J. Houwink ten Cate/G. Otto* (Hrsg.), Die Bürokratie der Okkupation, 1998, 11 ff.

²⁵⁸ *Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung (Fn. 104). Dazu *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), insb. S. 20 ff., 121 ff.; *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 215 ff.; *M. Schmoekel* Die Großraumtheorie, 1994, 23 ff. u.ö.; siehe noch *H. Ottmann* Carl Schmitt, in: K. Graf Ballestrem/H. Ottmann (Hrsg.), Politische Philosophie des 20. Jahrhunderts, 1990, 61 ff. (74 ff.); *F. Blindow* Carl Schmitts Reichsordnung, 1999. Ausführlicher Überblick über die gesamte zeitgenössische und spätere Diskussion bei *Maschke* aaO, 321 ff., 341 ff. Die Verbindung von Monroe-Doktrin und Großraumdenken findet sich bereits in einem 1934 unter Hochschullehrern verbreiteten Dokument:

vorstellung des Völkerrechts von der Koordination gleichberechtigter souveräner Staaten sei, so die These, hinfällig geworden, das Staatsgebiet nicht länger das entscheidende Raumordnungsprinzip.²⁵⁹ Auszugehen sei nunmehr von verschiedenen Großräumen, in denen jeweils *ein* Reich als politisch führende Macht agiert. Das Reich löse den Staat ab und werde Völkerrechtssubjekt erster Kategorie. Als konkrete Rechtsfolge leitete *Schmitt* in Anlehnung an die amerikanische Monroe-Doktrin ein Interventionsverbot für raumfremde Mächte ab.²⁶⁰

Es ist nicht möglich, hier auch nur annähernd die dadurch ausgelöste intensive und kontroverse Diskussion²⁶¹ wiederzugeben, die unter breiter Beteiligung erfolgte: von den stramm völkischen Juristen, die *Schmitts* Ansatz als noch zu etatistisch rügten,²⁶² über *Hans Peter Ipsen*, der für die Beziehungen zwischen deutschem Kernstaat und den anderen politischen Gemeinwesen im Großraum den Terminus „Reichsaußenverwaltung“ ins Gespräch brachte,²⁶³ bis hin zum späteren ersten Präsi-

W. Daitz Denkschrift über die Errichtung einer Gesellschaft für europäische Großraumwirtschaft (1934), abgedruckt in: ders., *Der Weg zur Volkswirtschaft, Großraumwirtschaft und Großraumpolitik*, 1943, Teil I, 45 ff. (46). Gegenüber solchen geopolitischen und völkischen Rezeptionen hebt sich *Schmitts* Arbeit indes als spezifisch völkerrechtliche ab: *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), 20 f.

²⁵⁹ Hierzu und zum folgenden insb. *Schmitt* Völkerrechtliche Großraumordnung (Fn. 104), 295 ff., 300, 306, 307 ff.; lesenswerte zeitgenössische Analysen bieten *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 1 (25 ff., 36 ff.), und *Neumann* Behemoth (Fn. 252), 198 ff.

²⁶⁰ Nach *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), 219 f. m. Fn. 68 hatte die „deutsche“ Monroe-Doktrin den Zweck, „den Expansionsdrang des Deutsches Reiches völkerrechtlich abzusichern“, während *Gruchmann* Großraumordnung (Fn. 257), 22 auf den defensiven Charakter der ursprünglichen Monroe-Botschaft hinweist.

²⁶¹ Vgl. nur die Darstellung der Auseinandersetzung und das Schriftenverzeichnis bei *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 152–240, 287–295; siehe auch den umfänglichen Literaturbericht bei *Maschke* (Fn. 258), 341 ff. – *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 237 ff., 241 ff., 251 ff. macht im übrigen zutreffend auf die Vielfalt der vertretenen Positionen und einen gewissen Freiraum in der Diskussion aufmerksam.

²⁶² *R. Höhn* Reich – Volksordnung – Lebensraum I (1941), 256 (278 ff.); siehe auch *W. Best* DR 1939, 1345 (1347 f.); ders. DR 1940, 1006 f. (zu Bests Kritik vgl. *Herbert Best* [Fn. 41], 275 ff.); neben diesen einschlägig bekannten Autoren trat *G. Küchenhoff* ZaöRV 12 (1944), 34 ff. hervor, der ausdrücklich Höhn und Best unterstützte und den man daher entgegen der Einordnung bei *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 164, 177, 196 f., 229 nicht zu den „Etatisten“ rechnen kann. Geraffter Überblick bei *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 391 f. – Gegenläufig zu Höhn und Best die These von *U. Scheuner* ZgesStW 101 (1941), 252 (264), die Notwendigkeit der Gestaltung des Großraumes erweise die „selbständige Bedeutung der staatlichen Form“.

²⁶³ *H.P. Ipsen* RVBl. 1942, 64 ff. – *Schmoeckel* Großraumtheorie (Fn. 258), 226 will in dieser „scheinbar sauberen juristischen Erfassung, die Normalität simuliert und doch der Politik soviel Handlungsspielraum belassen konnte“, „etwas geradezu Diabolisches“ sehen.

ten der Bundesrepublik, der den Staatsrechtslehrern schon vor 60 Jahren prophezeite, sie würden anstelle des gewohnten harten Souveränitätsbegriffs eine „elastische Begrifflichkeit“ ausbilden müssen.²⁶⁴ Festgehalten sei hier lediglich der noch heute interessante Punkt der Debatte. Er besteht darin, daß *Schmitt* angesichts der geopolitischen Realitäten des 20. Jahrhunderts eine durchaus erklärungssträchtige These für die Existenz von Staaten anbietet, die jedenfalls faktisch einen höheren Rang einnehmen als andere,²⁶⁵ und weiterhin, daß in der Diskussion zumindest ansatzweise das Problem einer den Nationalstaat transzendierenden Hoheitsgewalt thematisiert worden ist. Das Analysepotential der Großraumtheorie weist daher über die „irritierenden“ konkreten Umstände²⁶⁶ ihrer Genese hinaus.

Die aktuelle Relevanz wird vielleicht noch klarer und das Ganze um eine Nuance reicher, wenn man sich verdeutlicht, daß der in jenen Jahren entstandene Großraum ein *europäischer* Großraum war.²⁶⁷ So überrascht es kaum, daß es seinerzeit durchaus „nationalsozialistische Europapläne“ gab.²⁶⁸ Erstaunlicher ist schon zu hören, daß Stellen des Außen- und

²⁶⁴ *T. Heuss* Krieg um Räume, in: *Die Hilfe. Zeitschrift für Politik, Wirtschaft und geistige Bewegung* Nr. 23/24 v. 12. 12. 1940, 46. Jg., 353 (354): „Für die Theoretiker der Staatslehre, für Staatsrechtler und Völkerrechtler, wird es eine anregende Aufgabe werden, für die Erweichung des harten Souveränitätsbegriffes, mit dem sie bei der Betrachtung der Neuzeit zu arbeiten sich gewöhnt hatten, eine elastische Begrifflichkeit zu finden.“

²⁶⁵ Konkret gesprochen: die „Supermächte“ USA und Sowjetunion, jedenfalls in der Zeit zwischen 1945 und 1989. Zur Bedeutung Schmitts insofern *H. Wagner* Staatenpluralismus und globales Mächtegleichgewicht, in: *Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel*, 1973, 331 ff. (332 ff.).

²⁶⁶ Vgl. *Hofmann* Legitimität gegen Legalität (Fn. 19), Vorwort zur 2. Aufl., XXV.

²⁶⁷ Das wird etwa angesprochen von *O. Koellreutter* RVBl. 1941, 445 (449); *G. Küchenhoff* ZaöRV 12 (1944), 34 (44). Repräsentativ *Huber* Bau und Gefüge (Fn. 100), 14 und 52, wo es heißt: „So ist die europäische Aufgabe des Reiches, mit deren Erfüllung wir an die Überlieferung des Ersten Reiches der Deutschen unmittelbar anknüpfen, zwar ein Ausdruck der deutschen Machtüberlegenheit, zugleich aber ein Ausdruck der deutschen Verantwortung vor Europa und der Welt.“ – Zu politischen Europa-Optionen im Sommer 1940 auch *Haffner* Anmerkungen (Fn. 248), 120 ff., 127.

²⁶⁸ *P. Kluge* VjHZG 3 (1955), 240 ff.; *W. Lipgens* General Introduction, in: ders. (Hrsg.), *Documents on the History of European Integration*, Bd. 1: *Continental Plans for European Union 1939–1945*, Berlin/New York 1985, 1 ff.; *M. Salewski* Ideas of the National Socialist Government and Party, ebd., 37 ff.; *P. Krüger* Hitlers Europapolitik, in: *W. Benz/H. Buchheim/H. Mommsen* (Hrsg.), *Der Nationalsozialismus*, 1993, 104 ff.; *J.K. Hoensch* Nationalsozialistische Europapläne im Zweiten Weltkrieg, in: *R.G. Plaschka* u.a. (Hrsg.), *Mitteleuropa-Konzeptionen in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts*, 1995, 307 ff.; zahlreiche Dokumente außer im o.g. Band von Lipgens auch bei *H.W. Neulen* Europa und das 3. Reich. Einigungsbestrebungen im deutschen Machtbereich 1939–1945, 1987; *W. Schumann/L. Nestler* (Hrsg.), *Weltherrschaft im Visier. Dokumente zu den Eu-*

Wirtschaftsministeriums und Stäbe der SS eine Art von europäischer Wirtschaftsgemeinschaft bzw. eine „europäische Marktordnung“²⁶⁹ planten, dabei einen besonderen Schutz der Land- und Forstwirtschaft intendierten, regelmäßige Konferenzen der Länderfachminister und die Einführung einer gemeinsamen Währung vorsahen.²⁷⁰ Selbst eine Liste von Grundfreiheiten und Grundrechten wurde erstellt.²⁷¹ Dieser Verblüffungseffekt mag ein Grund für die etwas reflexhafte These eines britischen Autors gewesen sein, die Europäische Union unserer Tage speise sich aus vergifteter Quelle.²⁷² Doch bleibt demgegenüber dreierlei zu bedenken: Erstens variierten die Pläne und Memoranden in Abhängigkeit vom Kriegsverlauf erheblich, was zugleich ihren stark propagandisti-

ropa- und Weltherrschaftsplänen des deutschen Imperialismus von der Jahrhundertwende bis Mai 1945, 1975; weitere Nachweise bei *J. Laughland* *The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea*, London 1997, 9ff. – Aktuell die Tagung „Perceptions of Europe and Perspectives on a European Order in Legal Scholarship During the Era of Fascism and National Socialism“ (Florenz, 29.–30. 9. 2000), insbesondere die Beiträge von *C. Joerges* *Conceptualising Public Governance for a European Grossraum*, sowie *I. Hueck* *Staaten – Reiche – Großräume: Die Völkerrechtsschulen und Europaideen im „Dritten Reich“*, publiziert im Internet unter <http://www.iue.it/LAW/staff/joerges/joerges_workshop.htm> (Stand: 17. 10. 2000).

²⁶⁹ *W. Daitz* *Die Grundlagen europäischer Marktordnung* (1941), in: ders., *Volkswirtschaft* (Fn. 258), Teil III, 123 ff. (125). – Zur Person Daitz' vgl. *Neumann Behemoth* (Fn. 252), 216ff.

²⁷⁰ Als Stichwortgeber für ein ‚neues Europa‘: *A. Hitler* *Neujahrsaufruf* v. 31. 12. 1939, abgedruckt in: *Deutsches Institut für Außenpolitische Forschung* (Hrsg.), *Europa. Handbuch der politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Entwicklung des neuen Europa*, 1942, 243 („Wir kämpfen für den Aufbau eines neuen Europas ...“); *J. v. Ribbentrop* *Geleitwort*, ebd. – Zu Regierungskonferenzen über Forstwirtschaft vgl. *W. Parchmann* *Europäische Forstwirtschaft als Vorbild kontinentaler Marktregelung*, in: *Nationale Wirtschaftsordnung und Großraumwirtschaft*, Jahrbuch 1941, hrsgg. von der Gesellschaft für Europäische Wirtschaftsplanung und Großraumwirtschaft e.V., 1941, 25ff. (26). Für den Schutz der europäischen Landwirtschaft und eine europäische Währungspolitik: *W. Funk* *Die wirtschaftliche Neuordnung Europas*, in: *Monatshefte für Auswärtige Politik*, 1940, 630ff. (zur breiten internationalen Resonanz auf diese Rede vgl. die Berichterstattung in: *Völkischer Beobachter* vom 27. 7. 1940, 4; vom 28. 7. 1940, 2, 6.). Zum zollfreien Binnenmarkt vgl. auch das Memorandum der Reichskanzlei vom 9. 7. 1940, abgedruckt bei *Salewski Ideas* (Fn. 268), 57ff. Zu den noch weitergehenden Plänen des Außenministeriums über einen ‚Europäischen Staatenbund‘ vgl. die Dokumente von *J. v. Ribbentrop* und *C. v. Renne-Fink* bei *Salewski Ideas* (Fn. 268), 122ff. und *Neulen Europa* (Fn. 268), 106ff., 128ff.

²⁷¹ Vgl. Dokument Nr. 24 (SS-Hauptamt, Amtsgruppe D, Planungsstelle: *Europacharta*, 1944/45), in: *Neulen Europa* (Fn. 268), 169f.; überflüssig zu betonen, daß inhaltlich zu den heute geltenden Grundrechten und Grundfreiheiten gewaltige Differenzen bestehen.

²⁷² *J. Laughland* *The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea*, London 1997, 9ff.

schen und taktischen Charakter enthüllt; zweitens erhielten sie niemals das Plazet Hitlers; und drittens sind mit solchen Projekten anders motivierte, nicht-hegemoniale und letztlich erfolgreiche Europäisierungsprozesse natürlich nicht diskreditiert.

Treffend ist allerdings, daß die Pläne offenbar starke Unterstützung bei Vertretern von Wirtschaft und Industrie²⁷³ sowie den „Verwaltungsspitzen“ der SS fanden und man sich auf die gleichen zentralen Argumente für einen vereinigten Wirtschaftsraum stützte wie später:²⁷⁴ für die komplexen Probleme der Zeit sei der Nationalstaat zu klein; angesichts der Revolution in der Verkehrs- und Kommunikationstechnik erwiesen sich nationale Grenzen als überflüssig und hinderlich; die wirtschaftliche Abhängigkeit der Märkte voneinander verlange nach einer neuen politischen Ordnung. Vielleicht zeigt sich in dieser völlig unideologischen Evidenz der Optimierung industrieller Wirtschaftsräume²⁷⁵ etwas von der technokratischen Kälte des ganzen Projekts, die der Europäischen Gemeinschaft bis heute anhaftet und in der Charakterisierung als „Zweckverband“ ihren adäquaten Ausdruck fand.²⁷⁶ Unabhängig davon bleibt aber festzuhalten, daß wir es im Unterschied zu den Elementen von völkischer Idee, Bewegungs- und Führerstaat, die heute vollständig obsolet sind, bei *dieser* Veränderung tradierter Staatlichkeit mit einem hochgradig modernen Prozeß zu tun haben. Unverändert harrt hier das Sachproblem einer Lösung, wie eine oberhalb der Nationalstaaten etablierte eigenständige Hoheitsgewalt mit deren Souveränität zu vermitteln sowie völkerrechtlich einzuordnen und einzubinden ist.

²⁷³ Vgl. die Beiträge in: Verein Berliner Kaufleute und Industrieller (Hrsg.), Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1942.

²⁷⁴ Vgl. die Beiträge in: Gesellschaft für Europäische Wirtschaftsplanung und Großraumwirtschaft (Hrsg.), Wirtschaftsordnung (Fn. 270), etwa die Problemskizze von G. Koenigs Wasserstraßen und Binnenschifffahrt im europäischen Großwirtschaftsraum, 42ff. sowie ders. Europäische Verkehrsfragen, in: Verein Berliner Kaufleute und Industrieller (Hrsg.), Wirtschaftsgemeinschaft (Fn. 273), 140ff.; ausdrücklich auch C. Pellizzi The Idea of Europe, in: *Civiltà Fascista*, Dezember 1942, 63ff. (zitiert nach der Übersetzung bei Lipgens, Documents [Fn. 268], 190ff. [192]): „No single nation can ... hope even now, still less in the future, to compete in military, economic or cultural matters with the great forces that are coming to birth or are already in being outside Europe. Modern technology requires huge spaces and vast resources to achieve its utmost efficiency“; weitere Nachweise bei *Laughland Source* (Fn. 272), 20ff.

²⁷⁵ Entsprechende Pläne für eine „Großraumwirtschaft“ wiederum gab es bereits vor 1938 und auch vor 1933; vgl. Literaturhinweise bei *Maschke* Anhang des Herausgebers (Fn. 258), 364.

²⁷⁶ H.P. Ipsen *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 196 (8/24ff.) hat die Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“ gekennzeichnet.

V. Ende und Neubeginn

So aktuell die Frage einer den Nationalstaat transzendierenden Hoheitsgewalt heutzutage fraglos ist – damals wurden die Großraum- und Europapläne zur Makulatur. Denn spätestens nach Stalingrad rückt das Ende unaufhaltsam näher. Staatsrechtliche Abhandlungen werden seltener, die Autoren verstummen oder wenden sich anderen Themen zu. Nun schreibt *Huber* über Goethe und den Staat,²⁷⁷ *Maunz* handelt das Reich der spanischen Großmachtzeit ab,²⁷⁸ während *Scheuner* über die Entwicklung des Waffenstillstandsrechts in der Gegenwart berichtet.²⁷⁹ Und was tut *Carl Schmitt*? Er hält an verschiedenen Universitäten Europas, zuletzt im Dezember 1944 in Leipzig, einen Vortrag zur Lage der europäischen Rechtswissenschaft,²⁸⁰ in der Savigny gepriesen, die Rechtswissenschaft zum letzten Asyl des Rechtsbewußtseins erklärt und der *due process of law* beschworen wird, ohne den es kein Recht gäbe.²⁸¹ Auch fehlt es nicht an ersten Stichworten für die später auf breiter Front wirkungsvoll ausgebaute Positivismuslegende²⁸² – also die Behauptung, daß der juristische Positivismus den legalen Übergang von der Republik in die

²⁷⁷ *E.R. Huber* Goethe und der Staat, Straßburg 1944 (Vortrag v. 23. 1. 1944). Ferner *ders.* Adam Müller und Preußen (1943), in: *ders.*, Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, 48 ff.; *ders.* Lessing, Klopstock, Möser und die Wendung vom aufgeklärten zum historisch-individuellen Volksbegriff, in: *ZgesStW* 104 (1943/44), 121 ff.

²⁷⁸ *T. Maunz* Das Reich der spanischen Großmachtzeit, 1944. Diese Monographie ist mit der Siegelkennzeichnung „Deutsche Geisteswissenschaft“ erschienen in der von Hermann Jahrreiß herausgegebenen Reihe „Wandel der Weltordnung. Gemeinschaftsarbeit deutscher Völkerrechtsforscher“ und damit als Beitrag zur sog. „Aktion Ritterbusch“, also dem Beitrag der deutschen Geisteswissenschaften im Kriege. Siehe *F.-R. Hausmann* „Deutsche Geisteswissenschaft“ im Zweiten Weltkrieg. Die „Aktion Ritterbusch“ (1940–1945), 1998, 248 ff., 253 ff.

²⁷⁹ *U. Scheuner* Die Entwicklung des Waffenstillstandsrechts in der Gegenwart, in: *Auswärtige Politik* 11 (1944), 1 ff.

²⁸⁰ *C. Schmitt* Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre, 2. Aufl. 1973, 386 ff.; als selbständige Schrift ist der Text ausweislich der Hinweise in diesem Band (S. 427) im Jahr 1950 erschienen.

²⁸¹ So jedenfalls *Schmitt* Lage (Fn. 280), 423; nicht ganz klar ist, ob diese Passage schon in den mündlichen Vorträgen enthalten war oder erst in die publizierte Schlußfassung von 1950 Eingang gefunden hat; dazu *Rüthers* Schmitt (Fn. 51), 88 ff.

²⁸² *Schmitt* Lage (Fn. 280), 386 ff. (juristischer Positivismus als Reduktion), 404 ff. (Problematik des motorisierten Gesetzgebers), 408 (Savigny als Paradigma der Abstandnahme von der gesetzestaatlichen Legalität). – Würde man nichts über die Zeit des Nationalsozialismus, so müßte man nach der Lektüre von Schmitts Text vermuten, ein aller Vernunft lediges Parlament habe den Staat durch eine Vielzahl unsittlicher Gesetzgebungsakte ins Verderben geführt.

Diktatur ermöglicht habe und zugleich entscheidender Faktor für die Hilflosigkeit der Juristen im Dritten Reich gewesen sei. Diese These hat bekanntlich viel mit dem Phänomen der Schuldverschiebung, aber wenig mit der historischen Wahrheit zu tun.²⁸³

Zur historischen Wahrheit gehört, daß der Nationalsozialismus in Deutschland ein Trümmerfeld hinterlassen hat – real, aber auch in politischer und rechtskultureller Hinsicht. Doch hatte dies durchaus positive Folgen, wie ein Vergleich mit der Situation nach dem Ersten Weltkrieg verdeutlicht. Anders als seinerzeit gab es keine Dolchstoßlegende, keine Verklärung des untergegangenen Reiches, keine bedeutsamen restaurativen Bestrebungen, keine bekennenden „Herzens-Nationalsozialisten“. Das Dritte Reich hatte sich durch seine Taten und deren Folgen selbst vollständig entlegitimiert²⁸⁴ – und damit zumindest mittelfristig alles ständische und nationalistische Denken. Beides hatte in Weimar sowie beim Machtwechsel 1933 noch eine zentrale Rolle gespielt²⁸⁵ und selbst die Verfassungspläne des deutschen Widerstands maßgeblich bestimmt.²⁸⁶ Der purgatorische Effekt des totalen Zusammenbruches mit allen seinen katastrophalen Begleit- und Folgeerscheinungen machte dem ein Ende; dieser Effekt und die stumme Einsicht²⁸⁷ in das Verbrecherische des NS-

²⁸³ M. Walther Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, in: R. Dreier/W. Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, 323 ff.; W. Heun *Der Staat* 28 (1989), 377 ff.; H. Dreier *Die Radbruchsche Formel – Erkenntnis oder Bekenntnis?*, in: FS Robert Walter, 1991, 117 ff.; W. Ott *Der Rechtspositivismus*, 2. Aufl. 1992, 187 ff.; K. Füßer ARSP 78 (1992), 301 ff.; Lepsius *Begriffsbildung* (Fn. 26), 365 ff.; A. Engländer *Jura* 2000, 113 (115).

²⁸⁴ M.R. Lepsius *Das Erbe des Nationalsozialismus und die politische Kultur der Nachfolgestaaten des „Großdeutschen Reiches“* (1989), in: ders., *Demokratie* (Fn. 3), 229 ff. (235, 238 u.ö.); H. Lübke *Deutschland nach dem Nationalsozialismus 1945–1990*, in: ders., *Modernisierung und Folgekosten*, 1997, 284 ff. (286 f.).

²⁸⁵ Lepsius *Machtübernahme* (Fn. 3), 80 ff., 90 ff.

²⁸⁶ Zu diesen sowie den antidemokratischen und antiliberalen Gehalten der Verfassungsvorstellungen der verschiedenen Widerstandskreise vgl. vor allem die einschlägigen Arbeiten Hans Mommsen aus den letzten Jahrzehnten, zusammengefaßt in: H. Mommsen *Alternative zu Hitler. Studien zur Geschichte des deutschen Widerstandes*, 2000, insb. die Beiträge S. 53 ff. („Gesellschaftsbild und Verfassungspläne des deutschen Widerstandes“) und S. 159 ff. („Neuordnungspläne der Widerstandsbewegung des 20. Juli 1944“); ausführlich ferner N. Hammersen *Politisches Denken im deutschen Widerstand*, 1993, 13 ff., 184 ff.; partiell einschränkend W. Graf Vitzthum *Eher Rechtsstaat als Demokratie. Zu Zielvorstellungen im deutschen Widerstand*, in: FS Stern, 1997, 97 ff. (107 ff.).

²⁸⁷ Das „stumm“ bezieht sich auf den oft bemerkten Umstand, daß die Zeit des Nationalsozialismus einschließlich seiner Verbrechen nach 1945 lange Zeit tabuisiert und mit Schweigen belegt war. Dafür gibt es triftige Erklärungen, die nicht auf das denunziatorische Argument hinauslaufen, „die Täter“ hätten über ihre Taten schweigen wollen; dafür gab es unter der schweigenden Bevölkerung zu viele Opfer. Vgl. H. Lübke

Regimes dürften ausschlaggebend dafür gewesen sein, daß sich die Bundesrepublik anders als die von Weimar keinem Entwertungsdruck durch Idealisierung des vorangegangenen Systems ausgesetzt sah. Dieses Mal war der Neuanfang erfolgreich.²⁸⁸

Das zeigte sich auch in der Staatsrechtslehre. Sofern die in der NS-Zeit belasteten Autoren nicht *jetzt* die „Sicherheit des Schweigens“²⁸⁹ vorzogen, widmeten sie sich dem neuen Staat und seiner westlichen Verfassung, die durchaus auf deutsche Rechtsüberlieferungen zurückgreifen konnte.²⁹⁰ Bei einigen Personen traten zweifelsohne Glaubwürdigkeitsprobleme auf.²⁹¹ Aber wichtiger als die später oftmals skandalisierte personelle Kontinuität war, daß es keinen nennenswerten Versuch sachlich-legitimatorischer Rückanknüpfung an das Dritte Reich und keine substantiellen Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in der Staatsrechtslehre gab.²⁹² Etatistische oder konservative Positionen hielten sich im normalen Spektrum funktionierender Verfassungsstaaten. Doch dies und die weitere Entwicklung der Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz näher zu beleuchten wäre schon ein neues Thema. Ich bin somit am Ende meines Berichtes über die Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus angelangt. Wenn ich dessen wesentliches Ergebnis in einem einzigen Satz zusammenfassen müßte, könnte dieser wie folgt lauten: 1933 ersehnten sich viele Bürger und weite Teile der Staatsrechtslehre einen starken, autoritären Staat – den Leviathan; doch der Oberwolf bescherte ihnen Behemoth – den Unstaat.

HZ 236 (1983), 579 ff.; *Lepsius* *Erbe* (Fn. 284), 243 ff. – Kritisch zu *Lübbe J. Perels* Die Nachwirkungen der NS-Diktatur im demokratischen Rechtsstaat, in: ders., *Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“*, 1999, 11 ff. (12 ff.) m.w.N.

²⁸⁸ Dabei sollte nicht vergessen werden, daß es für den Erfolg gewichtige grundgesetz-externe Gründe gab.

²⁸⁹ *D. van Laak* Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, 1993.

²⁹⁰ Dazu Hin- und Nachweise bei *H. Dreier* DVBl. 1999, 667 ff.; in historischer Gesamtbetrachtung *H.A. Winkler* Der lange Weg nach Westen, 2 Bde., 2000. – Der Nationalsozialismus hingegen hat bis heute (stärker denn je) die Funktion eines „Kontrastbezuges“ (so *Lepsius* *Erbe* [Fn. 284], 230 ff.) und bildet das politische „Layout“ der Bundesrepublik (so *G. Roellecke* Der Staat 28 [1989], 505 ff.).

²⁹¹ Hier herrschte dann im Kreise der Staatsrechtslehrer ein Klima des Verzeihens. Beispielsweise vermerkte *F. Giese* AöR 79 (1954), 372, in einer Rezension zu den neuen Staatsrechtslehrbüchern von Maunz (1952) und Koellreutter (1953): „Daß beide dann im ‚Dritten Reich‘ das damalige Staats- und Verwaltungsrecht in Forschung und Lehre sowie literarisch behandelt haben, kann ihnen nur von kleinen Geistern verübelt werden.“ Zur milden Haltung Walter Jellineks nach 1945 *G. Dilcher* NJW 1999, 3533 (3556).

²⁹² Einige Hinweise auch bei *R. Alexy* Fortwirkungen nationalsozialistischer Denkweisen in Rechtslehre und Rechtsprechung nach 1945?, in: F.J. Säcker (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, 219 ff.

Leitsätze des 1. Berichtstatters über:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

I. Vorgeschichte

1. Die Weimarer Republik scheitert nicht an Konstruktionsfehlern ihrer Verfassung, sondern an der fehlenden Verankerung ihrer freiheitlich-demokratischen Prinzipien in den führenden Schichten der Gesellschaft.

2. Egalitäre Grundrechtsdemokratie, Parteienpluralismus und Parlamentarismus gelten auch in weiten Kreisen der Staatsrechtslehre als diskreditiert. Die Weimarer Reichsverfassung sieht sich in ihrem Status als verbindliche normative Letztentscheidung durch verschiedene Strategien der Distanzierung und Relativierung in Frage gestellt. Eine originär „protofaschistische“ Staatsrechtslehre existiert freilich nicht.

II. Formierung und Orientierung der Staatsrechtslehre nach 1933

3. Nach dem Machtwechsel zerfällt die Staatsrechtslehrerschaft der Weimarer Zeit in drei Gruppen. Zur ersten Gruppe gehören die aus politischen oder „rassischen“ Gründen ihres Amtes Enthobenen; eine zweite Gruppe bilden jene, die verstummen oder sich relativ unverfänglichen und abgelegenen Themen zuwenden; die dritte Gruppe der Systemkonformen stellt sich – auf je eigene Weise und mit unterschiedlicher Intensität – in den Dienst des nationalsozialistischen Systems. Neu tritt eine vierte Gruppe von SS-Juristen hinzu.

4. Die anfänglich breite Zustimmung zur „nationalen Erhebung“ verdankt sich nicht zuletzt dem Umstand, daß die Unbestimmtheit des nationalsozialistischen Programmes Projektionsflächen für eigene Vorstellungen bietet und Illusionen über die Wahrung einer Art autoritärer Rechtsstaatlichkeit zu nähren vermag. Wahrnehmungsengführungen, Karrierestreben und Opportunismus fließen hier mit im Einzelfall nicht exakt fixierbaren Anteilen zusammen.

5. In der Leichtfertigkeit, mit der die formale Legalität der verschiedenen Schritte des Machtwechsels bejaht wird, spiegelt sich die Erleichterung über die Ablösung des Weimarer „Zwischenreiches“ wider. Bald postuliert man ohnehin die selbsttragende Legitimität des nationalsozialistischen Regimes.

6. *Vor allem in den ersten Jahren des Nationalsozialismus ist die systemkonforme staatsrechtliche Literatur durch einen überwiegend schon aus Weimarer Zeiten stammenden Negativkonsens gekennzeichnet, der Antiliberalismus, Antiparlamentarismus und Antiföderalismus umfaßt. Formelle rechtsstaatliche Garantien und gewaltenteilende Sicherungen werden Opfer einer diffusen Einheitsmetaphorik.*

7. *Ein neues Phänomen stellt der Antisemitismus im staatsrechtlichen Schrifttum dar, der von bekundetem Verständnis für die staatlichen Diskriminierungsmaßnahmen über allgemeine Formeln von der Art- und Rassegebundenheit des Rechts bis hin zu personenbezogenen antijüdischen Invektiven reicht. Einen Tiefpunkt markiert die dem ‚Kampf der deutschen Rechtswissenschaft gegen den jüdischen Geist‘ gewidmete Tagung von 1936.*

III. Nationalsozialistische Staatsrechtslehre?

8. *Die Frage nach einer originär nationalsozialistischen Staatsrechtslehre kann sich wegen der Negation aller liberal-demokratischen Verfassungsprinzipien nur auf neue Bauelemente richten. In Betracht kommt erstens die Idee des völkischen Staates, zweitens das Konzept der Einheit von Staat und Partei („Bewegung“) und drittens das Prinzip der Führung, insbesondere die umfassende Hoheitsgewalt des „Führers“. An jedem dieser vermeintlichen „Verfassungs“-Elemente läßt sich demonstrieren, daß der Nationalsozialismus zu einer Relativierung des Staates wie des Staatsrechts und letztlich zum Objektverlust der Staatsrechtslehre führt.*

9. *Das völkische Rechtsdenken zeitigt ungeachtet der Irrationalität seiner Prämissen konkrete Folgen in begrifflich-systematischer (Volksgemeinschaft) und sachlicher (volksgenössische Gliedstellung), vor allem aber in personeller Hinsicht. Es dient zur Rechtfertigung der Judendiskriminierung, an deren Ende das normlose Inferno der Judenvernichtung steht.*

10. *Das neuartige Konzept des Bewegungsstaates impliziert einen Dualismus zweier gleichgeordneter Hoheitsträger, deren ungeklärtes Verhältnis zueinander mit teils metaphysisch verbrämten Leerformeln überdeckt wird. Ungeachtet zahlreicher Personalunionen entwickelt sich das Nebeneinander in der Praxis oft zu einem Gegeneinander und endet – verstärkt durch eine Vielzahl von Sonderbehörden, Sonderbevollmächtigten und Sonderimperien – im Chaos der nationalsozialistischen Polykratie.*

11. *Das Wesen von Führung in Abgrenzung zu anderen Herrschaftsbeziehungen bleibt trotz unzähliger Bestimmungs- und Definitionsversuche letztlich ungeklärt, desgleichen ihre Erstreckung auf die Routinearbeit der Verwaltung. Im Führerstaat konzentriert sich die gesamte Hoheitsgewalt des Reiches in einer einzigen Person, deren Wille als maßgeblich und maßstäblich für die*

Rechtsordnung gilt. Neben der Entwertung von Reichstag und Reichsregierung als eigenständigen Rechtsinstitutionen führt dies zur Formindifferenz, da der in beliebiger Gestalt rechtsetzende „Führerwille“ jegliche Normhierarchie sprengt. Mit der fehlenden Publikation zahlreicher „Führererlasse“ kommt es schließlich zum Formverlust der Normsetzung, was auf Kritik der Staatsrechtslehre stößt.

12. Insgesamt sind angesichts der Form- und Regellosigkeit des Regimes alle Versuche zum Scheitern verurteilt, auf der Basis der geschilderten Elemente eine dogmatisch durchstrukturierte Staatsrechtslehre des Nationalsozialismus zu entwickeln. Der Staatsrechtswissenschaft geht ein taugliches Objekt sukzessive verloren. Die Analyse des Zerfallsprozesses tradierter Rechts- und Ordnungsstaatlichkeit leistet die Staatsrechtslehre im Exil.

IV. Großraumordnung und Europa-Idee

13. Infolge der territorialen Expansion Deutschlands seit 1938 wird auch das Merkmal des Staatsgebietes Veränderungen unterworfen, welche die breit und anhaltend diskutierte Konzeption des völkerrechtlichen Großraums auf den Begriff zu bringen sucht. Das Analysepotential dieser Großraumtheorie weist über deren Entstehungszusammenhang hinaus.

14. Die nationalsozialistischen Europapläne muten auf den ersten Blick überraschend modern an, können ihre überwiegend propagandistische und taktische Funktion allerdings ebensowenig verhehlen wie ihren hegemonialen Charakter. Ungeachtet dessen dokumentieren sie in der Sache die überragende Evidenz der Idee eines vereinigten europäischen Wirtschaftsraumes.

V. Ende und Neubeginn

15. Der Nationalsozialismus hinterläßt ein Trümmerfeld. Wegen der vollständigen Entlegitimierung des NS-Regimes gerät die staatliche Ordnung der Bundesrepublik anders als die von Weimar nicht unter den Konkurrenzdruck eines idealisierten Vorgängersystems. Der purgatorische Effekt der Katastrophe erleichtert vielmehr die Wiederanknüpfung an freiheitlich-demokratische Verfassungsüberlieferungen. So bietet das Grundgesetz trotz personeller Kontinuitäten die Chance für einen inhaltlichen Neubeginn auch der Staatsrechtslehre.

Erster Beratungsgegenstand:

**Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit
des Nationalsozialismus**

2. Bericht von Prof. Dr. *Walter Pauly*, Jena

Inhalt

	Seite
I. Traditionsbrüche	74
II. Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus	76
III. Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren	88
IV. Schlußbetrachtung	100

I. Traditionsbrüche

Mit ihrem Niedergang im Nationalsozialismus hat sich die deutsche Staatsrechtslehre ihrer Tradition entfremdet. Die Staatsrechtslehre nach 1933 war nicht die Fortsetzung der Weimarer Wissenschaft am veränderten Gegenstand, sondern beruhte auf einer beispiellosen Deformation überkommener Theorien, Methoden und Dogmatik, die gerade dort als Aufbruch erlebt wurde, wo die Nachwelt Verfall registrierte. Finden sich auch zentrale Positionen und Begriffe der Staatsrechtslehre nach 1933 im breiten Spektrum der Diskussion vor 1933 eingeführt und vorbereitet, so erfolgt doch erst 1933 der wissenschaftliche Umsturz auf nahezu ganzer Linie – einhergehend mit einem geistigen Abwehrkampf sowohl gegen westliches wie Weimarer pluralistisches Verfassungsdenken als auch gegen die spezifisch deutsche bürgerlich-liberale Rechtsstaatstradition des 19. Jahrhunderts. An diese Traditionsbestände konnte dann nach 1945 wieder angeknüpft werden. Schon bald nach dem Zusammenbruch entstanden Kompendien zur Staatslehre, die im wesentlichen den Weimarer Diskussionsstand wiedergaben, oder, wie bei *Richard Thoma*, sogar direkt auf der Übernahme einer Weimarer Publikation beruhten.¹ Auch die die Verfassungsgebung begleitende wissenschaftliche Diskussion stand ganz im Banne der besseren deutschen und der westlichen Tradition. Die Jahre vor 1945 betrachtete man als dunkle, unselige Zeit im Griff eines Unrechtssystems, das in der Wissenschaft wie in allen gesellschaftlichen Teilbereichen Tribut verlangt und erhalten hatte. Was dem Nationalsozialismus aus der Staatsrechtswissenschaft an Unterstützung, benötigt oder nicht, gefragt oder aufgedrängt, zu Teil geworden war, wurde jetzt als Verirrung und Verfehlung bezeichnet, an der selbstredend kein rechtswissenschaftliches Interesse bestehen konnte.² Die wissenschaftlichen Beiträge zum sog. „Dritten Reich“ wollten sich nicht in die Tradition der deutschen Staatsrechtslehre fügen und schienen mit deutlich markierten Zäsuren 1933 und

¹ Im Vorwort vom Juli 1947 begründet *Thoma* Grundriß der allgemeinen Staatslehre, 1948, den Rückgriff auf seinen Artikel „Staat (Allgemeine Staatslehre)“ im 1926 erschienenen 7. Band der 4. Auflage des Handwörterbuchs der Staatswissenschaften mit den „Zeitungsmständen“. Niederschlag der seit Sommer 1945 gehaltenen Vorlesung bei *Laun* Studienbehelf zur allgemeinen Staatslehre, 4. unveränderte Aufl. 1947. Im Schweizer Exil erschien *Nawiasky* Allgemeine Staatslehre, 1. Teil, 1945.

² Das Geleitwort von Herausgebern und Verlag „Zum neuen Jahrgang“ des Archivs des Öffentlichen Rechts Bd. 74 (1948), 1, bezeugt „manche Verirrungen“, und *Thoma* (Fn. 1), 3, spricht etwa davon, *Otto Koellreutter* habe sich 1933 von nationalsozialistischer Propaganda „in der damaligen Phase seiner wissenschaftlichen Entwicklung ... beirren lassen.“

1945 aus der Wissenschaftsgeschichte des Öffentlichen Rechts herauszufallen. Oder sollte etwa in diesen Jahren, die wie ein überwundener Abgrund zurücklagen, die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht wirklich weitergegangen sein und sollten auch in ihnen Beiträge geleistet worden sein, die ebenso traditionsbildend gewirkt haben wie die Leistungen der Jahre davor und danach?

Mittlerweile hat die mit zeitlichem Abstand möglich gewordene Historisierung des Nationalsozialismus, übrigens nicht nur im Bereich der juristischen Wissenschaftsgeschichte, zu einer deutlich stärkeren Betonung der Kontinuitäten geführt, die über die Jahre 1933 und 1945 hinwegreichen.³ Daß sich auch ein völlig diskreditiertes Unrechtssystem nicht als rechtsleerer Raum begreifen läßt und daß die Rechtswissenschaft dieser Zeit einen Vorlauf hatte und sogar Nachwirkungen zeitigte, haben wohl auch die Zeitgenossen gewußt – aber sie konnten und wollten dies auf Grund einer Tabuisierung nicht umstandslos sagen und schreiben. Die Frage von Kontinuität und Diskontinuität ist damit aber noch nicht richtig gestellt, geschweige denn beantwortet. Voraussetzung hierfür ist zunächst eine Bestimmung dessen, was überhaupt Staats-

³ Für das Öffentliche Recht vgl. insbesondere *Lepsius Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, 1994, 13 ff., anhand eines „Begriffsvergleichs“ hinsichtlich „Volk“, „Gemeinschaft“, „Rasse“ und „Führer“ mit Besprechung *Pauly Juristische Methode und Nationalsozialismus*, Neue Politische Literatur, 41. Jg. (1996), 285 f.; die aufgezeigten Begriffsverwendungen vor 1933 waren in der Staatsrechtslehre jedoch eher randständig; so war insbesondere „Rasse“ *Lepsius ebd.*, 77, zufolge „vor der Machtübernahme kein im eigentlichen Sinne juristischer Begriff“. Auch ist es von Bedeutung, daß beim Volksbegriff nach 1933 „im Verhältnis zu den neuen Volksbegriffen der Weimarer Republik“ laut *Lepsius ebd.*, 35, „nur“ die für den Nationalsozialismus so zentrale „Blut- und Boden-Komponente neu“ gewesen ist. Zum methodischen Vorlauf gehört für *Lepsius ebd.*, 146 f. u. 164 ff., die u. a. auch bei *Kaufmann* und *Sمند* aufweisbare ganzheitsorientierte, d. h. auf die Überwindung traditioneller Gegensatzpaare, wie Sein und Sollen, Wert und Wirklichkeit, angelegte Begriffsbildung. In der Tat müssen diese materialen Theorieentwürfe von einem neukantianischen Standpunkt, wie ihn in der Staatsrechtslehre insbesondere *Hans Kelsen* eingenommen hat, schon wegen der mangelnden Bestimmung des Erkenntnisgegenstands durch die Erkenntnismethode unwissenschaftlich erscheinen. Zur Kontinuitätsfrage vgl. weiter *Stollis Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3. Bd., 1999, 246 ff., unter Zurückweisung der von *Nörr* Zwischen den Mühlsteinen, 1988, 244, angestellten Überlegung, „das Dritte Reich als im Grundsatz rechtsleeren Raum zu betrachten“. Zumindest mißverständlich ist auch die Einschätzung von *Kimminich Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. Aufl., 1987, 541, die NS-Periode sei mangels Auswirkung auf die nachfolgende Verfassungsepoche „verfassungsgeschichtlich nicht ergiebig“. Starke Betonung der geistesgeschichtlichen Kontinuitäten über das Jahr 1933 hinweg bei *Sonthheimer Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Ausgabe 1983, 14 ff., sowie *Dewey Deutsche Philosophie und deutsche Politik*, Neuausgabe 2000, 43 ff.

rechtslehre im Nationalsozialismus gewesen ist. Fällt hierunter einfach all das, was in dieser Zeit gedruckt und vertreten wurde oder hat es eine nationalsozialistische Staatsrechtslehre gegeben? Einzelne Studien haben die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus nicht hinreichend von Konservatismus oder autoritärem Staatsdenken als solchem abgesetzt und entsprechend diskreditierende Kontinuitätslinien gezogen.⁴ In der Folge mußte hiernach jedwede Anknüpfung an solche Traditionen nach 1945 schon wegen der so gezogenen Verbindungslinien befremden, standen jene doch im Verdacht, das Desaster mit verursacht zu haben. Das Selbstverständnis der Staatsrechtswissenschaft in der Bundesrepublik hängt folglich gleichfalls an der Frage, was Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus eigentlich gewesen ist.

II. Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus

Steht Nationalsozialismus ex post betrachtet für innen- wie außenpolitische Verbrechen, insbesondere für Angriffskrieg und Holocaust, so war der Charakter dieser Herrschaftsideologie ex ante zwar nicht unbekannt, aber doch vergleichsweise unbestimmt. Noch ein Jahr nach der sog. „Machtergreifung“ leugnete der Freiburger Rechtsphilosoph *Erik Wolf*, daß „der Nationalsozialismus im Dritten Reich bereits eine vollkommen sichtbare abgeschlossene Gestalt gewonnen hätte“ und „mit Begriffen ausdrückbar, als Idee in Worte zu fassen wäre.“⁵ Eben-

⁴ Vgl. *Fangmann* Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: *Reifner* (Hrsg.), *Das Recht des Unrechtsstaates*, 1981, 211 ff., sowie *Meinck* Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus, 1978, 10 ff., die Antikapitalismus als Indikator für Antifaschismus nehmen. Neueste Darstellung des breiten Spektrums der politischen „Rechten“ vor und nach 1933 bei *Breuer* Grundpositionen der deutschen Rechten (1871–1945), 1999, der *Mohlers* „Konstrukt einer ‚konservativen Revolution‘“ zurückweist (ebd., 8). Hierzu auch *ders.* Anatomie der konservativen Revolution, 1993; v. *d. Bussche* Konservatismus in der Weimarer Republik, 1998, 383; insofern abweichend *Sieferle* Die Konservative Revolution, 1995, 21 u. passim. Zur Frage der Fortwirkung nationalsozialistischer Doktrinen in der Staatsrechtslehre nach 1945 vgl. v. *Bülöw* Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945–1952), 1996, 13 ff., mit „Verriß“ durch *Isensee* Buchbesprechungen, *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. 52 (1998), 122 ff.; zur Frage wissenschaftsgeschichtlicher Kontinuitätslinien vgl. weiter *Schefold* Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn, in: *Acham u. a.* (Hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, 1998, 567 ff.

⁵ *Wolf* Richtiges Recht im nationalsozialistischen Staate, 1934, 10. Daß die Inhaltsvielfalt des Nationalsozialismus eine starke partizipationsfördernde Wirkung zeitigte, betont zu Recht *Lepsius* Personengebundene oder strukturorientierte Bewertungskrite-

falls 1934 trat der Heidelberger und dann Berliner Staatsrechtslehrer *Reinhard Höhn* mit dem sonderbaren Vorschlag auf, „ruhig einmal ein Jahr alle unsere Forschungen einzustellen und sich über die grundlegenden Ordnungen unseres Lebens in der heutigen Zeit klar zu werden, wieder an die Quellen unseres Volkstums zurückzugehen.“⁶ Dieses Plädoyer verhallte in einer Zeit ungeheurer literarischer Produktivität, an der *Höhn* übrigens kräftig mittat. Abseits standen neben den von ihren Lehrstühlen Vertriebenen Gelehrte wie *Gerhard Anschütz*, die den neuen Gegenstand ablehnten und deswegen entweder schwiegen oder auf politisch unverfängliche Fragestellungen auswichen.⁷ Schon im

rien für juristisches Verhalten im Nationalsozialismus, in: Nehlsen/Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 75, 83 ff. u. passim, der zugleich einen Verlust inhaltlicher und methodischer Bewertungskriterien bei den zeitgenössischen Juristen feststellt (ebd., 102). Materialreiche Annäherung an die NS-Ideologie und ihr Rechtsdenken bei *Anderbrügge* Völkisches Rechtsdenken, 1978, 13 ff. Zusammenfassung des heutigen Forschungsstandes zum Nationalsozialismus bei *Kershaw* Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick, Neuausgabe 1999, 39 ff.; *Wippermann* Faschismustheorien, 7. Aufl. 1997; *ders.* Totalitarismustheorien, 1997, sowie *Linz* Totalitäre und autoritäre Regime, Neuausgabe 2000, 3 ff.; zur Widerspiegelung der unterschiedlichen Erklärungsansätze zum Wesen des Nationalsozialismus in den Entnazifizierungskonzepten der vier Alliierten vgl. *Pauly* Die Entnazifizierung – Leitideen und Praxis, in: Diestelkamp u.a. (Hrsg.), Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung, 1996, 329 ff. Schon die frühen Erklärungsansätze betonten den chaotischen, nihilistischen und terroristischen Grundzug dieser Ideologie; vgl. *Rauschning* Die Revolution des Nihilismus, 1938; *Fraenkel* The Dual State, 1941, sowie *Neumann* Behemoth, 1. Aufl. 1942, 2. Aufl. 1944; hierzu *Bast* Totalitärer Pluralismus, 1999, sowie v. *Brünneck* Vorwort zu diesem Band, in: Fraenkel, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1999, 7 ff.; zur politischen Geschichte vgl. immer noch *Bracher* Die deutsche Diktatur, 6. Aufl. 1979, *Broszat* Der Staat Hitlers, 14. Aufl., 1995, sowie jetzt *Frei* Der Führerstaat, 5. Aufl. 1997. Zur zeitgenössischen Abschiebung von nationalsozialistischem und faschistischem Verfassungsrecht vgl. *Scheuner* Staatstheorie und Verfassungsrecht des Faschismus, ZgesStW Bd. 101 (1941), 252 ff.

⁶ *Höhn* Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934, 46. Daß keine „in sich geschlossene ‚Nationalsozialistische Staats(rechts)lehre‘“ erwartet werden kann, betont *Stolleis* Staatsrechtslehre zwischen Monarchie und Führerstaat, in: Harbordt (Hrsg.), Wissenschaft und Nationalsozialismus, 1983, 29. Zur zeitgleichen Entwicklungslage in Österreich vgl. *Funk* Die „österreichische“ Staats(rechts)lehre in der nationalsozialistischen Ära, in: Davy u.a. (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht, 1990, 388 ff.

⁷ Abdruck des entsprechenden Emeritierungsgesuchs in *Anschütz* Aus meinem Leben, hrsg. von Pauly, 1993, 328. Aufgabe des Staatsrechtslehrers sei nicht nur die Vermittlung der Kenntnis des jeweils geltenden Staatsrechts, sondern ebenso die Erziehung der Studierenden in dessen Geiste, was einen hohen Grad „innerlicher Verbundenheit des Dozenten“ erfordere. Zu innerdisziplinären Reaktionen auf dieses Gesuch und zur nahezu eingestellten Publikationstätigkeit von *Anschütz* vgl. *Pauly* Zu Leben und Werk von Gerhard Anschütz, in: Anschütz (ebd.), XLII ff.; exemplarisch für eine

Frühjahr 1933 war eine Veröffentlichungslawine ohne klare Richtungsnahme angerollt. Keineswegs fällt hier alles in eins, was sich selbst als nationalsozialistisch etikettierte – sei es um den Kurs aktiv zu bestimmen, jedenfalls rechtlich zu formieren, sei es um Traditionsbestände unter neuem Namen in die neue Zeit hinüberzuretten oder um sich einfach nur anzupassen. In diesem breiten Spektrum lassen sich zunächst Äußerungen, die auf einen radikalen Umbau der Staatsrechtswissenschaft zielten, von solchen Standpunkten abschichten, die an den bestehenden wissenschaftlichen Grundlagen festzuhalten gedachten und lediglich einzelne Veränderungen der Staatswirklichkeit *lege artis* einarbeiten wollten. So setzte sich insbesondere *Hans Helfritz*⁸ dafür ein, „die neuen Erscheinungen dem bisherigen Bestande der Wissenschaft einzufügen und sie mit ihr zu verarbeiten.“ Es gehe nicht an, „Ausdrücke der Propaganda kritiklos in die Wissenschaft“ zu übernehmen. Folge davon sei gegenwärtig eine „Verwirrung der Rechtsbegriffe, wie sie für die Wissenschaft nicht ärger gedacht werden“ könne. In der Literatur wurde gegen *Helfritz* und gleichgesinnte Autoren sogleich „Kampfstellung“ bezogen, liege es doch in der Konsequenz dieser Position, daß „der Wissenschaftler ... unberührt von der heutigen Zeit“ weiterarbei-

von den Zeitumständen nahezu vollständig gelöste Publikationstätigkeit: *Triepel* Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht, 1942. *Ernst Friesenhahn* sowie die erst spät emigrierten Gelehrten *Erich Kaufmann* und *Gerhard Leibholz* lebten über Jahre „im Winkel“; vgl. *Stolleis* Im Bauch des Leviathan – Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, in: ders., Recht im Unrecht, 1994, 139; zu Leibholz' Schicksal als refugee in England vgl. *Wiegandt* Norm und Wirklichkeit, 1995, 47 ff.; zu Leibholz' Beschäftigung mit dem Faschismus vgl. *Leibholz* Zu den Problemen des faschistischen Verfassungsrechts, 1928, sowie *ders.* Die Auflösung der liberalen Demokratie in Deutschland und das autoritäre Staatsbild, 1933, 54 ff., und dazu *Benöhr* Das faschistische Verfassungsrecht Italiens aus der Sicht von Gerhard Leibholz, 1999. Dokumentation einer Vertreibung, die in den Tod führte, bei *Pauly* Max Fleischmann (1872–1943) und das Öffentliche Recht in Halle, in: ders. (Hrsg.), Hallesche Rechtsgelehrte jüdischer Herkunft, 1996, 49 ff. Zum „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ vom 7. April 1933, das in § 3 den berückichtigten „Arierparagraphen“ enthielt, aber auch die Entlassung Andersdenkender vorsah, vgl. *Tarrab-Maslaton* Rechtliche Strukturen der Diskriminierung der Juden im Dritten Reich, 1993, 25 ff., mit Bespr. *Pauly* SächsVBl. 1994, 246. Zur Wirkung der Entlassungs- und Vertreibungspolitik im Bereich der Staatsrechtslehre insgesamt vgl. *Limperg* Personelle Veränderungen in der Staatsrechtslehre und ihre neue Situation nach der Machtergreifung, in: Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, 44 ff., sowie *Stolleis* (Fn. 3), 254 ff.: „Vertreibung und Revirement an den Universitäten“.

⁸ *Helfritz* Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat, DJZ 1934, Sp. 427 f.; grundlegend für die nachfolgende Darstellung einzelner Positionen und Personen *Stolleis* (Fn. 3), 246 ff. mwN.

ten könne.⁹ Man machte Front gegen „Juristen, die sich offenbar nicht an die Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staates gewöhnen können“¹⁰, warnte vor der Gefahr, überkommene „Denkweisen eines liberalen Jahrhunderts“ könnten sich der neuen Begriffe bemächtigen, nannte juristisch angeblich falsche Positionen politisch einen „Sabotageakt“¹¹ und verdächtigte Kollegen, „die neue Gedankenwelt nur rein äußerlich“ übernommen zu haben.¹²

Daß aber das, was die eifrigsten Vertreter einer radikalen wissenschaftlichen Erneuerung publizierten, so disparat und trotz des z.T. martialischen Tons in der Sache vergleichsweise vage ausfiel, liegt wesentlich in der politisch instrumentalisierten Unbestimmtheit und Phrasenhaftigkeit der richtunggebenden NS-Ideologie begründet. Angesichts des Strukturnihilismus des zunehmend polykratischen Führerstaates konnte auch die Staatswirklichkeit keine Vorgabe für eine kohärente Theoriebildung liefern. Das sich etablierende Herrschaftssystem war samt seiner Herrschaftsideologie für die Staatsrechtswissenschaft insbesondere deswegen schwer zu fassen, weil Staat und Staatlichkeit ihre dominante Stellung eingebüßt hatten. Der Staat ist „nur ein Organ des Führers der Bewegung“¹³, schrieb *Carl Schmitt*, und seine Trias

⁹ Höhn (Fn. 6), 43 f.

¹⁰ C. Schmitt Staat, Bewegung, Volk, 2. Aufl. 1934, 6.

¹¹ C. Schmitt Der 3. Oktober 1933, in: Schraut (Hrsg.), Deutscher Juristentag, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e.V., 1933, 244.

¹² Höhn (Fn. 6), 17.

¹³ C. Schmitt Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 2. Aufl. 1993, 55. Zwischenbilanz zur Schmitt-Forschung bei Hofmann Legitimität gegen Legalität, 3. Aufl. 1995, I ff.; Gesamtdarstellung bei Noack Carl Schmitt. Eine Biographie, 1993; Einbettung Schmitts in die Methodengeschichte der Staatslehre bei Badura Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl. 1998, 199 ff.; zu Schmitts Rolle im „Dritten Reich“ vgl. umfassend Koenen Der Fall Carl Schmitt, 1995; vgl. weiter Fijalkowski Die Wendung zum Führerstaat, 1958; Rühers Carl Schmitt im Dritten Reich, 2. Aufl. 1990; Maus Zur „Zäsur“ von 1933 in der Theorie Carl Schmitts, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat, 1983, 47 ff., sowie Quaritsch Positionen und Begriffe Carl Schmitts, 3. Aufl. 1995, 83 ff.; zu Schmitts Positionen in der Krise der Weimarer Republik vgl. Berthold Carl Schmitt und der Staatsnotstandsplan am Ende der Weimarer Republik, 1999; Pyta/Seiberth Die Staatskrise der Weimarer Republik im Spiegel des Tagebuchs von Carl Schmitt, Der Staat Bd. 38 (1999), 423 ff. u. 594 ff., wonach Schmitt 1932 die „Hauptgefahr“ in der „Hitler-Partei“ erblickte (ebd., 439); E.R. Huber Carl Schmitt in der Reichskrise der Weimarer Endzeit, in: Quaritsch (Hrsg.), Complexio Oppositorum, 1988, 33 ff.; Pauly Die Krise der Republik: Hermann Heller und Carl Schmitt, in: Dicke/Kodalle (Hrsg.), Republik und Weltbürgerrecht, 1998, 311 ff., sowie Neumann Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat II, 1984, 31 ff.; B. Schlink Why Carl Schmitt? Rechtshistorisches Journal Bd. 10

„Staat, Bewegung, Volk“ ist symptomatisch für die zeitgenössische Relativierung dieses seit der frühen Neuzeit für die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht zentralen Leitbegriffs. Der notorische Etatist, der noch in der Krise der Republik auf den Reichspräsidenten und die Exekutive gesetzt hatte, erklärte nun binnen Jahres im Einklang mit der parteiamtlichen Lehre, der Staat sei der die beiden anderen Ordnungsreihen führenden und durchdringenden Bewegung nicht gleichgeordnet.¹⁴ In der konkreten Zuordnung sah Schmitt dann aber die Verbindung der volks- wie staatstragenden Partei mit dem Staat „hauptsächlich“ durch Personal-Unionen bewirkt.¹⁵ Möglicherweise sollte durch diese Form der Verknüpfung der Einfluß der dynamischen Bewegung auf den eher statischen Behördenapparat kanalisiert werden. Immerhin versagte Schmitt der Partei die Stellung eines unmittelbaren Staatsorgans und betonte die Funktion eines starken Staates, das „Ganze der politischen Einheit“ zu sichern.¹⁶

Geradezu im Mittelpunkt steht der Staat in der Konzeption des Schmitt-Schülers *Ernst Forsthoff*. Der totale Staat als Form der Totalität des Politischen ist dem 30jährigen „mehr als ein persönlicher Führungszusammenhang.“¹⁷ Die Bewegung könne in der Person ihres Führers aufgehen, der an Tradition, Gesetz und Ordnung gebundene Staat hingegen nicht. *Forsthoffs* Schrift „Der totale Staat“ von 1933 stand wohl dem Parteiideologen *Alfred Rosenberg*¹⁸ vor Augen, als dieser Anfang 1934 im *Völkischen Beobachter* rügte: „Würden wir fortlaufend vom totalen Staat sprechen, so würde nach und nach ... wieder der Begriff des Staates an sich ins Zentrum rücken“. Statt von der Totalität des Staates sollte von der „Ganzheit (Totalität) der nationalsozialistischen Weltanschauung“ und Bewegung die Rede sein. Mit gleichem Duktus äußerte sich der später so berühmte *Roland Freisler*¹⁹, der den Termini-

(1991), 160ff., u. *ders.* Weimar – von der Krise der Theorie zur Theorie der Krise, in *Erbguth u.a.* (Hrsg.), *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch*. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand 'Heur, 1999, 43ff.; zu Schmitts Wirkung in der Bundesrepublik vgl. *van Laak* Gespräche in der Sicherheit des Schweigens, 1993.

¹⁴ *C. Schmitt* (Fn. 10), 12.

¹⁵ *C. Schmitt* (Fn. 10), 20.

¹⁶ *C. Schmitt* (Fn. 10), 12f., 20 u. 33.

¹⁷ *Forsthoff* *Der totale Staat*, 1933, 31 u. 29. Zum Begriff des totalen Staates aus Stärke, auf den *Forsthoff* rekurriert und der sich vom quantitativ totalen Staat aus Schwäche der Weimarer Republik unterscheiden soll, vgl. *C. Schmitt* *Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland* (1933), in: *ders.*, *Positionen und Begriffe*, 1940, 186f., u. *ders.* *Die Wendung zum totalen Staat* (1931), ebd., 146ff.

¹⁸ *Rosenberg* *Totaler Staat?*, *Völkischer Beobachter* v. 9. 1. 1934, 1 f.

¹⁹ *Freisler* *Totaler Staat?* – Nationalsozialistischer Staat! *Deutsche Justiz* 1934, 43 f.

nus „totaler Staat“ für „ungeeignet“ erklärte, weil die Betrachtung des Staates „als eines Lebewesens für sich ... dem Nationalsozialismus völlig fremd“ sei. Dennoch hat *Forsthoff* unter selbigem Titel eine 2. Auflage herausgebracht, die den totalen Staat zum Staat des 20. Jahrhunderts deklarierte und gegen den Vorwurf eines überwundenen Etatismus verteidigte.²⁰ Staat und Bewegung rückte *Forsthoff* nun jedoch zu einer unlöslichen Einheit zusammen, begrenzte diese dann aber auf das „geistig-politische“ Moment.²¹ Der Staat selbst gliederte sich in eine Führungsordnung, die mit der Führungsordnung der Bewegung zusammenfalle, sowie in eine durch „Sachtreue“ gekennzeichnete bürokratische Verwaltungsorganisation.²² Als Führer des Staates trete der Führer der Bewegung allerdings unter ein „neues Gesetz“ und erlange eine „transpersonale Rechtfertigung“, da er über das jahrtausende alte deutsche Staatstum walte.²³ Die hier angelegte Abschtichung von Führung und administrativer Amtshierarchie hat *Forsthoff* ab 1935 zur zweigliedrigen Theorie des autoritären Verwaltungsstaates ausgebaut.²⁴ Letztlich ist hiermit der Schüler dem Diktum seines Lehrers gefolgt, demzufolge der totale Staat „seiner Natur nach ein Verwaltungsstaat“ ist.²⁵ Nachdem die Errichtung des Führerstaates die Verfassungsfrage „erledigt“ habe, bezeichnet die Verwaltung für *Forsthoff* den Raum, „in dem uns vornehmlich die Wirklichkeit des heutigen Staates begegnet, in dem das Gesicht des Staates seine eigentliche Prägung erfährt.“²⁶ Die Partei will

²⁰ *Forsthoff* Der totale Staat, 2. Aufl. 1934, 10 u. 23.

²¹ *Forsthoff* (Fn. 20), 10 u. 36.

²² *Forsthoff* (Fn. 20), 38, 40 u. 42; hierzu und generell zum „Führungsbegriff“ E. Laux Führung und Verwaltung in der Rechtslehre des Nationalsozialismus, in: Rebentisch/Treppe, Verwaltung contra Menschenführung im Staat Hitlers, 1986, 33 ff.; aus der Zeit des Nationalsozialismus vgl. auch *Krüger* Führer und Führung, 1935, u. *Koellreutter* Führung und Herrschaft, RVerwBl. 1941, 445 ff.

²³ *Forsthoff* (Fn. 20), 35. In seinen politisch abgeklärteren Schriften zu Beginn der vierziger Jahre, die auf den expliziten Aktionismus der früheren Schrift (Fn. 17, S. 8) verzichten, hebt *Forsthoff* neben der Ordnungsfunktion des Staates stärker die Friedensfunktion und den Gerechtigkeitsgedanken heraus. Gewalt bedeute mehr als Zwang und Staatlichkeit mehr als Ordnung; so *ders.* Recht und Sprache, 1940, 34 ff.; aus diesem Grund warnt *Forsthoff* jetzt vor einem „Absinken der deutschen Rechtswissenschaft“ in vordergründige „Technizität“, vgl. *ders.* Grenzen des Rechts, 1941, 23.

²⁴ Hierzu *Storost* Staat und Verfassung bei Ernst Forsthoff, 1978, 80 ff., der die Fortwirkung dieses Modells in Forstoffs Nachkriegsverwaltungsrecht beschreibt (ebd, 81 f. u. 93 ff.); die konzeptionelle Kontinuität betont *Forsthoff* Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, 1. Aufl. 1950, VI, selbst.

²⁵ C. Schmitt Legalität und Legitimität (1932), 3. Aufl. 1980, 11.

²⁶ *Forsthoff* Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft, DR 1935, 331. Wenn *Forsthoff* (ebd, 332) hierbei den „etatistischen Charakter“

*Forsthoff*²⁷ dabei aus dem auf Präzision, Stetigkeit und Berechenbarkeit angelegten Verwaltungsvollzug heraushalten – angeblich um sie vor der Alltäglichkeit einer „Kleinarbeit nach Dienstvorschrift“ zu bewahren.

Die zentrale Stellung des Staates im nationalsozialistischen Herrschaftssystem suchte auch der bei „Machtergreifung“ 29jährige *Ernst Rudolf Huber* nachzuweisen, der ebenfalls der Schmitt-Schule zuzurechnen ist. Bei *Huber* liegt der Akzent auf der staatlichen Formung des politischen Volkes. Obschon damals, wie *Huber* schrieb, „eine lebhaft Abneigung“ gegen seine Ansicht bestand, beharrte er noch 1939 darauf, daß das Volk erst in der „Gestalt“ des Staates „wahrhaft politisches Volk“ werde.²⁸ Der Staat ist hiernach jene „lebendige Form“ und „konkrete Ordnung“, die das Volk aus der „rein biologischen Existenz“ in ein politisches Sein überführt.²⁹ Über die Ausdifferenzierung des NS-Staates in einen Bewegungs-, Führer- und totalen Staat wollte *Huber* zugleich ein dynamisches Element in seinen Staatsbegriff integrieren.³⁰ Dennoch gelangt *Huber* zu keiner äußeren Einheit von Staat und Partei.³¹ Die NSDAP erklärt *Huber* vielmehr zum „politischen Stand des deutschen Bewegungsstaates“ und beschränkt ihre Wirkkraft auf die ideologische Durchdringung aller „Bezirke des staatlichen Handelns“.³²

der Verwaltung leugnet, so geht es ihm um die Überwindung des Dualismus von Staat und Gesellschaft, der den Verwaltungsstaat des 19. Jahrhunderts gekennzeichnet hatte, sowie um die Abschtichung von politischer Führung und sachlich arbeitender Bürokratie. In der bundesrepublikanischen Entwicklung diagnostizierte Forsthoff dann einen durch nichtstaatliche Kräfte, insbesondere die auf technische Realisation drängende Industrie, bewirkten Rückgang von klassischer Politik und Staatlichkeit; hierzu *ders.* Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 11 ff., sowie *Neumann* Der harte Weg zum sanften Ziel, in: Roßnagel (Hrsg.), Recht und Technik im Spannungsfeld der Kernenergiekontroverse, 1984, 88 ff.

²⁷ *Forsthoff* Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft, DR 1935, 399 f.; ebenso *Krüger* Die geistigen Grundlagen des Staates, 1940, 166. Zur ambivalenten Motivation der Trennung von „Führung“ und Verwaltung, die sowohl der Reduktion des Parteeinflusses als auch der „Befreiung der Führung von bürokratischen Hemmungen“ dienen konnte, vgl. *Stolleis* Verwaltungsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, in: *ders.* (Fn. 7), 169.

²⁸ *E.R. Huber* Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 1939, 164.

²⁹ *E.R. Huber* Die deutsche Staatswissenschaft, ZgesStW Bd. 95 (1935), 29, 34 f. u. 64.

³⁰ *E.R. Huber* (Fn. 29), 29, 37 ff., 40 ff. u. 43. Den *Smend'schen* Begriff der „Integration“ lehnt *Huber* Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935, 24 f., aber wegen seiner abstrakten und rein idealistischen Natur ab.

³¹ *E.R. Huber* (Fn. 29), 37.

³² *E.R. Huber* (Fn. 29), 37 u. 39. Trotz der programmatischen Formel der „Einheit von Partei und Staat“ hielt *Huber* (Fn. 28), 304, an der organisatorischen Trennung von staatlichen Verfassungs- und Verwaltungsorganen einerseits und Partei andererseits

Mit dem Totalitätsprinzip kennzeichnet *Huber* dabei unter Bezugnahme auf „Ernst Jüngers Wort von der totalen Mobilmachung“ die Erfassung eines jeden Lebensbereiches durch die völkische Idee einschließlich einer unbegrenzten „Führungsgewalt“ zur Erfüllung des „politischen Lebensgesetzes des Volkes“.³³ An dieser staatszentrierten Grundkonzeption hat *Huber* auch nach Übernahme des Reichsbegriffs, der über die binnendeutsche Ordnung hinausgreife,³⁴ festgehalten. „Reich“ bedeutete für *Huber* eben die „konkrete politische Gestalt, in der das deutsche Volk zum Staat geworden“ sei.³⁵

fest. Die postulierte Einheit sollte sich anders als durch „gegenseitige Überwachungs- und Befehlsrechte“ herstellen. Juristisch wurde die NSDAP als Körperschaft des öffentlichen Rechts eingestuft, als „Einrichtung des Verfassungslebens“, jedoch als eine solche besonderen Charakters (ebd, 297); ebenso *J. Heckel* Staats-, Verwaltungs- und Kirchenrecht im Dritten Reich, in: ders. u.a., Berichte über die Lage und das Studium des öffentlichen Rechts, 1935, 19. Von einer „Verfassungsgemeinschaft“ zwischen Partei und Staat sprach *H.P. Ipsen* Vom Begriff der Partei, ZgesStW Bd. 100 (1940), 487; radikale Überordnung der nicht körperschaftlich aufgefaßten Partei über den Staat dagegen bei *Höhn* Partei und Staat, DR 1935, 474 ff.; für *Maunz* Verwaltung, 1937, 114, ist mit der NSDAP sogar „ein neuer Träger öffentlicher Verwaltung entstanden.“

³³ *E.R. Huber* Die Totalität des völkischen Staates, Die Tat 26. Jg. (1934), 30 u. 34 ff.; ders. Vom Sinn der Verfassung, 1935, 21; ders. (Fn. 29), 44. *Jüngers* „prägnante Formel“ hatte Jahre zuvor schon *C. Schmitt* Der Hüter der Verfassung, 1931, 79, aufgegriffen.

³⁴ *E.R. Huber* Bau und Gefüge des Reiches, 1941, 13. Dem Reich als Staat i.w.S., d.h. als umfassender politischer Gesamtordnung des Volkes, stellt *Huber* (Fn. 28, 166 f.) den Staat i.e.S., d.h. die staatliche Verwaltungs- und Militärorganisation, gegenüber.

³⁵ *E.R. Huber* (Fn. 28), 167, unter Berufung auf einen Begriffsvorschlag von *Johannes Heckel*. Zu starke Akzentuierung einer entsprechenden „Wendung“ *Hubers* bei *Walckenhaus* Konservatives Staatsdenken, 1997, 240 ff., mit Bespr. *Pauly* Der Staat Bd. 38 (1999), 133 ff.; Werkinterpretation auch bei *Norpoth* Norm und Wirklichkeit. Staat und Verfassung im Werk Ernst Rudolf Hubers, 1998. Hinsichtlich der Gründungssituation der sog. „Kieler Schule“, der *Huber* zugehörte, zitiert *Erdmann* Wissenschaft im Dritten Reich, 1967, 24, Anm. 18, einen an ihn gerichteten Brief von *Karl Larenz*. Danach habe der von ministerieller Seite aus maßgeblich die Schaffung der Kieler Juristengruppe gestaltende *Wilhelm Ahlmann* „jeden von uns einzeln beiseite“ genommen und etwa folgendes gesagt: „Nachdem der Nationalsozialismus nunmehr die Macht erlangt habe, käme es darauf an, ihn geistig so zu beeinflussen, daß die nun eingetretene Wendung letztlich zum Segen und nicht zum Unsegen werde. Unsere Gruppe sei nicht zufällig zusammengestellt. Sie solle in Kiel ein Geisteszentrum bilden, von dem wesentliche Impulse auf die Entwicklung ausgehen sollten. Meine spezielle Aufgabe sei es, mit dafür zu sorgen, daß der nun in der Entstehung begriffene Staat nicht auf dem bloßen Machtdenken, sondern auf den ethischen Fundamenten der idealistischen Rechts- und Staatsphilosophie ... errichtet würde. Mit großem Ernst sprach er von den Gefahren, die daraus resultierten, daß der Nationalsozialismus bisher eines solchen ethischen Fundaments ermangele. Er sprach auch von der Möglichkeit eines Fehlschlags unserer

Daß *Huber* dem Volk aus sich heraus keine eigenständige politische Stellung zubilligte, sondern es dafür auf die körperschaftliche Form des Staates verwies, attackierte namentlich der der SS zugehörige *Reinhard Höhn*.³⁶ Bei *Huber* bleibe das Volk aktionsunfähig, die Bewegung ohne „rechte Stelle“ und der Führer letztlich doch nur ein Staatsorgan.³⁷ Damit werde die originäre Stellung von Volk, Bewegung und Führung verkannt. Indem *Huber* die Frage der „Rasse“ auf die Ebene des naturhaften Volkes, das noch der staatlichen Formung harre, verlagere, habe er überdies dem nationalsozialistischen „Rassegedanken seine eigentliche Bedeutung“ entzogen.³⁸

Als Protagonist des Prinzips „Gemeinschaft“ stellte der aus dem Jungdeutschen Orden hervorgegangene *Höhn* statt des Staates die „Volksgemeinschaft“ in den Mittelpunkt.³⁹ Ohne staatliches Zutun bilde

„Mission“. Hierzu auch *Eckert* Was war die Kieler Schule?, in *Säcker* (Hrsg.), *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*, 1992, 37–70. Gesamtwürdigung *Hubers* bei *Böckenförde* Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, *AöR* Bd. 98 (1973), 255ff., u. *Starck* Ernst Rudolf Huber, in: *Jahrbuch der Akademie der Wissenschaften in Göttingen*, 1991, 232ff.; vgl. weiter *Grothe* Eine „lautlose“ Angelegenheit? Zur Rückkehr des Verfassungshistorikers Ernst Rudolf Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945, *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 1999, 980ff., unter Auswertung der für die Wiedergründung der Staatsrechtslehrervereinigung äußerst ergiebigen, im Bundesarchiv befindlichen Nachlässe von *Hans Peters* und *Walter Jellinek*.

³⁶ *Höhn* Volk und Verfassung, *Deutsche Rechtswissenschaft* Bd. 2 (1937), 203f.; zu *Höhn* vgl. v. *Lösch* Der nackte Geist, 1999, 320ff. u. passim, sowie *Rüthers* Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit, *NJW* 2000, 2866ff., der auch das Verhältnis zwischen *Höhn* und *Schmitt* beschreibt. Für ersteren sei letzterer lediglich ein „heuchlerischer Opportunist“ gewesen, der sich „1933 nur aus Karrieregründen dem Nationalsozialismus zugewandt“ habe (ebd., 2867). Geschildert wird auch die u.a. von *Höhn* betriebene und durch gezielte Angriffe in der SS Wochenzeitung „Das Schwarze Korps“ vorbereitete Entmachtung *Schmitts* im Jahre 1936 (ebd., 2868). *Rüthers* warnt zugleich davor, *Schmitt* vereinseitigend zum „Retter“ rechtsförmlicher Mindestbestände zu stilisieren und nur in *Höhn* deren „Zerstörer“ zu sehen (ebd., 2870).

³⁷ *Höhn* (Fn. 36), 194, 201 u. 209.

³⁸ *Höhn* (Fn. 36), 195.

³⁹ *Höhn* (Fn. 6), 33; ähnlich *ders.* Vom Wesen des Rechts, in: *Heymann* (Hrsg.), *Deutsche Landesreferate zum II. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung im Haag 1937*, 1937, 167ff., sowie *Ritterbusch* Die Volksgemeinschaft als Grundlage der deutschen Verfassung, *DR* 1936, 351, wonach die nationalsozialistische Weltanschauung „von jeher nicht im Staat, sondern im Volk das letztthin Wirkliche erblickt“. Gegen *Höhns* „Auflösung oder doch zum mindesten ... Verzerrung des Staatsgedankens“ *Merk* Der Staatsgedanke im Dritten Reich, 1935, 41ff.; etatistische Grundkonzeption auch bei *Gerber* Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, 1933, woran *E.R. Huber* „Auf dem Wege zum neuen Reiche“, *ZgesStW* Bd. 95 (1935), 547, allerdings eine ihm wohl zu „stark idealistische Blickrichtung“ bemängelte. Zu Inhalt und Genese des

diese eine in sich „lebendige und aktionsfähige Einheit“, welche ebenso die biologische wie die geistige Seite des Menschen umfasse.⁴⁰ Der hierfür erforderliche „Gemeinschaftsgeist“ entstehe allerdings nur bei gleichem Blut und gleicher Rasse.⁴¹ Die „Ichpersönlichkeit“ des Individuums verschwinde im Gemeinschaftserlebnis, das seine zeitwirksame Vorformung im Frontsoldatentum des ersten Weltkrieges erhalten habe.⁴² Zur Gemeinschaft rechnet *Höhn* die Führung, die sie gleichermaßen formiert und repräsentiert. Das bisherige Staat/Untertanen-Verhältnis sei dem Grundsatz von Führung und Gefolgschaft gewichen.⁴³ Gesetze sind für *Höhn* damit nicht länger Ausdruck staatlichen Willens, sondern Akte der Führung.⁴⁴ Der Staat, dessen sich die Bewegung bemächtigt habe, fungiert in diesem Konzept lediglich als Behördenapparat im Dienste der Volksgemeinschaft „in der Hand des Führers“.⁴⁵ Seiner juristischen Persönlichkeit entkleidet soll der Staat weder eigene Herrschaftspersönlichkeit innehaben noch die maßgebliche Rechtsquelle abgeben.⁴⁶ An die Stelle staatlicher Allmacht sei die „Allmacht des Volkstums“ getreten.⁴⁷ Auch der Reichsbegriff basiert hiernach

Gesellschaftsmodells „Volksgemeinschaft“ aus heutiger soziologischer Sicht *Janka* Die braune Gesellschaft, 1997, 129 ff., sowie *Nolte* Die Ordnung der deutschen Gesellschaft, 2000, 159 ff.

⁴⁰ *Höhn* Volk, Staat und Recht, in: ders./Maunz/Swoboda, Grundfragen der Rechtsauffassung, 1938, 8 u. 22.

⁴¹ *Höhn* Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, 9.

⁴² *Höhn* (Fn. 41), 15 u. 17.

⁴³ *Höhn* (Fn. 6), 11 f.

⁴⁴ *Höhn* (Fn. 6), 41.

⁴⁵ *Höhn* (Fn. 40), 22.

⁴⁶ Vgl. insbes. *Höhn* Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, 1935, 227 f., u. weiter ders. (Fn. 40), 22, sowie ders. (Fn. 41), 23. Weil auch *Otto von Gierke* dem Staatsgedanken und in diesem Zusammenhang dem Körperschaftsbegriff verhaftet geblieben sei, lehnt *Höhn* Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, 1936, 150 ff., eine Gierke-Rezeption im NS-Rechtsdenken ab; hierzu auch *Helfritz* Otto v. Gierke und die neueste Lehre von der juristischen Staatsperson, RVerwBl. 1935, 485 ff.; *Hubers* (Fn. 29), 32, Zurückweisung des juristischen Staatsbegriffs beruhte auf seinem integrationistischen Ansatz, der entgegen sog. „liberalem Trennungsdenken“ auf eine „politische Gesamtwissenschaft“ ausging. Danach umschloß der „politische Begriff des Staates“ zwar auch die „normative Ordnung“, aber ebenso Macht, Sittlichkeit und Wirtschaft. Zur Genese der Theorie einer juristischen Staatspersönlichkeit vgl. *Pauly* Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus, 1993, 77 ff.

⁴⁷ *Höhn* (Fn. 41), 24. Auch für *Maunz* Staatsbegriff und Verwaltung, DR 1935, 395, sollte es im Recht nicht mehr um die Beziehung von Rechtssubjekten und im Verwaltungsrecht daher nicht mehr um die Beziehung einer Staatsperson zu „Untertanensubjekten“ gehen. Im Mittelpunkt stünden vielmehr „der Rechtsbegriff der konkreten Gemeinschaft“ gemäß den „Ordnungen der Gemeinschaften“.

nicht auf dem Staatsgedanken, sondern auf der Volksgemeinschaft.⁴⁸ Höhn plädiert daher 1938 konsequent dafür, „das deutsche öffentliche Recht als ‚Volksrecht‘ und nicht als ‚Staatsrecht‘ zu betrachten.“⁴⁹

Die Heterogenität der zeitgenössischen Grundpositionen belegt schließlich das organizistische Staatsmodell des eher randständigen Rostocker Staatsrechtslehrers *Edgar Tatarin-Tarnheyden*, der in vermeintlicher Erfassung des werdenden Staatsrechts einen ständestaatlichen Verfassungsneubau favorisierte, in dessen Rahmen ein Ephorat sogar den „Führer“ bei Amtsmißbrauch oder Dauererkrankung absetzen können sollte.⁵⁰ Wie Höhn und übrigens auch der in München lehrende *Otto Koellreutter*⁵¹ lehnte *Tatarin-Tarnheyden* jeden Eigenwert des Staates ab. Sein genossenschaftlich aufgebauter Volksstaat sollte einer rassisch wie kulturell bestimmten Volksgemeinschaft dienen, die allerdings der autoritären Führung bedürfe.⁵² Ein „Zellenbau von Selbstverwaltungskammern gesamtpolitischen und berufsständischen Gepräges“ sollte von den Führerräten der unteren gemeindlichen Ebene bis hinauf zu einem „Großen Rat“ reichen, um die Gemeinschaft prinzipiell gleichberechtigter Volksgenossen gegenüber den jeweiligen „Führern“ zu repräsentieren.⁵³ Dagegen findet sich der Selbstverwaltungsgedanke etwa bei

⁴⁸ Höhn Reich – Großraum – Großmacht, 1942, 75f. u. 81. Zu den weitreichenden völkerrechtlichen Konsequenzen vgl. *Stolleis* (Fn. 3), 383, 386 u. 391 mwN., u. *Herbert Best*. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, 1903–1989, 3. Aufl. 1996, 271 ff.

⁴⁹ Höhn (Fn. 40), 26f.; schon hierdurch verläßt Höhn die Tradition staatsrechtlicher Neubegründungsversuche, die die Geschichte des Öffentlichen Rechts kennzeichnet; hierzu *Pauly* „Die ersten Staatsrechtslehrer des Reiches“, in: *Lieberwirth* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte in Halle*, 1998, 17 ff.

⁵⁰ *Tatarin-Tarnheyden* *Werdendes Staatsrecht*, 1934, 77.

⁵¹ *Koellreutter* *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus*, 1935, 15. Die von *Koellreutter* Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, 61 ff., betonte „Staatsautorität“ ergibt sich folglich auch erst aus der „seelische[n] Verbindung des Volkes mit dem Staate als Ganzheit“. Zur Biographie *Schmidt* *Otto Koellreutter* 1883–1972, 1995, mit Bspr. *Pauly* *Der Staat* Bd. 35 (1996), 472 ff.

⁵² *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 50), 5 u. 28; besondere Betonung des „autoritären Führerstaates“ bei *Koellreutter* *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, 1933, 30.

⁵³ *Tatarin-Tarnheyden* (Fn. 50), 59 ff. u. 72 ff.; den „Führerräten“ sollte eine nur beratende Funktion eignen (ebd., 63). In vielem vergleichbar ist die „völkisch-organische“ Staatsauffassung von *Herrfahrdt* *Werden und Gestalt des Dritten Reiches*, 1933, 9 ff., der die „Bedeutung der Frontgeneration“ hervorhebt und sich in die Tradition von *Moeller van den Bruck* *Das dritte Reich*, 3. Aufl. 1931, stellt; zu letzterem *Stern* *Kulturpessimismus als politische Gefahr*, 1986, 223 ff.; *Breuer* *Arthur Moeller van den Bruck*, in: *Hübinger/Hertfelder* (Hrsg.), *Kritik und Mandat*, 2000, 138 ff., sowie *Petzinna* *Erziehung zum deutschen Lebensstil. Ursprung und Entwicklung des jungkonservativen „Ring“-Kreises 1918–1933*, 2000, 11 ff.

Huber in sektoraler Begrenzung, wenn er ihn auch auf wirtschaftlichem Gebiet zur Gestalt eines von ihm sog. „deutschen Sozialismus“ monographisch ausgearbeitet hat.⁵⁴

Was all diese, zum Teil realitätsfremden, gleichwohl auf Formung der Wirklichkeit angelegten Lehrmeinungen jenseits ihrer Divergenzen zusammenführte, war die Anerkennung und staatsrechtliche Ausgestaltung sowohl des Führer-, Rasse- als auch völkischen Prinzips. In unterschiedlichster theoretischer Einkleidung variierten die Autoren diese Grundbegriffe und verstiegen sich, insbesondere bei Behandlung des Rasseprinzips, zu inhumanen und abstoßenden Positionen.⁵⁵ Hierdurch haben zeitgenössische Staatsrechtslehrer sich und die durch sie repräsentierte Wissenschaft unbestreitbar und nachhaltig diskreditiert. Die einzelnen Prinzipien hatten zwar schon vor dem Nationalsozialismus Aufmerksamkeit und Ausformung erfahren, nun aber standen sie geschlossen – wie nie zuvor und danach – im Zentrum der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Hierin liegt das Spezifikum der systemangepaßten Teile der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus, das sie von der wissenschaftlichen Tradition vor 1933 und nach 1945 deutlich abhebt.

Die beschriebene Offenheit der Staatsrechtslehre war dem NS-Herrschaftssystem in den Anfangsjahren wohl ähnlich nützlich wie die integrative Wirkung der inhaltlichen Unbestimmtheit der eigenen Ideologie. Mit zunehmender Konsolidierung der NS-Herrschaft sollte jedoch jedwede auf normative Bindung öffentlicher Gewalt angelegte Wissenschaft nicht nur verzichtbar, sondern lästig werden. Der spätere Präsident des Reichsverwaltungsgerichts *Walter Sommer* hat diesen Bedeutungsverlust 1937 lakonisch formuliert: „Müßig“ sei es, „gelehrte

⁵⁴ *E.R. Huber* Die Gestalt des deutschen Sozialismus, 1934, 5 ff.

⁵⁵ Exemplarisch *Scheuner* Der Gleichheitsgedanke in der völkischen Verfassungsordnung, *ZgesStW* Bd. 99 (1939), 267: „Aussonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden, aus dem deutschen Volkskörper“. Vgl. weiter insbesondere *C. Schmitt* Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, *DJZ* 1936, Sp. 1193 ff., und auch etwa *Tatarin-Tarnheyden* Der Einfluß des Judentums in Staatsrecht und Staatslehre, Das Judentum in der Rechtswissenschaft 5, 1937, sowie *Höhn* Die Juden im Staatsrecht, Jugend und Recht. Zeitschrift für Neugestaltung des deutschen Rechts 1936, 33 ff. Zu Schmitts Antisemitismus jetzt *Gross* Carl Schmitt und die Juden, 2000. „Rasseprinzip“ und „Führerprinzip“ bilden *Lepsius* (Fn. 3), 108 u. 111, zufolge den materiellen „Kernbereich“ der nationalsozialistischen Weltanschauung, während „Volk und Gemeinschaft“ mangels materiellen Mindestgehalts in dieser Hinsicht ausscheiden würden. Das völkische Prinzip spezifizierte jedoch die Herrschaftsideologie; die Formel „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ gehörte zu den zentralen Doktrinen, kam letztlich auch dem Führer ein Interpretationsmonopol hinsichtlich der Gemeinwohlbestimmung zu, wie *Lepsius* ebd., 124, zutreffend betont.

Abhandlungen über das Wesen des neuen Staates zu schreiben, auch hier kratzen die Federn vergebens. Wie der neue Staatsaufbau nach 10 Jahren aussehen wird, weiß heute nur einer, der Führer allein, und er wird sich in diesem Wissen von noch so gelehrten Schreibern nicht beeinflussen lassen.⁵⁶ Sichtbarster Ausdruck des Niedergangs der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus war denn auch ihr vorzeitiges Ende, das sie mit ihrem weitgehenden Verstummen ab 1939 ein halbes Jahrzehnt vor dem totalen staatlichen Zusammenbruch nahm.⁵⁷

III. Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren

Der dem Kreisauer Kreis zugehörige Berliner Staatsrechtslehrer *Hans Peters* berichtet in einem Gutachten über *Carl Schmitt* aus dem Jahre 1946, dieser habe ihm gegenüber etwa 1936 geäußert, vom Nationalsozialismus her werde „das ganze Staatsrecht ruiniert“.⁵⁸ *Schmitt* zielte mit

⁵⁶ *Sommer* Die NSDAP als Verwaltungsträger, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 175.

⁵⁷ Die „dritte und letzte Phase der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus“ habe „aus Schweigen“ bestanden, äußern *Kohl/Stolleis* Im Bauch des Leviathan, NJW 1988, S. 2852. „Die Staatsrechtslehrer schrieben alsbald nicht einmal Lehrbücher über ihr ureigenstes Gebiet; nur Huber und Koellreutter taten dies“, vermerkt *Voigt* Die Staatsrechtslehre und das Dritte Reich, in: ders., Schriften zur Rechts- und Verfassungsgeschichte, 1993, 285.

⁵⁸ *Peters* Gutachten vom 17.6.1946, 2, Bundesarchiv Koblenz, NL Hans Peters (N 1220/78); vgl. dazu auch v. *Trott zu Solz* Hans Peters und der Kreisauer Kreis, 1997, 31 mit Fn. 81. In seinen Nachkriegsaufzeichnungen (Eintrag vom 1.7.1948) hat *C. Schmitt* Glossarium, 1991, 174, dann eine entsprechende „Selbsttäuschung“ erwogen, wenn nicht gar eingeräumt. Auf ein Interview, in dem *Schmitt* nach 1945 die alleinige rechtswissenschaftliche Maßgeblichkeit des positiven Rechts in der Situation des sog. „Ermächtigungsgesetzes“ herausstellte, verweist *Weber-Fas* Über die Staatsgewalt, 2000, 263: „Ich möchte gerne wissen, was Hans Kelsen in meiner Lage getan hätte, der ja überzeugter Positivist ist. Ich weiß es: Er hat immer betont, seit dem Augenblick, in dem dieser Würfel gefallen sei, gebe es für einen positivistischen wissenschaftlichen Juristen überhaupt keine Frage mehr. Natürlich hätte man gehen können. Aber daß das, was damals geschah, Recht war im Sinne dessen, womit der Jurist sich wissenschaftlich zu beschäftigen hat (wie der Mathematiker mit seinen Zahlen), darüber sei gar nicht zu diskutieren; sonst gebe es überhaupt keine positive Rechtswissenschaft. ... Nun bin ich selber kein Positivist im Sinne dessen, was Kelsen unter Wissenschaftlichkeit versteht; aber andererseits gibt es auch kein anderes als positives Recht.“ Die Auflösung des Systems positiver Normen und weithin von Normativität überhaupt erfolgte sukzessive. Für *Wilms* Die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, DVBl. 2000, 1249, ist der Staatsrechtswissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus sogar der wissenschaftliche Gegenstand zur Gänze „abhanden gekommen“.

dieser Bemerkung wohl weniger auf den äußeren Bedeutungsverlust des Faches als auf die Zersetzung der Disziplin durch ihren Gegenstand. Hatte *Schmitt*⁵⁹ es 1934 bei Übernahme der Herausgabe der Deutschen Juristen-Zeitung noch ausdrücklich als „falsch“ bezeichnet, die „neuen Aufgaben“ der Rechtswissenschaft „als etwas ‚Unjuristisches‘ hinzustellen“, wollte die Jurisprudenz sich nicht zum belanglosen „Nachläufer der Rechtsentwicklung“ machen, so war er mittlerweile jedenfalls im privaten Gespräch in Zweifel geraten. 1934 warnte er den Juristenstand „zu spät“ zu kommen: Die Rechtsentwicklung würde ohnehin nicht gestoppt, sie ginge „nur in andere Hände als die des deutschen Juristentums über.“⁶⁰ Dem veränderten Gegenstand wollte *Schmitt* mittels des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens nun auch in methodischer Hinsicht genügen. Nicht zufällig hob *Schmitt* in seiner Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ als Kennzeichen des neuen Staats- und Verwaltungsrechts den „Führergrundsatz“ hervor, der sich eben nicht „normativistisch“, sondern ausschließlich in Rückbindung an eine konkrete Ordnung und Gemeinschaft fassen ließe.⁶¹ Daß die Rechtfertigung jedweden brutalen Machtpruchs eines rechtlich schrankenlos agierenden Diktators in dieses Konzept einbegriffen war, zeigt *Schmitts* Beitrag „Der Führer schützt das Recht“, mit dem er nach dem sog. Röhm-Putsch die Ermordung der SA-Füh-

Begründet wird dies mit einem Rekurs auf den gerechtigkeits- und wertorientierten Rechtsbegriff von *Radbruch* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), in: ders., *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl. 1973, 345 f.; gegen *Radbruchs* These (ebd, 344), der Positivismus habe mit seiner Doktrin „Gesetz ist Gesetz“ den „deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen oder verbrecherischen Inhalts“, vgl. überzeugend *Walther* Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, in: *Dreier/Sellert* (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, 323 ff., mit dem Nachweis, daß der Juristenstand weder vor noch nach 1933 dem Rechtspositivismus frönte; ebenso *Franssen* Positivismus als juristische Strategie, *JZ* 1969, 775. Zum völkischen Naturrecht vgl. *Walther* ebd, 337 f., sowie *Anderbrügge* (Fn. 5), 179 ff.; abgesehen von der historischen Richtigkeitsfrage ist zudem auf den rechtsstaatsichernden Wert positivistischer Formbindung und Rechtstechnik zu verweisen. Zu *Radbruchs* Gerechtigkeitskonzeption vgl. jetzt auch *Buchholz-Schuster* *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln*, 1998, 40 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Roellecke* *Rechtsstaat – Nichtrechtsstaat – Unrechtsstaat*, *Rechtstheorie* Bd. 28 (1997), 299 ff., der Kriterien formuliert, nach denen etwa das absolutistische Preußen ein Nichtrechtsstaat, das NS-Regime hingegen ein Unrechtsstaat zu nennen ist.

⁵⁹ C. *Schmitt* Der Weg des deutschen Juristen, *DJZ* 1934, Sp. 697.

⁶⁰ C. *Schmitt* (Fn. 59), Sp. 698.

⁶¹ C. *Schmitt* (Fn. 13), 52.

rung als Akt „echter Gerichtsbarkeit“ legitimierte.⁶² Theoretisch noch weiter überhöht zeigte sich das Führeramt im Verständnis des Münchener Staatsrechtslehrers *Johannes Heckel*. Die Einordnung des „Führers“ als Staatsorgan, auch in Form des Diktators, wurde verworfen. Gegen Schmitts Klassifizierung als „konkrete Ordnungsfigur“ wandte *Heckel* ein, der von Gott erwählte „Volksführer“ sei doch der Schöpfer der „Volksordnung“ und kein von ihr erzeugtes und getragenes Organ.⁶³ *Heckel* zufolge sollte sich das „providentielle“ und kompetentiell schrankenlose Führeramt jedweder „juristischen Technisierung“ entziehen.⁶⁴ Spätestens an diesem Punkt hatte sich eine Staatsrechtswissenschaft, die Kompetenzen begründet und begrenzt, erledigt. Mit überlieferter Staatsrechtsdogmatik, Weimarer oder spätkonstitutionalistischer Prägung, hatte dies nichts mehr gemein.

Angesichts des tiefen Umbruchs in Staatsrecht und Staatsdenken lehnte die Mehrzahl der publizierenden Staatsrechtslehrer auch entschieden Versuche ab, die Weimarer Reichsverfassung „als Brücke zum neuen Recht“ aufzufassen.⁶⁵ Zwar könne man, schrieb *Hans Julius Wolff* nach dem „Ermächtigungsgesetz“, „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.“⁶⁶ Von einer echten Revolution als „Durchbruch eines neuen politischen Prinzips“⁶⁷ und Bereitung eines neuen Rechtsbodens gingen in der

⁶² C. Schmitt Der Führer schützt das Recht, DJZ 1934, Sp. 945 ff.

⁶³ J. Heckel Die Führerrede und das sog. Ermächtigungsgesetz vom 30. Januar 1937, DVerwBl. 1937, 58 f.

⁶⁴ J. Heckel (Fn. 63), 60.

⁶⁵ So insbes. J. Heckel (Fn. 63), 51 f., der den entsprechenden Ansatz von *Hachenburg/Bing* Juristische Rundschau, DJZ 1933, Sp. 481 f. (WRV als „Brücke zum Uebergang in ein neues Recht“), als dreiste „juristische Geschichtsfälschung ... von jüdischer Seite“ hinstellte.

⁶⁶ Wolff Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches, 1933, 5. Wolff war *Lepsius* (Fn. 5), 76, zufolge „kein Nationalsozialist“; vgl. auch *Battis* Ein deutscher Staatsrechtslehrer in der NS-Zeit, NJW 1989, 884 f.

⁶⁷ Scheuner Die nationale Revolution, AöR N.F. Bd. 24 (1934), 169; ähnlich *ders.* Die staatsrechtliche Bedeutung des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich, Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, XXVII Jg. (1933), Sp. 899; ebenso *Koellreuter* Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution, 1933, 10; *Herrfahrdt* (Fn. 53), 7 u. passim, sowie *Walz* Das Ende der Zwischenverfassung, 1933, 20; vgl. weiter *Poetzsch-Heffner/Ule/Dernedde* Vom Deutschen Staatsleben (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933), JöR Bd. 22 (1935), 5 ff., u. *Walz* Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? DJZ 1933, Sp. 1336, der die „W. ZwVerf“ als „tot“ bezeichnet, aber einzelne ihrer Bestimmungen als eine zweite „Verfassungsschicht“ fortgelten sieht; so entstehe das Phänomen einer „Verfassungsüberlagerung“.

Sache aber neben *Wolff* u. a. *Ulrich Scheuner*, *Heinrich Herrfahrdt*, *Gustav Adolf Walz*, *Koellreutter*, *Huber*, *Schmitt* und auch der dem Nationalsozialismus durchaus fernstehende *Heinrich Triepel* aus, der das Oxy-moron „legale Revolution“ prägte.⁶⁸ Die nach herrschender Weimarer Auffassung inhaltlich unbegrenzte Verfassungsänderungskompetenz gemäß Art. 76 WRV diente jetzt lediglich noch dazu, einen nützlichen äußeren Legalitätsgewinn zu erzielen.⁶⁹ *Schmitt*, der in Weimar noch eine materielle Begrenzung der verfassungsändernden Gewalt vertreten hatte, erklärte, es sei „nicht ohne Wert, daß ein System sich in aller Form gemäß seiner eigenen Legalität selber aufgibt“,⁷⁰ und *Heckel* sah darin die Kapitulation eines überwundenen politischen Gegners in der

⁶⁸ *Triepel* Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung, Deutsche Allgemeine Zeitung vom 2. April 1933 (72 Jg., Nr. 157); hierzu *Gassner* Heinrich Triepel. Leben und Werk, 1999, 398 ff.; zu Triepels kritischer Haltung vgl. *Becker* „Schritte auf einer abschüssigen Bahn“, 1999, 60 ff. u. passim. Triepels „Bereitschaft zu Verständnis und Verständigung war dem Dritten Reich gegenüber nach kurzer Zeit erschöpft“, schreibt *Smend* Heinrich Triepel, in ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 607; Gesamtwürdigung bei *Hollerbach* Zu Leben und Werk Heinrich Triepels, AöR Bd. 91 (1966), 417–441. Gemessen an den Vorschriften der WRV war das sog. „Ermächtigungsgesetz“ laut BVerfGE 6, 309/331, „ungültig“. Die Illegalität dieses Gesetzes sieht *Schneider* Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, 2. Aufl. 1961, 45, jedenfalls durch das Ausbleiben der vorgeschriebenen Mehrheit im Reichsrat begründet; ebenso *Grawert* Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 1987, 146. Einen „klaren Bruch mit der Verfassungssubstanz“ und verfassungsrechtliche Mängel beim Zustandekommen des Gesetzes diagnostiziert *Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 2000, 781. Gegen die insbesondere von Hitler selbst instrumentalisierte Legalitätsbehauptung auch *Bracher* Stufen der Machtergreifung, Ausgabe 1979, 235.

⁶⁹ Laut *E.R. Huber* (Fn. 28), 49, bedeutet Legalität hier eine „äußere Überbrückung der Kluft, die in Wahrheit zwei wesensverschiedene Ordnungen trennt. Rücksichten auf das technische Funktionieren des Justiz- und Verwaltungsapparates sind die eigentlichen Gründe für die Methode der Legalität.“ Nur einzelne Bestimmungen der abgedankten Verfassung sollten auf Grund und im Rahmen der neuen Herrschaftsordnung Anwendung finden. Zur Debatte um „Konstruktionsfehler“ der Weimarer Reichsverfassung vgl. *Böckenförde* Weimar – Vom Scheitern einer zu früh gekommenen Demokratie, DÖV 1981, 946 ff.; *Pauly* Die neue Sachlichkeit der Staatsrechtslehre in der Demokratie, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. I, Nachdruck 1998, 13 ff., sowie *Roellecke* Konstruktionsfehler der Weimarer Reichsverfassung, Der Staat Bd. 35 (1996), 599 ff. mwN.

⁷⁰ *C. Schmitt* (Fn. 10), 8; zum Meinungswechsel bei Schmitt vgl. einerseits *ders.* Verfassungslehre, 1928, 16 ff. u. 102 ff., sowie andererseits *ders.* Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, DJZ 1933, Sp. 455. Hierzu *Pauly* Die Stellung der Weimarer Reichsverfassung in der deutschen Verfassungsgeschichte, in: *Eichenhofer* (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, 19 ff. mwN.

Sprache, „die für ihn amtlich ist“.⁷¹ Die Geltung der revolutionär begründeten Ordnung sollte hiernach gleichwohl auf vollkommen neuer Grundlage stehen und keiner legitimatorischen Schützenhilfe seitens der abwertend sog. „Zwischenverfassung“ bedürfen, deren Scheitern an Parlament und Parteien den Beteiligten noch deutlich vor Augen stand.

Mit dem Ende des Weimarer Systems waren zugleich Aufgabe und Auflösung der überlieferten rechtsdogmatischen Begriffe und Figuren verbunden. Parallel zur Apotheose des „Führers“ verlief zunächst der Verfall des Gesetzesbegriffs. Entkleidet seiner Allgemeinheit sowie seiner rechtsstaatlich-gewaltenteiligen und demokratisch-parlamentarischen Funktion bedeutete „Gesetz“ nun in den Worten *Hubers* einen „Entscheid des Führers, der den Willen in einem förmlichen Befehl zum verbindlichen Rechtssatz erhebt.“⁷² Die „Artgleichheit“ von „Führer“ und Volk sollte dabei ein Abgleiten in Kommandieren und Diktieren, in Despotie und Tyrannei verhindern.⁷³ Jeder Akt gesetzgebender Gewalt mußte sich auf den „Führer“ als ihren „Träger“ zurückführen lassen,⁷⁴ der im Wege der Delegation zur Absicherung seiner exklusiven Stellung ein System der „geplanten Strukturlosigkeit“ errichtete.⁷⁵ Diskutiert wurde allerdings ein „Vorbehalt des Führerentscheids“, demzufolge die „Entfaltung der völkischen Lebensordnung durch Rechtsgebote obersten Ranges ... nur durch Entscheid des Führers“ oder aufgrund einer „besonderen Ermächtigung“ des Führers durch einen „Unterführer“ zulässig sein sollte.⁷⁶ Die zunächst verblichene Frage nach einem „Vorbehalt des Gesetzes“ griff *Huber* erst 1944 auf, und er forderte nunmehr, daß der „Aufbau und die Funktionen des Staates wie die Rechts- und Pflichtenstellung des Einzelnen durch Rechtssätze und in der Form des Gesetzes geordnet sind.“⁷⁷ Zu den Gesetzen rechnete er dabei aller-

⁷¹ *J. Heckel* (Fn. 63), 54f.

⁷² *E.R. Huber* (Fn. 28), 242.

⁷³ *C. Schmitt* (Fn. 10), 41f.; Gesetzgebung sei nicht nur ein herrschaftlicher Akt, sondern auch ein Mittel der Führung, äußert *Ule* Herrschaft und Führung im national-sozialistischen Reich, *VerwArch.* Bd. 45 (1940), 39ff. mwN.

⁷⁴ *E.R. Huber* (Fn. 28), 237.

⁷⁵ Hierzu *Kirschenmann*, 'Gesetz' im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS, 1970, 133ff.; daß *Huber* in einem späteren Beitrag laut *Kirschenmann* ebd., 117f., „unvermittelt“ mehrere Gesetzgeber anerkannt habe, leuchtet nicht recht ein: Auch insoweit beruft sich *Huber* Reichsgewalt und Reichsführung im Kriege, *ZgesStW* Bd. 101 (1941), 571, auf „Delegation“.

⁷⁶ *E.R. Huber* (Fn. 28), 254 mwN.

⁷⁷ *E.R. Huber* Schrifttum. Weber, Werner: Die Verkündung von Rechtsvorschriften, *ZgesStW* Bd. 104 (1944), 338. Zuvor hatte *Huber* (Fn. 28), 253f., einen Vorbehalt des Gesetzes noch abgelehnt.

dings im Einklang mit der herrschenden Auffassung und Staatspraxis neben Reichstags- und volksbeschlossenen Gesetzen auch Regierungsgesetze, Führererlasse sowie gesetzeskräftige Ministerratsverordnungen. Die dem Konstitutionalismus vertraute Unterscheidung von Gesetzen im formellen und materiellen Sinne war schon frühzeitig aufgegeben worden,⁷⁸ wenn auch die alte Terminologie insbesondere mit der Abschichtung von abhängigen und selbständigen Führerverordnungen imitiert wurde.⁷⁹ Was das Gesetz in diesem weiten Sinne von Maßnahmen anderer Art abheben sollte, war neben der Selbstetikettierung ein im einzelnen vergleichsweise unbestimmtes „Minimum an Form“, in der Regel Publizität durch Verkündung.⁸⁰ Bezeichnend ist der Appell *Werner Webers*, die „Ordnung des Verkündungswesens, auch dort, wo sie verschüttet ist, wieder zur vollen Anerkennung zu bringen“.⁸¹

In der zeitgenössischen wissenschaftlichen Diskussion blieben gerade auch solche Begriffe der alten Staatsrechtsdogmatik präsent, die eng mit der liberal-rechtsstaatlichen Tradition verbunden waren. Umkämpft waren insbesondere der Rechtsstaatsbegriff selbst, die Gesetzesbindung der Verwaltung und das subjektive öffentliche Recht – Begriffe, die einzelne beibehalten und umformen, andere aber aufgeben und ggf. erset-

⁷⁸ Vgl. nur *Höhn* Das Gesetz als Akt der Führung, DR 1934, 435, sowie *E.R. Huber* (Fn. 28), 247, demzufolge der „politische Sinn der Unterscheidung von Sachbegriff und Formbegriff des Gesetzes weggefallen“ ist. Das Parlament diene ohnehin nur noch als „Resonanzboden für Maßnahmen der Führung“ und sollte in dieser Form als das „modernste“ der Welt gelten; vgl. *Kötgen* Vom Deutschen Staatsleben (vom 1. Januar 1934 bis zum 30. September 1937), JöR Bd. 24 (1937), 78.

⁷⁹ *E.R. Huber* (Fn. 28), 252.

⁸⁰ Hierzu im einzelnen *Kirschenmann* (Fn. 75), 28, 97 u. 129 ff.

⁸¹ *Weber* Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942, 50. Im Falle einer „existentiellen Gefährdung von Volk und Staat“ sollten *E.R. Huber* (Fn. 77), 338, zufolge allerdings form-, verfahrens- und verkündungsbefreite Maßnahmen an Stelle eines Gesetzes ergehen dürfen. Erheblich weiter *Maunz* Gestalt und Recht der Polizei, 1943, 27, wonach die Polizei auch jenen Willen des „Führers“ zu erfüllen habe, der in anderer Weise als in Gesetzesform kundgetan sei und sei es auch nur „in sehr allgemeinen Umrissen“. Dagegen hatte *Huber* (Fn. 28), 242, etwa „Führerreden“ lediglich den Rang eines verbindlichen Auslegungsmaßstabes zugemessen. Unterstützung hat *Werner Weber* insbesondere durch *Koellreutter* Recht und Richter in England und Deutschland, Verwaltungsarchiv Bd. 47 (1942), 228 ff., erhalten, der sich entsprechend seines Konzeptes eines „nationalen Rechtsstaates“ für ein Mindestmaß juristischer Formwahrung einsetzte, um eine „kalte Bolschewisierung“ zu verhindern. Neben der Gesetzesverkündung betraf *Koellreutters* Plädoyer gegen die Lehren von *Walter Sommer* und *Werner Best* die Aufrechterhaltung der Scheidung von Rechtsprechung und Verwaltung sowie der Rechtsbindung – jedenfalls in „normalen“ Zeiten.

zen wollten. So wollte *Koellreutter* wegen der „völkischen Sinneinheit von Staat und Recht“⁸² sein 1932 entstandenes Konzept des nationalen Rechtsstaates im Nationalsozialismus fortschreiben.⁸³ Die seit 1933 eingerichteten Konzentrationslager hielt *Koellreutter* für keine „betont rechtsstaatliche Einrichtung“, aber zur Absicherung der „neuen Staats- und Rechtsgrundlagen“ zeitweilig unentbehrlich.⁸⁴ Weil der Rechtsstaat keinen „Ewigkeitswert“ darstelle, sondern untrennbar mit seiner liberalen Genese verbunden sei, bezichtigte *Forsthoff* *Koellreutter* liberaler Reminiszenzen.⁸⁵ In diesem „Streit bloß um Worte“, wie *Helffritz* urteilte,⁸⁶ sperrte sich auch *Schmitt* gegen die Begriffsübernahme; allenfalls könne das Wort in der Formel „der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers“, die der Reichsminister Frank vorgegeben hatte, fortgeführt und schließlich überwunden werden.⁸⁷ Gleichwohl pochten *Schmitt* und zur Erhaltung der Effektivität der Verwaltungsmaschinerie auch *Forsthoff* auf die Wahrung der Gesetzesbindung der Verwaltung,⁸⁸ während etwa der ihnen in der etatistischen Grundposition verbundene *Huber* für eine Ersetzung der Gesetzes- durch eine spezifisch nationalsozialistische Rechtsbindung plädierte.⁸⁹ Im Rahmen dieser Rechtsbindung sollte *Theodor Maunz* zufolge vor allem die „Lebensordnung der Volks-

⁸² *Koellreutter* Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat, DJZ 1934, Sp. 626.

⁸³ *Koellreutter* Der nationale Rechtsstaat, DJZ 1933, Sp. 517ff., und zuvor *ders.* Der nationale Rechtsstaat. Zum Wandel der deutschen Staatsidee, 1932. Zustimmend *Tatarin-Tarnheyden* Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat, AöR Bd. 24 N.F. (1934), 348.

⁸⁴ *Koellreutter* Der Deutsche Führerstaat, 1934, 21.

⁸⁵ *Forsthoff* Schrifttum. Otto Koellreutter: Der deutsche Führerstaat, JW 1934, 538.

⁸⁶ *Helffritz* (Fn. 8), 433: „Strittig war nicht die Sache, sondern ihr Name.“

⁸⁷ *C. Schmitt* Der Rechtsstaat, in: Frank, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 1935, 10, wieder abgedruckt in *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos, hrsg. v. Maschke, 1995, 108ff.; ähnlich zuvor *ders.* Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 717, wonach man nur noch vom „nationalsozialistischen deutschen Rechtsstaat“ sprechen dürfe. Einen Abschluß bildet dann *ders.* Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat“?, ZgesStW Bd. 95 (1935), 189ff., wiederabgedruckt in *C. Schmitt* Staat, Großraum, Nomos, a.a.O., 121 ff.

⁸⁸ *C. Schmitt* Nationalsozialismus und Rechtsstaat (Fn. 87), 716f., *E. Forsthoff* (Fn. 27), 399, u. ebenso *Koellreutter* (Fn. 82), Sp. 629. Das „Anlehnungsbedürfnis der Verwaltungspraxis gegenüber der positiven Weisung“ betrachtete *Köttgen* Deutsche Verwaltung, 3. Aufl. 1944, 15, ähnlich wie *Forsthoff* zunächst als ein „rein technisches Phänomen“, um die Verwaltungsmaschinerie im Massenbetrieb am Laufen zu halten.

⁸⁹ *E.R. Huber* Neue Grundbegriffe des hoheitlichen Rechts, in: Dahm u.a., Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, 177; ähnlich *Maunz* Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934, 47; zum Streitstand *Jerusalem* Gesetzmäßigkeit der Verwaltung oder Rechtmäßigkeit der Verwaltung? FS Hedemann, 1938, 108f., Fn. 8.

gemeinschaft“ als Rechtsquelle zum Tragen kommen.⁹⁰ Letztlich drehte sich aber auch dieser Streit eher um Worte, weil die Anhänger der Gesetzesbindung eine Auslegung gerade der älteren Gesetze im „nationalsozialistischen Sinne“ verlangten⁹¹ und die Befürworter der Rechtsbindungslehre die unbedingte Befolgung von „Führergesetzen“ forderten.⁹² So sorgte auf einmal statt des Rechtsstaats- das Führerprinzip für die Aufrechterhaltung der Gesetzesbindung der Verwaltung. In die Defensive geriet schließlich auch die Rechtsfigur des subjektiven öffentlichen Rechts. Wer sie aufrechterhalten wollte, wie zunächst *Koellreuter*, deformierte sie, indem er sie bedingungslos und unkonturiert den Belangen des neuen Systems unterordnete.⁹³ Weil an die Stelle des „isolierten, abstrakten Individuums“, das sich dem „Volksganzen“ entgegenstellt, die in die Gemeinschaft eingeordnete „Persönlichkeit“ getreten sei,⁹⁴ fordern u. a. *Huber*, *Höhn*, *Maunz* und *Scheuner* die Verabschiedung der subjektiven öffentlichen Rechte einschließlich der Grundrechte zugunsten einer „volksgenössischen Rechtsstellung“.⁹⁵ Diese vor allem pflichtgebundene Rechtsstellung sollte den „Wirkungsraum“ bemessen, den der einzelne „Volksgenosse“ nach seinen „Anlagen und Kräften, nach seiner Einsatzbereitschaft und nach seinen Lei-

⁹⁰ *Maunz* Die Rechtmäßigkeit der Verwaltung, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 65. Damit erfaßte der Rechtsbegriff inhaltlich noch mehr als der aufgelöste Gesetzesbegriff. Zu *Maunz* vgl. *Stolleis* Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, 1998, 323 ff., sowie *Roellecke* Theodor Maunz und die Verantwortung des Öffentlichrechtlers, ebd. 333 ff.

⁹¹ *C. Schmitt* (Fn. 88), 717.

⁹² *E.R. Huber* (Fn. 89), 177 f., u. *Maunz* (Fn. 32), 40, sowie *ders.* (Fn. 90), 62 f.; der markige Satz von *Sommer* Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Deutsche Verwaltungsblätter Bd. 85 (1937), 427, „Eine gesunde Verwaltung hat mit Paragraphen überhaupt nichts zu tun“, blieb insofern ohne Gefolgschaft.

⁹³ *Koellreuter* (Fn. 51), 83; Ablehnung dieser Rechtsfigur dann bei *dems.* Deutsches Verwaltungsrecht, 1938, 19. Zaghafte Versuche einer ausnahmsweisen Anerkennung bei *Köttgen* (Fn. 88), 115 u. 191 ff.

⁹⁴ *Scheuner* Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft, in: Frank (Hrsg.), Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, 83 u. 90.

⁹⁵ So in der Sache noch vor *Hubers* Begriffsprägung: *Höhn* Das subjektive öffentliche Recht und der neue Staat, DRW 1. Jg. (1936), 49 ff., mit entsprechendem Angriff auf *Koellreuter* (ebd. 65); *Maunz* Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, ZgesStW Bd. 96 (1936), 71 ff.; in diese Richtung hatte sich zuvor schon der Dresdner Obergerwaltungsgerichtsrat *Heinrich Krüger* geäußert, der die „Volksgemeinschaft“ an die Stelle der subjektiven öffentlichen Rechte treten lassen wollte; vgl. *Krüger* Volksgemeinschaft statt subjektiver Rechte, DV Bd. 12 (1935), 37 ff., insbes. 41. Zum Ende des subjektiv-öffentlichen Rechts vgl. weiter *Stolleis* Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, 1974, 241 ff.

stungen verdient.“⁹⁶ Bezugspunkt war dabei die je konkrete Ordnung, in welcher das „artgleiche“⁹⁷ Glied auf Grund seiner Abstammung, Heimat, Erziehung, Beruf und politischem Dienst „darinnensteht“.⁹⁸ Aufgrund der „Einheit des Gemeinschaftsrechts“ wurden die ordnungs-immanenten Restriktionen auch auf privatrechtliche Positionen erstreckt.⁹⁹ Die Verwirkung der „volksgenössischen Rechtsstellung“ sollte dabei keinen Eingriff von außen, sondern eine wesensnotwendige Folge der apriori bestehenden Gemeinschaftsbindung darstellen.¹⁰⁰ Soweit aus der Gliedstellung Rechte resultierten, dienten diese und der entsprechende Rechtsschutz in erster Linie dem Schutz der „völkischen Ordnung“ als Ganzem und nicht dem Individualinteresse.¹⁰¹ Vorge schlagen wurde sogar eine gänzliche Einstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit,¹⁰² daneben aber auch eine „Arbeitsteilung“ zwischen Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, wonach die Gerichte nicht länger „aufheben“ und „verurteilen“, sondern nur noch Feststellungen treffen sollten.¹⁰³ Überdies forderte man von der anfangs zum Teil noch

⁹⁶ E.R. Huber Die Rechtsstellung des Volksgenossen, ZgesStW Bd. 96 (1936), 445. Auf eine Objektivierung der Grundrechtsposition in Richtung „öffentlicher Ordnung“ hatte Huber schon in einem Archivaufsatz Ende der Weimarer Republik hingearbeitet, den er nun als Vorstoß ohne durchschlagenden Erfolg verbuchte (ebd., 440); vgl. E.R. Huber Bedeutungswandel der Grundrechte, AöR Bd. 23 N.F. (1933), 1. Zur „volksgemeinschaftlichen Pflichtenordnung“ vgl. weiter Weber Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, 1943, 5 ff.

⁹⁷ Ausrichtung des Gleichheitsgedankens auf „blutmäßige Artgleichheit“ mit der Konsequenz der „Absonderung der artfremden Elemente, insbesondere der Juden“, u. a. bei Scheuner (Fn. 55), 267; vgl. weiter Walz Artgleichheit gegen Gleichartigkeit, 1938, 9 ff.; zum nationalsozialistischen Begriff der „völkischen Ungleichheit“ und zum Prinzip des Sonderrechts Majer Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, 1987, 156 ff. mwN.

⁹⁸ Scheuner (Fn. 94), 84 u. 89. In gewiß verändertem Sinne findet sich der Grundrechtsabschnitt bei Maunz Deutsches Staatsrecht, 1. Aufl. 1951, 70 ff., unter den Titel „Grundrechte und Ordnungen in der Bundesrepublik“ gefaßt.

⁹⁹ E.R. Huber (Fn. 89), 150 f.

¹⁰⁰ E.R. Huber (Fn. 96), 447.

¹⁰¹ E.R. Huber (Fn. 96), 450; ders. Justiz und Verwaltung, DR 1935, 401; Scheuner (Fn. 94), 96.

¹⁰² Höhn (Fn. 95), 61 f. Entsprechend dient laut Jerusalem Das Verwaltungsrecht und der neue Staat, FS Hübner, 1935, 148, auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit nicht der Verteidigung subjektiver Rechte, sondern der staatlichen „Ordnung“.

¹⁰³ Maunz Die Zukunft der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DR 1935, 480 ff.; zur Einordnung vgl. Stolleis Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 190 ff.; Gesamtdarstellung der Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im „Dritten Reich“ bei Kohl Das Reichsverwaltungsgericht, 1991, 399 ff.; zur Rechts-

renitenten Verwaltungsgerichtsbarkeit eine Zurücknahme der Nachprüfung politischer Akte in einem weiteren Umfange, als es für den Bereich der Gestapo seit 1936 für Preußen gesetzlich angeordnet war.¹⁰⁴

Nach 1945 ist immer wieder die Frage gestellt worden, ob neben diesen Verfallsprozessen nicht wenigstens durch die Konzentration der Wissenschaft auf die Verwaltungszwecke, die Betonung von Verwaltungslehre und Planung sowie schließlich durch die Entwicklung der „Daseinsvorsorge“ Fortschritte erzielt worden sind.¹⁰⁵ In der Tat erfaßten Teile der Verwaltungsrechtswissenschaft „Langzeitentwicklungen“ des 20. Jahrhunderts, insbesondere im Verhältnis von Interventionsstaat und Industriegesellschaft, die, wie man gesagt hat, „durch den Nationalsozialismus hindurch“ gingen.¹⁰⁶ Sehschärfe und Innovationsvermögen verdankten sich dabei nicht zuletzt einer Öffnung für die Verwaltungswirklichkeit, zu der die rein juristische Methode nicht befähigte, und einem Bruch mit der überkommenen Rechtsformenlehre, die auf die Entstehung neuer Tätigkeitsbereiche der Verwaltung wenn überhaupt, dann nur mittels ihrer begrenzten Formsprache zu reagieren vermochte.¹⁰⁷ Wenn die Betonung der Verwaltungslehre unter Berufung auf *Lorenz von Stein* auch weitgehend programmatisch blieb,¹⁰⁸ die Be-

schutzfunktion der Gerichte insgesamt *Echterhöller* Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat, 1970, 85 ff.

¹⁰⁴ *Scheuner* Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen, RVerwBl. 1936, 441; vgl. weiter *H.P. Ipsen* Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte, 1937, mit zustimmender Besprechung durch *Scheuner* Literatur, AöR Bd. 30 N.F. (1939), 363 ff., sowie *E.R. Huber* „Politik und Justiz“, ZgesStW Bd. 98 (1938), 193 ff., demzufolge „diejenigen Hoheitsakte der direkten oder indirekten richterlichen Nachprüfung entzogen werden müssen, die die Lebensordnung des deutschen Volkes, einschließlich der Partei- und Staatsverfassung, gegen existentielle Gefährdung (insbesondere Verrat und Zersetzung, offenen und verdeckten Angriff, aber auch gegen wirtschaftliche Not) verteidigen“ (ebd., 200). Vgl. hierzu auch *Stolleis* Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 201.

¹⁰⁵ Vgl. *Meyer-Hesemann* Modernisierungstendenzen in der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, ARSP Beiheft 18, 1983, 140, insbes. 145 ff., sowie *Stolleis* (Fn. 3), 366 ff. Zur historischen Debatte allgemein vgl. Prinz/Zitelmann (Hrsg.), Nationalsozialismus und Modernisierung, 2. Aufl. 1994, sowie *Mommson* Nationalsozialismus als vorgetäuschte Modernisierung, in: ders., Der Nationalsozialismus und die deutsche Gesellschaft, 1991, 405 ff.

¹⁰⁶ *Stolleis* (Fn. 3), 351.

¹⁰⁷ *Meyer-Hesemann* Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, 81; ders. (Fn. 105), 145; *Stolleis* (Fn. 3), 366 f.

¹⁰⁸ So fehlte es laut *Wacke* Zur Arbeit an der Verwaltungswissenschaft, ZAKDR 1942, 83, „noch immer an der Entwicklung einer eigentlichen Verwaltungswissenschaft“, und *Köttgen* Aufgaben und Methoden der verwaltungsrechtlichen Forschung, Jahrbuch für

deutung der Planung in engem Zusammenhang mit dem Führerprinzip stand,¹⁰⁹ das Interesse an Raumordnung geopolitische Motive hatte¹¹⁰ und schließlich die Zweckorientierung der Verwaltungsrechtslehre auch Ausdruck einer politischen Instrumentalisierung war,¹¹¹ so sind einzelne Entwicklungsschritte doch von überdauerndem Charakter gewesen. Zu nennen ist hier zunächst *Arnold Köttgen*, der in seinem Lehrbuch „Deutsche Verwaltung“ die Verwaltungsaufgaben nach dem zukunftsweisenden Schema „Polizei“ als Synonym für „Eingriff“, „Lenkung“, „Fürsorge“ und Finanzbedarfsdeckung systematisierte.¹¹² Besondere Hervorhebung verdient in diesem Zusammenhang *Ernst Forsthoff* mit seinem Konzept der „Daseinsvorsorge“, das ihm zufolge die primäre Verwaltungsfunktion bezeichnete.¹¹³

Was *Forsthoff* mit einem Wort *Karl Jaspers* zunächst Daseinsfürsorge nannte,¹¹⁴ galt einer „sozialen Bedürftigkeit“, in die der moderne

Kommunalwissenschaften Bd. 6 (1938), 223, zufolge konnte man kaum behaupten, „daß bereits heute eine methodisch hinreichend gesicherte Verwaltungslehre vorhanden wäre“. Zumindest einen Zuwachs an „Aufsätzen“ konzidiert *Peters* Der Stand der deutschen Verwaltungswissenschaft, Beamten-Jahrbuch 1939, 146. Vgl. auch *Wacke* Lorenz von Stein als Begründer des Verwaltungsrechts, ZgesStW Bd. 102 (1942), 259 ff. und hierzu insgesamt *Stolleis* Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus, in: ders. (Fn. 7), 171 ff.

¹⁰⁹ Vgl. nur *Forsthoff* Führung und Planung, DR 1937, 48 f.

¹¹⁰ Vgl. *Stolleis* (Fn. 3), 369, der neben der Ressourcennutzung in Bau- und Siedlungspolitik den Zusammenhang mit Schmitts Konzept einer Großraumordnung betont.

¹¹¹ Insbesondere bei *Höhn* Das Führerprinzip in der Verwaltung, DR 1936, 305 f., der den Verwaltungsapparat ganz in den Dienst der „Führung“ stellt.

¹¹² *Köttgen* (Fn. 88), 1. Aufl. 1936, 140 ff., sowie 3. Aufl. 1944, 147 ff., wo nun allerdings *Forsthoffs* „Daseinsvorsorge“ den Platz der „Fürsorgeverwaltung“ eingenommen hat; aufgegriffen bei *Badura* Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, 20 f.

¹¹³ *Forsthoff* Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, 46. Hierzu *Storost* Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells, in: Heyen (Hrsg.), Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime, 1984, 169 ff.

¹¹⁴ *Forsthoff* (Fn. 27), 400; die Vokabel findet sich zuvor bei *Jaspers* Die geistige Situation der Zeit, 2. Aufl. 1931, 31 u. 100, der die „Situation der neuen Gebundenheit jedes Einzelnen an die Orte der soziologischen Maschinerie“ beschreibt und dabei von einer „Massenversorgung in rationaler Produktion auf Grund technischer Erfindungen“ handelt. Auf tiefere geistesgeschichtliche Wurzeln der „Vorsorge für das Dasein“, die über Lorenz von Stein zu Hegel reichen, der u. a. die „polizeiliche Vorsorge“ in § 249 seiner Rechtsphilosophie behandelt, vgl. *E.R. Huber* Vorsorge für das Dasein, FS *Forsthoff*, 1972, 139 ff.; demgegenüber kritisch *Scheidemann* Der Begriff Daseinsvorsorge, 1991, 20 ff. u. 91 ff.

Mensch auf Grund einer permanenten Verengung des vom einzelnen selbst beherrschten Lebensraums geraten sei.¹¹⁵ Niemand verfüge autark über elementare Lebensgüter wie beispielsweise Wasser, Gas, Elektrizität, „Telephonie“ und „hygienische Sicherung“ – alles Güter, die nur durch solidarische Veranstaltungen vorgehalten werden könnten.¹¹⁶ Daß es *Forsthoff* hierbei gerade nicht um Hilfe in individueller Not ging, sollte der 1938 in der Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ eingeführte Terminus „Daseinsvorsorge“ verdeutlichen.¹¹⁷ Jeder Mensch habe sich im modernen Staat durch die Teilhabe an den vorsorgenden Einrichtungen und Leistungen der Verwaltung zu behaupten, womit der „Teilhabe“ im Vergleich zur Garantie individueller Freiheit ein höherer Stellenwert zukomme. *Forsthoff* wollte die Teilhabe deswegen zu einem Recht verfestigt sehen, für das sogar „ein geordneter Rechtsschutz zwingend vorzuschreiben“ sei.¹¹⁸ Mit gewachsenen Ordnungen „volklichen Lebens“, die ohne staatliche „Zutat“ in sich ruhen, hatte diese institutionelle Reaktion auf die „soziale Empfindlichkeit des modernen Massendaseins“¹¹⁹ nichts zu schaffen.¹²⁰ Ebenso wie durch die wirkungsmächtige moderne Technik und das schicksalbestimmende Arbeits- und Wirtschaftsleben sah *Forsthoff* den Verwaltungsstaat hier zur Sozialgestaltung gefordert. Ein „Rückzug des Staates aus der Daseinsvorsorge“ könnte von daher „unter keinen Umständen je ein vollständiger sein“; die „erststellige“ Verantwortung des Staates für eine „sozialgerechte Gestaltung der Leistungsbeziehungen“ ließe sich allenfalls in eine „subsidiäre“ mittels einer „Oberaufsicht“ verwandeln.¹²¹ Vielsagend urteilte *Huber* 1941, in der Schrift von *Forsthoff* sei „eine der

¹¹⁵ *Forsthoff* (Fn. 113), 4 ff.

¹¹⁶ *Forsthoff* (Fn. 113), 6 f.; das Verständnis der Daseinsvorsorge als „eine Art von Ersatz für jene überholten Sicherungen ..., welche die Grundrechte in sich beschlossen“ (ebd., 46), weist *Friedrich* Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1997, 408, zu Recht „als der Zeit der Diktatur und der damaligen Liquidierung des Rechtsstaates verhaftet“ zurück.

¹¹⁷ Absetzung von der „Fürsorge“ bei *Forsthoff* (Fn. 113), 5 Anm. 6, 41 u. 47; *Koellreuter* Die Verwaltung als Leistungsträger, Reichsverwaltungsblatt 1941, 650, lobte die Schrift als „Verwaltungslehre im besten Sinne“. Schilderung des zugrundeliegenden „soziologischen“ Befundes auch bei *Köttgen* Deutsche Verwaltung, 1936, 159, der hieran die Notwendigkeit einer „Fürsorge“ knüpft.

¹¹⁸ *Forsthoff* (Fn. 113), 19, 38, 45 u. 50; wohl zu Unrecht leugnet *Meyer-Hesemann* (Fn. 105), 150 f., die bei *Forsthoff* angedachte Rechtsschutzbewährung. Betonung der „Teilhabe“ auch bei *E.R. Huber* (Fn. 96), 446, bezogen auf sein Konzept der volksge-nössischen Rechtsstellung.

¹¹⁹ *Forsthoff* (Fn. 27), 398.

¹²⁰ *Forsthoff* (Fn. 113), 48.

¹²¹ *Forsthoff* (Fn. 113), 49.

wenigen Leistungen von dauerndem Wert zu sehen, deren sich die Verwaltungsrechtslehre unserer Zeit rühmen“¹²² könne. Völlig zu Recht hat *Michael Stolleis* den Erfolg, den das Konzept der „Daseinsvorsorge“ trotz seiner Entstehung im nationalsozialistischen Kontext in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre hatte, auch auf die „einleuchtende Begriffsprägung“ durch einen „glücklichen Griff“ zurückgeführt.¹²³

IV. Schlußbetrachtung

So wie *Ernst Friesenhahn* gelegentlich der Aussprache der Staatsrechtslehrertagung 1954 in Tübingen zwischen Staatsrechtslehrern unterschied, die den Nationalsozialismus hochgebracht, ja ihm „propagandistische Fanfaren geblasen haben“, und solchen, „die nichts anderes getan haben als das, was das Schicksal des Staatsrechtslehrers ist,“ nämlich „das positive Verfassungsrecht der jeweiligen Zeit auszulegen“,¹²⁴ so lassen sich auch Texte bzw. die von ihnen behandelten Gegenstände scheiden. Entsprechend konnten auch einzelne Leistungen, die zwar in der Zeit der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft entstanden waren, aber der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft Anknüpfungspunkte boten, für die Disziplin traditionsbildend wirken.

¹²² *E.R. Huber* Schrifttum. Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, ZgesStW Bd. 101 (1941), 411.

¹²³ *Stolleis* (Fn. 3), 367.

¹²⁴ *Friesenhahn* Aussprache: Die Berufsbeamten und die Staatskrise, VVDStRL 13 (1955), 169: „Ich unterscheide sehr genau zwischen denjenigen, die dazu beigetragen haben, den Nationalsozialismus hochzubringen, ihn ideologisch unterstützt haben und propagandistische Fanfaren geblasen haben, und denen, die nichts anderes getan haben als das, was das Schicksal des Staatsrechtslehrers ist, das positive Verfassungsrecht der jeweiligen Zeit auszulegen.“ Hierin kommt die Gegenstandsgebundenheit der insoweit eben nicht vollkommen autonomen Staatsrechtsdogmatik zum Ausdruck; vgl. auch *Stolleis* (Fn. 3), 316, mit der treffenden Kapitelüberschrift „Zerstörung und Selbstzerstörung eines Faches“ und mit Hinweis auf den „Substanzverlust des positiven Staatsrechts“ (ebd., 343) sowie auf die von den Autoren durchaus erkannte „Anomie des NS-Staates“. Die „kooperierende Funktionselite, bei der es gerade auf die emotionale Innenseite nicht ankommt“, wird durch Friesenhahns Unterscheidung allerdings nicht von Verantwortung eingewaschen; wohl bestehen Abstufungen im Hinblick auf die gezeigte „Nähe zum System“ wie die Intensität der Unterstützung; vgl. *Stolleis* ebd., 407 ff., der zunächst historische Analyse und moralische Beurteilung deutlich voneinander absetzt (ebd., 248). Zur Einbettung von Friesenhahns Äußerung in ihren damaligen Diskussionszusammenhang vgl. *Kirn* Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? 1972, 253 ff.

Dem Gros der Schriften fehlte jedoch schon wegen der behandelten Gegenstände die Anschlußfähigkeit; viele Ausführungen, insbesondere zum Rasseprinzip, erscheinen im Rückblick überaus beschämend. In dem Maße, in dem sich die Wissenschaft der faktischen Gewaltstrukturen des Maßnahmestaates unter Aufgabe normativer Orientierungs- und Bewertungsmuster angenommen hatte, war nicht nur die Differenz zwischen Recht und politischer Macht, sondern zugleich die Distanz zwischen der Wissenschaft und ihrem Gegenstand verlorengegangen. Mit ihrem Gegenstand degenerierte auch die Staatsrechtswissenschaft. So gesehen, lebt auch sie von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

I. Traditionsbrüche

1. Anfang und Ende der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft bilden in der Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft tiefe Zäsuren. 1933 brach die große Mehrheit der publizierenden Fachvertreter radikal mit dem Weimarer Verfassungsdenken wie überhaupt mit der liberalen Rechtsstaatstradition des 19. Jahrhunderts. Hieran knüpfte die Disziplin erst 1945 wieder an, jetzt unter deutlicher Absetzung von dem, was in den vorausgegangenen zwölf Jahren zu ihrer Geschichte geworden war.

2. Die mit dem zeitlichen Abstand möglich gewordene Historisierung des Nationalsozialismus hat zu einer stärkeren Betonung sachlicher Kontinuitäten geführt, die über die Jahre 1933 und 1945 hinwegreichen. Finden sich hier-nach auch zentrale Positionen und Begriffe der Staatsrechtslehre nach 1933 im breiten Spektrum der Diskussion vor 1933 eingeführt und vorbereitet, so erfolgte doch erst 1933 der wissenschaftliche Umsturz auf nahezu ganzer Linie.

3. Die auch wissenschaftsgeschichtlich nachwirkende Verunsicherung über die deutsche Tradition kann nur durch Aufklärung über das verarbeitet werden, was für die nationalsozialistische Durchdringung charakteristisch und bestimmend gewesen ist.

II. Das Spektrum der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus

*4. Die inhaltliche Unbestimmtheit der nationalsozialistischen Herrschafts-ideologie sowie der Strukturnihilismus des zunehmend polykratischen Füh-
rerstaates begünstigten die Entstehung eines breiten Spektrums inhomoge-
ner staatsrechtlicher Deutungsversuche.*

5. Eine grundsätzliche Differenz zeigt sich zunächst in der Positionierung zum tradierten Arsenal an Methoden, rechtsdogmatischen Begriffen und Figuren. Während einige Autoren die Identität der Disziplin zu wahren suchten, indem sie Veränderungen in der neuen politischen Ordnung mit dem herkömmlichen Handwerkszeug einholen wollten, propagierten an-

dere einen abrupten Neubeginn der Wissenschaftsdisziplin, um das neue Regime in seinen originären Voraussetzungen erfassen zu können.

6. *Eine weitere grundlegende Differenz läßt sich in der Positionierung zur Staatlichkeit finden. Ein Teil der Staatsrechtslehrer hielt am Staat als Inbegriff der politischen Einheit fest und sah in der staatlichen Exekutive das die politische Ordnung stabilisierende Kontinuum. So gliedert sich der Staat Ernst Forsthoff zufolge in eine Führungsordnung sowie in eine durch Sachtreue gekennzeichnete bürokratische Verwaltungsorganisation, aus der sich die Partei heraushalten sollte. Auch Ernst Rudolf Huber hielt an der organisatorischen Trennung von Staat und Bewegung fest, um letztere auf die ideologische Durchdringung aller Bezirke des staatlichen Handelns zu beschränken. Obschon Carl Schmitt den Staat zu einem „Organ des Führers der Bewegung“ degradierte und in der Trias „Staat, Bewegung, Volk“ stark relativierte, reduzierte er die Verbindung von Staat und Partei auf personelle Koppelungen.*

7. *Von diesen etatistisch geprägten Ansätzen setzte sich prononciert ein völkisch-vitalistisch orientierter Teil der Staatsrechtslehre ab. So plädierte Reinhard Höhn für eine institutionelle Offenheit der neuen politischen Ordnung, in der der Staat nicht den zentralen Bezugspunkt darstellen sollte. Den Fixpunkte erblickte Höhn in einer auf „Artgleichheit“ und „Gemeinschaftsgeist“ basierenden „völkischen“ Lebensordnung, die sich durch „Führung“ konstituieren und organisieren sollte. Der seiner juristischen Persönlichkeit entkleidete Staat fungierte in diesem Konzept lediglich als Behördenapparat. Andere vertraten schließlich ein ständestaatliches Verfassungsmodell, in dessen Rahmen vornehmlich berufsständische Selbstverwaltungseinheiten über Führerräte in einen genossenschaftlichen Gesamtorganismus eingefügt werden sollten.*

8. *Über alle inhaltlichen Divergenzen hinweg verband diese Lehrmeinungen die staatsrechtliche Anerkennung und Ausgestaltung von Führerprinzip, Rasseprinzip und völkischem Prinzip. In unterschiedlichster theoretischer Einkleidung variierten die Autoren diese Grundbegriffe und verstiegen sich, insbesondere bei der Behandlung des Rasseprinzips, zu inhumanen und abstoßenden Positionen. Die einzelnen Prinzipien hatten zwar schon vor dem Nationalsozialismus Aufmerksamkeit und Ausformung erfahren, nun aber standen sie geschlossen – wie nie zuvor und danach – im Zentrum der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht.*

III. Die Auflösung der rechtsdogmatischen Figuren

9. *Den Niedergang der Staatsrechtswissenschaft in der Zeit des Nationalsozialismus kennzeichnet neben der Ablehnung normativ-präskriptiven*

Rechtsdenkens die Auflösung der überkommenen rechtsdogmatischen Figuren. Nach Einsetzen der Ernüchterung formulierte Schmitt 1936 unter vorgehaltener Hand die Einsicht, durch den den wissenschaftlichen Gegenstand prägenden Nationalsozialismus werde „das ganze Staatsrecht ruiniert“. Die kompetentiell schrankenlose Stellung des Führers, die sich Johannes Heckel zufolge jedweder „juristischen Technisierung“ entziehen sollte, ließ sich danach selbst mittels des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens nicht mehr hinlänglich erfassen. Eine Staatsrechtswissenschaft, die Kompetenzen begründet und begrenzt, hatte sich spätestens damit vollends erledigt.

10. Parallel zur Apotheose des „Führers“ verlief zunächst der Verfall des Gesetzesbegriffs, der weitgehend seiner formalen Kriterien wie Allgemeinheit, kompetentielle Zuordnung und Publikationsform entkleidet wurde. Heftig umkämpft in der Literatur waren der Rechtsstaatsbegriff, die Gesetzesbindung der Verwaltung und das subjektive öffentliche Recht. So wollte Otto Koellreutter sein 1932 entstandenes Konzept des nationalen Rechtsstaates im Nationalsozialismus fortschreiben, während Schmitt allenfalls die Formel vom „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers“ vorübergehend gelten lassen wollte. Umstritten blieb die Ersetzung der mit dem Verfall des Gesetzesbegriffs ohnehin rechtsstaatlich entwerteten Gesetzesbindung der Verwaltung durch eine reine Rechtsbindung, um die „Lebensordnung der Volksgemeinschaft“ als Rechtsquelle nutzen zu können. Schließlich drängten maßgebende Teile der Staatsrechtswissenschaft auf die Eliminierung der subjektiven öffentlichen Rechte zugunsten der „volksgenössischen Rechtsstellung“, mit der die Position der gemeinschaftsgebundenen Person in einer konkreten Ordnung wie Beruf, Heimat, Familie oder politischem Dienst beschrieben wurde. Diese vor allem pflichtgebundene Zuordnung des Individuums zu einem Lebenszusammenhang vermittelte einen in erster Linie objektiv ausgerichteten Rechtsschutz zur Sicherung der „völkischen Ordnung“. In die Schußlinie geriet dabei die Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren gänzliche Einstellung ebenso gefordert wurde wie ihre Begrenzung auf eine rein feststellende Tätigkeit.

11. Die Staatsrechtswissenschaft hat gleichwohl auch in der Zeit des Nationalsozialismus auf einzelnen Gebieten, insbesondere im Verwaltungsrecht, innovativ und traditionsbildend gewirkt. Dabei verdankte sich die Sehschärfe nicht zuletzt der Öffnung für die Verwaltungswirklichkeit und dem Bruch mit der überkommenen Rechtsformenlehre, die auf die Entstehung neuer Tätigkeitsbereiche der Verwaltung wenn überhaupt, dann nur mittels ihrer begrenzten Formsprache zu reagieren vermochte. Hervorzuheben ist neben Arnold Köttgens Systematisierung der Verwaltungsaufgaben insbesondere Forsthoffs Konzept der „Daseinsvorsorge“.

IV. Schlußbetrachtung

12. So wie Ernst Friesenhahn 1954 zwischen Staatsrechtslehrern unterschied, die den Nationalsozialismus hochgebracht haben, und solchen, die dem „Schicksal des Staatsrechtslehrers“ entsprechend das positive Verfassungsrecht ihrer Zeit ausgelegt haben, lassen sich auch Texte bzw. die von ihnen behandelten Gegenstände scheiden. Einzelne Leistungen, die zwar in der Zeit der nationalsozialistischen Schreckensherrschaft entstanden waren, aber der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft Anknüpfungspunkte boten, konnten durchaus für die Disziplin traditionsbildend wirken. Dem Gros der Schriften fehlte jedoch schon wegen der behandelten Gegenstände die Anschlußfähigkeit; zahlreiche Publikationen wirken im Rückblick beschämend.

13. In dem Maße, in dem sich die Wissenschaft der faktischen Gewaltstrukturen des Maßnahmestaates unter Aufgabe normativer Bewertungsmuster angenommen hatte, war sowohl die Differenz zwischen Recht und Macht als auch zwischen Wissenschaft und Politik verlorengegangen. Mit ihrem Gegenstand war auch die Staatsrechtswissenschaft degeneriert. So gesehen, lebt auch die Staatsrechtswissenschaft von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren kann.

3. Aussprache und Schlußworte

Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus

Vorsitzender (Frowein): Der erste Diskussionsteilnehmer ist Herr Kollege Starck.

Starck: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, zunächst müssen wir den Referenten für die beiden ausgezeichneten, sich ergänzenden Analysen danken, und zwar für staatstheoretische Analysen eines entarteten Rechtssystems, was die Schwierigkeit der Analyse ausmacht. Herr *Pauly* hat in seinem Vortrag unterschieden zwischen zwei Gruppen von Staatsrechtslehrern, die sich damals mit dem nationalsozialistischen System zustimmend beschäftigt hatten: die einen stellten die Partei, besser die neue Bewegung, in den Mittelpunkt ihrer Überlegungen, die anderen blieben staatsorientiert und propagierten den faschistischen Staat. Sehr schön kam heraus, daß die Verwaltungsrechtslehre während der nationalsozialistischen Zeit etwas hervorgebracht hat, was später weiterentwickelt werden konnte. Bemerkenswert war das, was Herr *Dreier* am Ende seines Referates über die Europaidee in der nationalsozialistischen Zeit gesagt hat.

Nach These 2 von Herrn *Dreier* gab es kein protofaschistisches Staatsrecht. Man müßte auch nach protonationalsozialistischem Staatsrecht fragen, weil wir zwischen beiden Phänomenen – Herrn *Pauly* folgend – unterscheiden müssen. Weder das eine noch das andere lag 1933 ausgearbeitet vor. Aber es waren deutliche Tendenzen in beide Richtungen erkennbar. Denn wie hätte es anders passieren können, daß die nationalsozialistische Revolution – so muß man sie wohl nennen – die Gesellschaft so überrollt hat und die Resistenz, die man sonst immer bei Juristen findet, relativ kümmerlich gewesen ist. Aber wenn man – und insoweit sind die beiden Vorträge zu ergänzen – sich einmal nach den geistigen Strömungen umsieht, die die nationalsozialistische Revolution möglich gemacht haben, die ihr Grundlagen und Denkformen geliefert haben, sind nur genannt worden der Antisemitismus und die Rassenhygiene. Darüber hinaus möchte ich an drei Dinge erinnern, die wir wohl auch immer im Blick behalten müssen, wenn wir über die geistigen Grundlagen des Nationalsozialismus sprechen: Das eine ist die Forde-

rung, unwertes menschliches Leben müsse vernichtet werden können. *Binding* und *Hoche*, die dieses 1920 in einer gemeinsamen Veröffentlichung gefordert haben, empfinden dies nicht als etwas Inhumanes, sie sagen vielmehr, das sei eine neue Humanität, nämlich eine biologische Humanität und setzen sich ausdrücklich von der „veralteten“ christlichen und aufklärerischen Humanität ab. Ich halte das für so bemerkenswert, daß das eigentlich nicht fehlen darf, wenn man über eine Entartung des Rechts spricht, wie wir sie hier vorgeführt bekommen haben, zumal gerade in der letzten Woche ähnliche Gedanken von dem Nobelpreisträger *James D. Watson* bezüglich behinderter Föten in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung (26.9.2000, S. 55) geäußert worden sind. – Das zweite ist die große Bedeutung, die das Werk von *Spengler* gehabt hat, insbesondere „Preußentum und Sozialismus“ (ebenfalls 1920). Immerhin hat *Thomas Mann*, wie man in seinen Tagebüchern lesen kann, es mit großer Begeisterung gelesen. Er hat sich dann später von diesen Gedanken gelöst, aber immerhin hat er es zunächst überzeugend gefunden. In der Gedankenwelt *Spenglers* geht der Einzelne einerseits im Gesamtwillen auf, andererseits aber ist der Raubtiermensch die höchste Form des frei entwickelten Lebens. Damit ist Cäsarismus und Diktatur in der schlimmsten Weise begründet. – Ich will nicht sagen, daß *Spengler* ein Protagonist des drittens hier zu erwähnenden Sozialdarwinismus gewesen ist, der schon vorher propagiert worden ist. Aber den ganzen Sozialdarwinismus müssen wir unbedingt auch in Betracht ziehen, der aus einer kausalen naturwissenschaftlichen Lehre etwas sozusagen geisteswissenschaftlich Axiomatisches, Axiologisches gemacht hat. Damit sind meines Erachtens antihumanistische Denkmodelle geliefert worden, die auch Teile des moralisch desorientierten liberalen Bürgertums fasziniert haben und die es erleichtert haben, die Machtübernahme der nationalsozialistischen Bewegung zu begründen. Das ist in erschreckender Deutlichkeit in einem Buch von *Oskar Hertwig*, einem Biologen, vorausgesehen worden, das den Titel trägt „Zur Abwehr des ethischen, des sozialen, des politischen Darwinismus“, erschienen 1918 (2. Aufl. 1921). Ich zitiere einen einzigen Satz aus diesem Buch: „Man glaube doch nicht, daß die menschliche Gesellschaft ein halbes Jahrhundert lang Redewendungen wie unerbittlicher Kampf um das Dasein, Auslese des Passenden, des Nützlichen, des Zweckmäßigen, Vervollkommenung durch Zuchtwahl usw. in ihrer Übertragung auf die verschiedensten Gebiete wie tägliches Brot gebrauchen könne, ohne in der ganzen Richtung in ihrer Ideenbildung tief und nachhaltig beeinflußt zu werden.“

Gestatten Sie mir noch eine letzte Bemerkung, die sich auf den Ort bezieht, an dem wir uns hier treffen. Anfang Oktober 1933, also genau

vor 67 Jahren, fand hier ein Juristentag statt, zwar nicht ein Juristentag, den die Deputation des Juristentages organisiert hat, diese hatte es abgelehnt, 1933 einen Juristentag zu organisieren, sondern ein von Nationalsozialisten organisierter Juristentag. Auf diesem Juristentag – und deswegen erwähne ich ihn auch nur – hat auch ein Staatsrechtslehrer, ein Mitglied unserer damaligen Vereinigung, gesprochen über „Staat, Bewegung, Volk – Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts“. Ich glaube, diesen Umstand sollten wir erwähnen. Insoweit ist es eigentlich ganz glücklich, daß wir uns auf der Leipziger Tagung mit diesem Thema beschäftigen.

Stolleis: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, Herr *Starck* hat den Dank an die beiden Referenten ausgesprochen. Ich möchte mich dem sehr nachdrücklich anschließen. Es waren offene, mutige und gewisser Weise befreiende Referate. Viele aus der jüngeren Generation haben das wohl so empfunden. Es ist verdienstvoll, daß über den Gegenstand überhaupt einmal gesprochen wird. Darin liegt auch ein Dank an den vorhergehenden und an den heutigen Vorstand, daß er sich zu diesem Thema entschlossen hat.

Die Vereinigung hat über das Thema bislang nicht wirklich gesprochen. Gewiß ist über das Berufsbeamtentum und die Staatskrisen gesprochen worden, man hat auch über den Fortbestand des Deutschen Reichs diskutiert, aber in Wirklichkeit schwelte das Problem der NS-Vergangenheit unter uns mehr oder weniger verdeckt. Es mußte einmal offen behandelt werden, ebenso wie die Kunsthistoriker, die Soziologen und nun auch die Historiker es getan haben. Das NS-Staatsrecht ist – das wissen wir alle – die größte Herausforderung an unser Fach gewesen und man kann nun fragen, ob diese Herausforderung bestanden wurde oder nicht. Bei der Antwort darauf sollte man allerdings nicht mehr die alte Frage nach dem Entnazifizierungsmuster stellen, also die Frage nach der „Schuld“, sei es im strafrechtlichen, sei es im moralischen Sinne. Das ist alles weitgehend behandelt und inzwischen aufgearbeitet worden, manchmal sogar unbeachtet von der Zunft bzw. unter deren „beredtem Schweigen“.

Wichtiger ist heute die konsequente Historisierung des Vorgangs, ohne die Frage der Verantwortung zu vernachlässigen. Beide Referenten haben dies hier vorgeführt. Selbstverständlich geht es nicht um eine Entlastungsstrategie, sondern um die Schaffung einer Basis für die Analyse von strukturellen Prozessen. Da ist die entscheidende Frage – und das ist heute auch mehrfach angesprochen worden, von Herrn *Dreier* eher in einer Mischung von Verfassungsgeschichte und Wissenschaftsgeschichte, von Herrn *Pauly* mehr mit dem Akzent auf der Wis-

senschaftsgeschichte und der Dogmengeschichte, letzter übrigens dankenswerterweise unter Einschluß der Wissenschaftsgeschichte der Bundesrepublik, die ja auch nochmal geschrieben werden muß. Hierzu hat er ein paar gute Andeutungen gemacht.

Jedenfalls geht es m.E. nicht mehr um persönliche Schuld oder Nichtschuld und ich hoffe, daß wir das in der Diskussion nicht allzu sehr ausbreiten, sondern es geht um die Frage, wie erklärt werden kann, daß eine nichtnationalsozialistische bürgerliche Herrschaftselite, wie es Staatsrechtslehrer nun einmal sind, sich auf die Pressionen eines solchen Systems eingelassen hat, und warum sie dies tat. Auch Herr *Starck* hat dazu einen Erklärungsansatz geliefert.

Meine erste Frage an Herrn *Dreier* ist die: Er hat in einem Nebensatz gesagt, der Vorgang sei „beispiellos“ gewesen. Nun gut, der Nationalsozialismus als solcher ist beispiellos und jedes historische Ereignis ist einmalig. Aber gibt es nicht doch im Panorama antidemokratischer, speziell antiparlamentarischer Regierungssysteme des 20. Jahrhunderts ganz erhebliche Parallelen? Etwa im faschistischen Italien, im frankistischen Spanien, in Portugal, in Frankreich, sogar im besetzten Dänemark und anderswo. Wie haben sich die Staatsrechtler dieser Länder verhalten? Ich glaube man sollte ohne Scheu auch diese Punkte einmal ansprechen; denn es geht nicht um Be- oder Entlastung der deutschen Staatsrechtslehre, sondern um Analyse und da sollten wir die europäischen Prozesse mit einbeziehen.

Eine zweite Frage, die sich mehr an Herrn *Pauly* richtet, zielt auf die Einbeziehung des Völkerrechts. Der Übergang nach 1933 und vor allem nach 1939 vom Staat zum Reich, vom Reich zum Volk in der Höhn'schen Variante hat erhebliche Konsequenzen im Völkerrecht gehabt und ist dort intensiv diskutiert worden. Ich habe den Eindruck, daß dort ähnliche dogmatische Zerfallsprozesse stattgefunden haben – bei erstaunlicher institutioneller Resistenz im einzelnen. Ich schaue Herrn *Frowein* an und meine damit z.B. das Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, aber auch andere Institutionen haben da sich eher im etatistischen Sinn zurückgehalten. Es gab also eine personell und institutionell zerklüftete Landschaft im Völkerrecht, auf die ich wenigstens hinweisen möchte.

Hans-Peter Schneider: Ich wollte direkt an die Anregung von Herrn *Stolleis* anknüpfen, die internationalen Auswirkungen aus dieser Zeit einmal näher zu untersuchen. Es ist bemerkenswert, daß beispielsweise in Südafrika diese Schriften sogar noch nach 1958, als *Verwoerd* zur Macht kam, mit der Idee der „Artgleichheit“ zur Rechtfertigung des Apartheidregimes ausgiebig zitiert worden sind, also auch noch nach der

Erfahrung des Nationalsozialismus. Das ist, glaube ich, ein ganz wichtiger Aspekt. Im übrigen empfinden wir eine gewisse Betroffenheit oder besser: Beklommenheit bei diesen Zitaten deshalb, weil wir fünfzig Jahre bundesrepublikanische Erfahrung mit einer freiheitlichen Demokratie haben. Wir müssen immer berücksichtigen, daß diese Arbeiten zu einer Zeit von Autoren geschrieben wurden, die diese Erfahrung nicht hatten. Ich denke nur an *Gustav Radbruch*, den nun wirklich niemand nationalsozialistischer Tendenzen verdächtigen kann; auch er hat in seiner „Kulturlehre des Sozialismus“ den Begriff „nationaler Sozialismus“ gebraucht und damit in Abgrenzung zum sowjetischen Bolschewismus den eigenen deutschen Weg zu beschreiben versucht. Vielen Dank.

Doehring: Die dogmatische Aufarbeitung des NS-Regimes haben die Referenten glänzend bewältigt und dem ist nichts hinzuzufügen. Was sie nicht gemacht haben und was sie nicht machen konnten – meine Vordränger haben schon darauf hingewiesen – das ist, die Atmosphäre zu erzeugen, in der der NS-Staat und seine Staatslehre entstanden sind. Dazu muß man wahrscheinlich über 80 Jahre alt sein, denn wer nicht gesehen hat, wie ein Aufbruch des deutschen Volkes entstand, kann es kaum nachvollziehen. Es scheint wirklich kaum möglich, das alles noch einmal geistig entstehen zu lassen. Aber keine Staatsrechtslehre kann am realen Volksempfinden vorbeigehen. Ich sage nicht gesundes Volksempfinden, weil das zu den Schlagworten der NS-Zeit gehört, aber Volksempfinden besteht nun einmal. Wir können heute in Europa auch nicht leugnen, daß es ein europäisches Volk nicht gibt, doch die Dogmatiker des Europarechts scheinen es zum Teil fingieren zu wollen. Wer die Begeisterung des Jahres 1933 nicht gesehen hat, kann sie nicht nachvollziehen. Der Aufbruch kam nicht zuletzt, weil Kriegsschuld als Vorwurf und Versailles als eine Unverschämtheit empfunden wurden. Die Freikorps haben im Baltikum noch für Deutschland gekämpft und auch am Annaberg in Oberschlesien. Das waren diejenigen, die die SA dann bildeten und vorher schon den Stahlhelm. Wer die nahezu 7 Millionen Arbeitslose nicht gesehen hat, wie sie auf den Straßen standen und stempeln gingen, der weiß nicht, was Arbeitslosigkeit ist. Das hat mit der heutigen Arbeitslosigkeit nichts zu tun, sie wäre damals als Witz empfunden worden. Die Staatsrechtslehre wurde mit hineingerissen in diese Begeisterung. Sie endete im Teufelskreis und übrig blieben die Opportunisten. Das weiß heute jeder, nur der Beginn war eben doch ein völlig anderer als oftmals dargestellt. Der Beginn war dieser Aufbruch, den es damals gab. Ich habe den Reichstag brennen sehen, ich weiß auch, was die Menschen vor dem Reichstag gesagt haben. Ich habe Hindenburg noch gekannt, und ich sehe ihn noch vor der Garnisons-

kirche, vor mir in Uniform und Hitler im Frack. Dieser Anblick war für das deutsche Volk ein Symbol. Manche dachten, Hitler werde vielleicht die Hohenzollern wieder holen. Bei dem angeblichen Röhmputsch, bei dem die SA-Führer erschossen wurden, hätte man in Berlin einen Taxifahrer oder einen Kneipenwirt fragen können, ob das nicht Mord sei. Das war doch der erste Moment, in dem man merken konnte, daß ein Rechtsstaat nicht mehr bestand. Die Befragten hätten gesagt, daß mag Mord sein, aber die Hauptsache ist doch wohl, daß die Revolutionäre erschossen wurden, denn die wollten das, was aufgerichtet wurde, wieder vernichten und da war ein schnelles Eingreifen unseres Führers (1934 war er das) wohl geboten. So haben die Menschen gedacht. *Sebastian Haffner* hat vollkommen richtig geschrieben, wer 1935 gesagt hätte, Hitler sei unser Unglück, der wäre vielleicht gar nicht denunziert worden. Die Menschen hätten ihn ausgelacht. Sie hätten ihn ausgelacht, weil sie meinten, das könne nicht stimmen, denn es gehe doch aufwärts mit uns. Was dann aus der Staatsrechtslehre wurde, das haben wir alles gehört. Hier kam es mir nur darauf an, ihnen einmal zu sagen, wie es damals real aussah. Natürlich waren nicht alle begeistert, sehr viele haben vorher gemerkt, wohin dieses System führt. Aber viele haben es auch nicht gemerkt, und die Masse des Volkes hat es überhaupt nicht gemerkt. Dann kam natürlich die Ernüchterung. Aber ich würde doch sagen, wer 1932 Mitglied der NSDAP wurde, ist mir lieber als einer, der als Opportunist 1938 noch in die Partei eingetreten ist, nachdem er in der Reichskristallnacht die Angriffe auf die Juden erleben konnte und was dann daraus wurde. Ich wollte nur diese kleine Ergänzung geben, damit ein wenig gezeigt wird, wie diese Vergangenheit entstanden ist.

Bachof: Ich kann an die eben gehörten Worte anschließen. In der Tat, die Begeisterung war vorhanden, so habe ich es erlebt. Ich konnte auch verstehen, wenn sich junge unerfahrene Juristen davon haben hinreißen lassen. Daß aber kluge Leute wie *Carl Schmitt* und *Ulrich Scheu-*ner sich auch hätten hinreißen lassen, glaube ich nicht. Sie hatten andere Gründe.

Ich bin beiden zu sehr früher Zeit begegnet. *Carl Schmitt*, als ich als 20jähriger Student 1933 in Berlin in seinem Seminar war. Ich wußte von ihm noch wenig, aber er galt damals als der große Mann, und es hieß, man habe Glück, wenn man in sein Seminar komme. Mir gelang es, aber ich bin nach zwei Sitzungen unter Protest ausgetreten. Warum? Weil man gewisse vom Assistenten mitgeteilte Namen nicht erwähnen durfte, vor allem solcher Professoren, die *Schmitt* als Konkurrenz um die Gunst der Nazis fürchtete. Dazu gehörte u.a. *Koellreutter*. Da mir ein Referat zugeteilt wurde, das ich ohne Erörterung *Koellreutters* nicht

hätte halten können, teilte ich Schmitt mit, ich bedauere, aus seinem Seminar austreten zu müssen. Daß war ihm wohl noch nicht passiert, er wunderte sich sehr. So viel zu *Carl Schmitt*.

Meine nur schriftliche „Begegnung“ mit *Ulrich Scheuner* (1939) bestand darin, daß er ursprünglich meine kirchenrechtliche Freiburger Dissertation in den von ihm herausgegebenen „Neuen deutschen Forschungen“ veröffentlichen wollte, aber nach längerem Zuwarten äußerte, er könne sie nicht bringen, weil sie dem in jener Schriftenreihe gepflegten Geist nicht entspreche. Das war verständlich, weil in meiner Arbeit der Name Hitler, der Begriff Nationalsozialismus und der Ausdruck Führer nicht vorkamen. Aber das allein war es wohl nicht. Zur Zeit jener Ablehnung kannte ich *Scheuners* fürchterlichen Aufsatz „Der Gleichheitsgedanke in der Völkischen Verfassungsordnung“ (Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, 99. Band 1939, S. 245–277) noch nicht. Ich las ihn erst nach dem Krieg: mit Entsetzen über die von *Scheuner* geforderte „Absonderung der Juden vom deutschen Volk“; über seine Ablehnung der Grundrechte als Rechte der Einzelnen gegen den Staat, sie könne es bei dem allein maßgeblichen „Grundrecht des Staates“ nicht geben: Infolgedessen, auch keine „Kompetenzen“ verschiedener Staatsorgane, nur der Führer habe die einzige allgegenwärtige Kompetenz für alle staatlichen Akte. Als ich diesen Unsinn später las, war eine Auseinandersetzung damit überflüssig geworden.

Tomuschat: Die bisherigen Redebeiträge haben schon gezeigt, daß es vielleicht weniger um die Staatsrechtslehre geht als um das Schicksal einzelner Staatsrechtslehrer, die sich in jene neue Ordnung eingefügt haben, die keine Ordnung war, denn schon im Jahre 1933, in der ersten Jahreshälfte, war ja der Rechtsstaat zerbrochen, und damit war letztendlich auch die Staatsrechtslehre zerbrochen. Damit gab es zwei oder vielleicht drei Optionen. Die erste Option war, auf den Wagen des Opportunismus zu springen und nun im positiven Sinne das positive Recht zu kommentieren. Die Diktatur, das war das Recht der neuen Ordnung, und es gab einige, die als Opportunisten oder als Begeisterte mitmachten. *Reinhard Höhn* ist da sicher an erster Stelle zu nennen. Eine fundamentale Opposition auf der anderen Seite war natürlich nicht zu führen. Diese Möglichkeit war ausgeschlossen. *Ernst Friesenhahn* schied dementsprechend aus und betätigte sich in der Folgezeit als Anwalt. Die dritte Möglichkeit, ich weiß nicht, ob es sie gegeben hat, und dazu hätte ich mir von den Referaten noch etwas mehr an Informationen erhofft: Konnte man dabei bleiben, und konnte man versuchen, sozusagen Schlimmerer zu verhindern? Dabei bleiben, aber dann auch doch eintreten für gemeineuropäisches Gedankengut am Vorbild der amerikani-

schen, der französischen, der englischen Verfassung zu retten, war noch zu retten war. Hat man immer beachtet, daß letzten Endes das Ziel eines jeden Staates die Sicherung des Lebens und der Freiheit des Einzelnen sein muß? Sind gegen die Politik des NS-Regimes zumindest Proteste erhoben worden? Ich glaube, das sind entscheidende Fragen. Hat es in unserer Zunft Männer – Frauen waren ja damals nicht in der Staatsrechtswissenschaft vertreten – gegeben, die versucht haben, solche elementaren Grundsätze einer Rechtsstaatlichkeit aufrechtzuerhalten unter den sehr schweren, fast unmöglichen Bedingungen der Diktatur? Meiner Ansicht nach kam es weniger auf die Fragen einer rechtsdogmatischen Konstruktion an. Man kann ja den Staat auch letzten Endes durch das Volk ersetzen. Die Demokratie ist der Boden des Staates, und das Völkerrecht konstruiert den Staat heute vom Selbstbestimmungsrecht her. Man kann das machen, man kann den Staat als eine Sekundäreinrichtung sehen. Nur darf man nicht das Volk ausgrenzend definieren, indem man den Artungleichen aus dem Volk ausmerzt. Die Ersetzung des Staates durch das völkische Element ist an sich dogmatisch durchaus akzeptabel, nur kommt es natürlich darauf an, wie die völkische Grundlage konstruiert wird. Sie ist offensichtlich in einer ganz schlimmen Weise definiert worden durch die Ausgrenzung der Juden. Und das ist es, was man vielen ankreiden muß, daß sie sich an diesem schlimmen Spiel – es war ja kein Spiel –, an dieser schlimmen Diskriminierung, die bis zum Massenmord geführt, beteiligt haben.

Gröschner: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, wir nach dem Kriege geborenen Mitglieder dieser Vereinigung brauchen zum Glück die Frage nicht zu beantworten, ob wir widerstandsfähiger gewesen wären als unsere angepaßten, vielleicht verstrickten oder aktiv nationalsozialistischen wissenschaftlichen Urgroßväter. Wir sollten uns aber fragen, was wir in unserer eigenen Lehre und Forschung tun können, um die Widerstandsfähigkeit der uns anvertrauten angehenden Juristinnen und Juristen zu stärken. Meine Antwort für die Lehre wäre die Stärkung der Grundlagenfächer, insbesondere der Rechtsgeschichte und der Rechtsphilosophie; für die Forschung die Anreicherung der Grundbegriffe unseres Staatsrechts mit dem ihnen zukommenden dogmengeschichtlichen und dogmenphilosophischen Inhalt. Auf diese Weise, so glaube ich, könnte der Entleerung dieser Grundbegriffe entgegengewirkt werden, die *Hermann Heller* 1929 für den Rechtsstaatsbegriff diagnostiziert und als potentiell diktaturfördernd prognostiziert hat. Gänzlich entleert ist seit Weimarer Zeiten ja auch der Begriff der Republik. Mit einem zum bloßen Monarchieverbot verkümmerten Republikprinzip kann man dogmatisch aber weder gegen das Führerprin-

zip argumentieren, noch gegen den Führungsanspruch einer Einheitspartei, während ein gehaltvoller, mit dogmengeschichtlichem und dogmenphilosophischem Extrakt angereicherter Republikbegriff als Prinzip der Legitimation einer freiheitlichen Ordnung hier eine ganz hervorragende Handhabe böte. Mit entleerten Begriffen mag man hohle Köpfe füllen, aber hohle Köpfe leisten keinen geistigen Widerstand. Meine Frage an die beiden Referenten wäre nun – und ich denke, das ist eine Frage, die sich auch in den vorangegangenen Wortmeldungen angedeutet hat –, wie sie zum Problem solch geistiger Widerstandsfähigkeit gegen freiheitsfeindliche Tendenzen stehen und ob sie glauben, daß unsere Zunft zur Problemlösung etwas beitragen kann.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte zwei ganz kleine Bemerkungen machen, die in sieben Minuten gut unterzubringen sein dürften. Und zwar sind dies zwei miteinander zusammenhängende Bemerkungen, die sich beide mit der Rolle der Staatsrechtslehre zwischen Protokollinstanz und eigener Gestaltungsmacht beschäftigen. Ich möchte anders als Herr *Tomuschat* nicht das Augenmerk auf einzelne Personen und ihre Verstrickungen richten, sondern auf die Rolle der Disziplin selbst. Die erste Bemerkung besteht in einer Frage an die beiden Referenten, eine Frage, die sich mir beim Zuhören geradezu aufgedrängt hat. Herr *Dreier* hat ja in seinem schönen Referat eindrucksvoll dargelegt, wie nahezu bedeutungslos die deutsche Staatsrechtslehre angesichts der tatsächlichen Entwicklungen ab 1933 gewesen ist. Er hat das Regierungs- und Verwaltungssystem des NS-Staates als ein System der Regellosigkeit gekennzeichnet und von einem sich jeder Systematik entziehenden Wildwuchs gesprochen. Diese Entwicklung war also primär auf den politischen Gestaltungswillen der Machthaber zurückzuführen, nicht aber auf den Wunsch, Ratschläge aus dem staatsrechtlichen Schrifttum umzusetzen. Wenn also die Rolle der Staatsrechtslehre nach 1933 offenbar darin bestand, nicht beeinflussbare Entwicklungen zu kommentieren bzw. zu claquieren, so stellt sich doch die Frage, wie es vor diesem Datum vom Januar 1933 aussah. Gab es eine Vorprägungsfunktion der Staatsrechtslehre gegenüber den späteren politischen Entwicklungen? Gibt es irgendwelche empirischen Untersuchungen, die dokumentieren, ob das Denken der deutschen Staatsrechtslehre einen Niederschlag in den Köpfen der politischen Akteure des Nationalsozialismus gefunden hat? Oder geht es nur um die Aufleuchtung eines allgemeinen philosophischen Hintergrundes und dergleichen mehr. Meine Frage an die beiden Referenten lautet also: Gab es eine solche Vorprägungsfunktion und – falls ja – welche Bedeutung ist ihr zuzumessen?

Meine zweite, sich daran anschließende Bemerkung ist mehr allgemeiner Natur. Geben nicht – so frage ich mich – die beiden Referate Anlaß, darüber nachzudenken, wie es überhaupt mit der Gestaltungsmacht der Staatsrechtslehre bestellt ist oder ob es nicht überhaupt ihrer Natur entspricht, eher protokollierend und kommentierend tätig zu sein. Wenn wir jetzt die NS-Zeit einmal verlassen, um auf die Bundesrepublik Deutschland und auf die europäische Entwicklung zu schauen, so scheint es mir auch da mit der Gestaltungsmacht der Staatsrechtslehre nicht übermäßig üppig bestellt zu sein. Die Staatsrechtslehre hat sich teilweise zu einer Art Hofberichterstattung des Bundesverfassungsgerichts entwickelt, indem sie überwiegend nur noch nacherzählt, was dort entschieden worden ist. Dazu paßt der Befund, daß Gesetzesentwürfe in den Ministerialbürokratien überwiegend daraufhin durchgesehen werden, ob sie „karlsruhefest“ sind. Also – so lautet der Befund – scheint die Maßstäblichkeit der Staatsrechtslehre zunehmend zu erodieren. Und wie ist es mit Europa? Die Europarechtler kommentieren erstaunt, was in den jeweiligen Regierungskonferenzen herausgekommen ist und versuchen dann – wie etwa am Gegenstand der Europäischen Union leicht zu demonstrieren ist – das ungewohnte Gebilde angemessen zu erfassen. So stellt sich auch hier die Frage, ob die Staatsrechtslehre überhaupt über die Maßstäbe verfügt, die sie in die Lage versetzen, prospektiv Entwürfe zu liefern und maßstäblich zu wirken. Und damit komme ich zu meiner Schlußbemerkung: Ist es nicht vielleicht an der Zeit darüber nachzudenken, ob man nicht einer Renaissance der Staatswissenschaft das Wort reden sollte. Das ist eine verkümmerte Disziplin und vielleicht bedürfte sie der Wiedererweckung wie weiland Dornröschen mit einem Kuß.

Vogel: Daß ein Ausbau von Maßstäben notwendig ist, kann ich nur nachdrücklich unterstützen. Vor allem möchte ich aber zu Ihrer ersten Frage nach einer Vorprägung des Denkens in der Weimarer Zeit darauf hinweisen, daß unser Kollege *Oliver Lepsius* unter uns ist, der über diese Frage am besten Auskunft geben kann. Er hat in seiner Dissertation über die Staatslehre in der Weimarer Zeit gezeigt, wie damals schon vieles angelegt war, was dann in die dogmatischen Versuche zur Zeit des Nationalsozialismus eingeflossen ist.

Mußnug: Ich möchte auf einen Vorgang hinweisen, der das Klima fühlbar werden läßt, das während der ersten Monate des Jahres 1933 an den Juristen-Fakultäten geherrscht hat. Er betrifft die Heidelberger Habilitation von *Reinhard Höhn*. Sie zielte exakt in die Richtung, über deren beherrschendes und das eigentliche Staatsrecht verdrängende Gewicht in der NS-Zeit Herr *Dreier* und Herr *Pauly* so eindrucksvoll be-

richtet haben, nämlich auf das Abschwenken vom *Staatsrecht* zur *Staatslehre* und dort vom Staat, der die neuen Machthaber weniger interessierte, zum Volk, das sich besser in ihr Theoriegebäude einfügte. *Höhn* hat dem Austausch des Staats gegen das Volk als dem neuen Angelpunkt des staatsrechtlichen Denkens bereits im Jahre 1929 eine Schrift mit dem Titel „Der bürgerliche Rechtsstaat und die neue Front. Die geistesgeschichtliche Lage einer Volksbewegung“ gewidmet, die ich in die Rubrik der Sektenliteratur einordnen würde. 1933 ist sie vom Sekten-Traktat zur Programmschrift der neuen Mehrheit aufgestiegen. Die Lektüre dieser Schrift wirkt für den heutigen Leser quälend; was *Höhn* in ihr ausbreitete, empfinden wir als verquasten Unsinn. Ihrem Vorwort zufolge diente die Broschüre der Selbstdarstellung einer „neuen Front“ und des „gesamten Kampfes des Jungdeutschen Ordens als Träger dieser neuen Front gegen bürgerliches Denken und seine geistesgeschichtliche Stellung“, der „ein Kampf gegen ein ganzes Zeitalter, das Zeitalter des bürgerlichen Menschen“ sein sollte. Das hat *Höhn* zu seiner Habilitationsschrift ausgeweitet, um sie bei *Koellreutter* in Jena einzureichen. Es kam aber zu einem Zerwürfnis zwischen ihm und *Koellreutter*. Daraufhin wandte sich *Höhn* im April 1933 an die Heidelberger Fakultät. Dort wurde *Walter Jellinek*, der noch im gleichen Jahr von seinem Lehrstuhl vertrieben worden ist, zum Erstgutachter über die Habilitationsschrift bestellt. Die Heidelberger Fakultät hat eine Stellungnahme zur Person *Höhns* von *Koellreutter* angefordert, in der sich dieser ungewöhnlich scharf von ihm distanzierte. Es drängt sich freilich der Eindruck auf, daß dies mehr auf persönlichen als auf wissenschaftlichen Gründen beruhte. *Jellinek* hat deutliche Kritik an der Arbeit geübt. Nach dieser Kritik hätte man erwarten sollen, daß am Ende des Gutachtens steht: Aus diesen Gründen vermag ich der Fakultät die Annahme der Arbeit als Habilitationsschrift nicht zu empfehlen. *Jellinek* schloß sein Gutachten aber (sinngemäß aus der Erinnerung wiedergegeben) folgendermaßen ab: Gleichwohl stellt die Arbeit ein beachtliches wissenschaftliches Werk dar, dessen Annahme ich der Fakultät empfehle. Die weiteren Gutachten, darunter eines von *Heinrich Mitteis*, fielen ähnlich aus: Nach ausführlicher Kritik abschließend dann doch das Resultat „Geht in Ordnung!“ Nur zwei Votanten haben sich gegen die Arbeit ausgesprochen, der wenig später in seine Schweizer Heimat vertriebene International-Privatrechtler *Gutzwiller* und der in die USA emigrierte Romanist *Levi*.

Wer diesen Vorgang heute studiert, neigt zu dem Schluß, daß die Heidelberger Fakultät von 1933 besser daran getan hätte, *Höhn* die Habilitation zu verweigern. Die Begründung dafür drängt sich geradezu auf: Statt eines überzeugenden Nachweises gründlicher Bewandertheit in der

Dogmatik des Staatsrechts nichts als nur vom Zeitgeist infizierte Verfassungssyrik, angereichert mit einem gerüttelten Maß Ideologie, also kein brauchbarer akzeptabler Ausweis im Öffentlichen Recht. Aber das ist natürlich das Urteil, das wir heute fällen würden und auch unschwer fällen könnten. Das Urteil von 1933 dagegen mußte anders ausfallen. Die Fakultät stand unter schwerem Druck, allen voran *Walter Jellinek*, dem mit der Begutachtung der Höhn'schen Habilitationsschrift eine kaum erträgliche Last aufgebürdet worden war. *Höhns* Gesinnungsfreunde waren dabei, *Walter Jellinek* von seinem Lehrstuhl zu vertreiben, und *Höhn* akzeptiert ihn als Erstgutachter! Ich bin sicher, *Höhn* wußte, warum er sich ausgerechnet *Walter Jellinek* ausgesucht hat. Er hat übrigens in Heidelberg nur ganz kurz als Privat-Dozent Vorlesungen gehalten. Sein Erfolg war unaufhaltbar. Er ist rasch nach Berlin berufen worden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Mußnug, für diesen Vorgang, den Sie uns ausgebreitet haben. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß man bei dem Votum von *Walter Jellinek* das Problem der Selbstgefährdung natürlich im Kopf haben muß. Er war – wie Sie wissen – mit einer Nichtjüdin verheiratet, er hatte eine große Familie. Er konnte, wie sich dann herausstellte, in Heidelberg überleben. Dies war aber keineswegs sicher, und das war für jeden, der sehen konnte, im Sommer 1933 als Problem sehr deutlich. Der nächste ist Herr *Battis*.

Battis: Zwei kurze Bemerkungen und eine kritische Rückfrage: In beiden sich ausgezeichnet ergänzenden Referaten ist klar geworden, daß es eine Staatsrechtslehre in der NS-Zeit nicht geben konnte mangels Substanz, mangels Vorhandenseins von verfassungsrechtlich gebundener Staatlichkeit. Nur darf dieser Befund nicht – wie dies nicht heute, aber teilweise in den 50er Jahren geschehen ist – dazu verführen, alle Juristen schon deshalb als geborene Widerstandskämpfer einzustufen, weil Hitler ja in den Tischgesprächen immer gesagt hat, was er von Juristen hielt. Das, was Vertreter der Staatsrechtslehre in der NS-Zeit zum Wirken oder vielfachen Wüten der Staatlichkeit beigetragen haben, kann auf diese Weise nicht ausgeblendet werden. Ich möchte doch deutlich darauf hinweisen – das klang ja bei Herrn *Pauly* auch an – daß es manifeste Staatlichkeit gab. Auschwitz und die Züge, die dorthin aus ganz Europa gefahren sind, und die Massenvernichtung, die stattgefunden hat, hätte kein Privater und hätte auch keine wildwuchernde Parteiorganisation geschehen machen können, sondern das konnte nur mit einer ausgezeichnet funktionierenden Staatsmacht vollzogen werden. Ohne Staatlichkeit ist m.E. Auschwitz nicht denkbar. Aber selbstverständlich war diese Staatlichkeit keine verfassungsrechtlich gebundene.

Im Gegenteil, gerade weil sie nicht verfassungsrechtlich gebunden war, konnte es dazu kommen, wozu es gekommen ist.

Die zweite Bemerkung zur Staatsrechtslehre: Wenn man sich Schriften aus der NS-Zeit anschaut, wird deutlich, daß die juristische Definition des Artfremden eine Schlüsselrolle für das nachfolgende Geschehen hatte. In beiden Referaten wird dies zu Recht betont. Wer artfremd war, durfte ausgemerzt werden und der sollte auch ausgemerzt werden. Das ist nicht nur einmal und beiläufig geschrieben worden und auch sehr viel entschiedener und zielgerichteter als etwa bei *Binding* oder in Schweden oder anderswo in den 20er und 30er Jahren. Natürlich hat es Ausnahmen in der Staatsrechtslehre gegeben. *Friesenhahn* ist angesprochen worden, der sich in vorbildlicher Weise verhalten hat. Aber man sollte auch *Hans Peters* nicht vergessen, der offen einen Aufsatz mit dem Schlußsatz gipfeln ließ: „Dann bleibt nur noch der Widerstand.“ Anschließend ist er wirklich in den Kreisauer Kreis gegangen. Insofern haben wir einen Ausnahmefall unter allen Staatsrechtslehrern.

Nun die kritische Rückfrage: Herr *Dreier*, mein allergrößtes Kompliment, aber die These 14, die gefällt mir nicht. Dort heißt es: „Ungeachtet dessen dokumentieren sie in der Sache die überragende Evidenz der Idee eines vereinigten europäischen Wirtschaftsraumes.“ Das ist nun wirklich der Geist von „Fatherland“. Diese in konservativen Kreisen Großbritanniens, speziell Englands, zum Teil recht populären Vorstellungen der Umsetzung alter Nazi-Träume durch die deutsch dominierte Europäische Union sind nun wirklich vergiftete Quellen. Sie haben gesagt, die EU ist letztlich nur ein Zweckverband. Also ich will und kann nicht der morgigen Diskussion vorgreifen, aber die Idee der europäischen Vereinigung in Westeuropa ist natürlich mehr gewesen als eine Stahlunion und mehr als ein Zweckverband, und zwar von Anfang an und nicht nur im geschlagenen und orientierungslosen Deutschland. Sie ist zumindest auch wesentlich zu erklären aus dem Widerstand gegen die Bedrohung durch den Kommunismus im Osten. Das zeigt nicht zuletzt die jüngste Sinnkrise der EU. In dem Moment, in dem die Bedrohung weggefallen ist, stellt sich die Sinnfrage erneut. Aber wieder einmal kann man, glaube ich, sagen, *ex oriente lux*. Die trotz mancher demütigender Zurückweisung immer noch große Bereitschaft in Mittel- und Osteuropa sich dieser Gemeinschaft anzuschließen, zeigt, daß es den Menschen nicht nur um Bananen ging und geht, wie während der deutschen Wiedervereinigung von dem einen oder anderen suggeriert. Ich meine, man sollte in dieser Stadt der Montags-Demonstrationen ruhig sagen, daß es den Menschen sehr wohl um Freiheit und Demokratie geht. Das wissen viele Menschen in Mittel- und Osteuropa vielleicht nur besser als wir. Schönen Dank.

Schiedermaier: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Sowohl das Thema des heutigen Nachmittags wie auch die beiden soeben gehörten Referate haben mich außerordentlich bewegt, weil ich mich daran erinnert habe, daß *Hermann Mosler*, mein verehrter akademischer Lehrer, im Jahre 1966 eine vierstündige Vorlesung im Rahmen des Studium generale in Heidelberg über die Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus gehalten hat. Im Gegensatz zu einem vielfach gehörten und weit verbreiteten Vorurteil kann man also feststellen, daß nicht erst heute über dieses heikle Thema gesprochen wird. Ich hatte damals das Glück, zur Vorbereitung der Vorlesung etwa vier Monate lang Quellenstudien zu betreiben, und ich freue mich darüber, daß uns beide Referenten in einer Frage Erkenntnisse vorgetragen haben, die ich auch in meinen Quellenstudien gewonnen habe, und an denen ich bis heute festhalte. Diese Erkenntnis besteht darin, daß es ein spezifisch nationalsozialistisches Verfassungsrecht nicht gegeben hat. Man war sich zwar einig in der Abkehr von liberaldemokratischen Vorstellungen, doch gab es hierfür keinen positiven verfassungsrechtlichen Ersatz. Dies lag nicht etwa daran, daß es keinen nationalsozialistischen Staat gegeben hat. Den nationalsozialistischen Staat gab es in der Tat, und man kann ihn mit dem Begriff des totalitären Bewegungsstaates gut charakterisieren. Nicht die Rivalität zwischen Partei und Staat, sondern die Unterwerfung des Staates unter die Partei war das typische Kennzeichen auch dieses totalitären Bewegungsstaates. Daß es keine nationalsozialistische Staatsrechtslehre gab, hat also einen anderen Grund. Das Fehlen einer nationalsozialistischen Staatsrechtslehre hatte seinen Grund in der Tatsache, daß es keine nationalsozialistische Verfassung gab. Dies wurde von den damaligen Anhängern des Systems auch so gesehen. So begründete *Reinhard Höhn* das Fehlen einer nationalsozialistischen Verfassung mit der kurzen und überdies von den Kriegsjahren geprägten Dauer der neuen Herrschaft. Dies führte *Höhn* zu dem Schluß, daß eine neue nationalsozialistische Verfassung erst nach dem Krieg geschaffen werden könne. Er selbst hielt sich zusammen mit seinen im liberaldemokratischen System großgewordenen Kollegen für unfähig, diesen Schöpfungsprozeß maßgeblich zu gestalten. Dazu bedürfte es erst einer neuen Generation, die im reinen nationalsozialistischen Gedankengut aufgewachsen und mithin in der Lage sei, eine echte nationalsozialistische Verfassung zu schaffen. In diesen Tönen wurde das Fehlen einer nationalsozialistischen Verfassung und damit auch einer nationalsozialistischen Staatsrechtswissenschaft begründet; denn was ist die Staatsrechtswissenschaft ohne eine Verfassung?

Mit meiner zweiten Bemerkung will ich auf einen Tatbestand hinweisen, der mich ebenfalls bewegt. Ich glaube, daß man bei der Be-

schäftigung mit dem Problem der Staatsrechtswissenschaft im Nationalsozialismus auch den Versuchen oppositioneller Stimmen – *Hans Peters* wurde erwähnt – ein besonderes Augenmerk schenken sollte. Dies kann unter dem Blickwinkel von heute ungemein schwierig sein. So erinnere ich mich, daß *Wilhelm Grewe*, dessen wir heute gedacht haben, einmal in einem gemeinsamen Seminar darauf hingewiesen hat, daß die Sprache, die man damals zu sprechen und zu schreiben gezwungen war, um Opposition herüberzubringen, nur von Eingeweihten, von später Geborenen aber oft nicht mehr verstanden werden konnte. Man gab, schon um das Druckpapier und die Druckerlaubnis zu erhalten, im Vorwort ein Weihrauchopfer und dann wurde Wissenschaft betrieben. Die Eingeweihten verstanden dies. Auch will ich an *Ernst Friesenhahn* erinnern, der 1934 an einem versteckten Ort, nämlich der Festschrift für eine Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie, eine Arbeit über den politischen Eid veröffentlicht hat, ohne die Worte Adolf Hitler oder Nationalsozialismus überhaupt zu erwähnen. Jeder Eingeweihte wußte jedoch, daß allein schon in der Wahl des Themas eine Mahnung an den Führer der nationalsozialistischen Revolution enthalten war, wie er es denn mit seinem Eid auf die Weimarer Verfassung gehalten habe. Es gab noch andere Beispiele, zu denen *Hans Helfritz* gehört, der dankenswerterweise auch von Herrn *Pauly* erwähnt worden ist. Dazu sollte man anmerken, daß *Helfritz* als Monarchist ein wilder Gegner der Weimarer Republik und ein ebenso entschiedener Gegner der Nationalsozialisten gewesen ist, die er für hergelaufenes Gesindel hielt. Der Staatsakt in Potsdam, der die Versöhnung der Nationalsozialisten mit der preußischen Tradition symbolisieren sollte, war für ihn ein schlichter Greuel. So zog er denn auch Mitte der dreißiger Jahre zur Verteidigung des Rechtsstaates mit zwei Artikeln in der Juristenzeitung und in der Kölnischen Zeitung gegen die Nationalsozialisten zu Felde. Dies nahm der nationalsozialistische Rechtswahrbund zum Anlaß, um in seiner Zeitschrift *Deutsches Recht* eine Kampagne gegen *Helfritz* anzuzetteln. Im *Deutschen Recht* kann man dann lesen: Wo kommen wir hin, wenn wir die Errungenschaften unserer Revolution von den Altnationalen im Bündnis mit den Zentrums-katholischen – gemeint war hier die Kölnische Zeitung – in Frage stellen lassen? *Carl Schmitt* war dann auch gleich zur Stelle, um für die Gleichgestaltung der Juristenzeitung zu sorgen und selbst deren Herausgeberschaft zu übernehmen. Später ist dann die Juristenzeitung in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht aufgegangen.

Ernst Friesenhahn hat einmal bei Gelegenheit eines goldenen Doktorjubiläums in nachdenklicher und feinsinniger Weise beschrieben, daß es unter den Professoren neben den nationalsozialistischen Gesinnungs-

tättern eben auch viele gegeben hat, denen nach der Festigung des Regimes nichts anderes übrig blieb, als sich „durchzuschmuggeln, ohne sich zu verkaufen“. Eine dritte Gruppe hat er dabei allerdings nicht erwähnt. Zu dieser Gruppe gehörten jene, die ohne Rücksicht auf ihre Überzeugung aus reiner Eitelkeit nach Karriere und Macht in der neuen Zeit gestrebt haben. Die Eitelkeit aber ist eine große Versuchung, die nicht nur bei Professoren und Juristen, sondern bei allen Menschen stets anzutreffen ist, wenn es um den Aufbruch in eine vermeintlich neue Zeit geht.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Schiedermaier*. Erlauben Sie mir zwei Bemerkungen zur Klarstellung. Erstens, das Manuskript von Herrn *Mosler* liegt beiden Referenten vor, und ich nehme an, sie werden es zitieren. Herr *Mosler* hat es, als er von dem Thema hörte, sofort mit mir besprochen und ist völlig damit einverstanden, daß dieses Manuskript verwertet wird. Zweitens, die Arbeit von *Friesenhahn* über den politischen Eid war seine Dissertation, ist ungefähr 1928 erschienen. Der Aufsatz, von dem Sie sprechen, ist mir nicht deutlich, aber die Arbeit über den politischen Eid war veröffentlicht, das war völlig bekannt. Vielen Dank. Herr *Häberle*, bitte.

Häberle: Verehrte Kolleginnen und Kollegen. Die beiden Referate sind mit Recht überaus positiv gewürdigt worden. Ich möchte sogleich auf drei Diskussionsthemen eingehen, die in den letzten 20 Minuten auch dank der eindrucksvollen Referate angeschnitten worden sind. *Erstens* ein Wort zu der von Herrn *Schuppert* aufgeworfenen, wohl zentralen Frage nach der „Maßstäblichkeit“ unserer Wissenschaft. Sie ist zum einen von der Rechts- bzw. Verfassungsgeschichte her zu gewinnen, zum anderen von der substantiellen Verfassungsvergleichung aus. So hätten die *Federalist Papers* der USA, die *rule of law*-Idee, die französische Erklärung von 1789, das Prinzip Öffentlichkeit schon in der Weimarer Zeit von der Staatsrechtslehre als Klassikertexte fruchtbar gemacht werden müssen und können – als Orientierungswerte, und es ist mir unbegreiflich, warum die sonst so hochstehende Weimarer Staatsrechtslehre, auf deren „Schultern als Riesen“ wir Zwerge von heute stehen, nicht im in Raum und Zeit rechtsvergleichenden Ansatz erfolgreich wissenschaftliche Vorratspolitik getrieben hat, um die Degeneration unseres Volkes in den 30er Jahren zu verhindern. – Die *zweite* Frage knüpft an den Beitrag von Herrn *Starck* an: Wir sollten nicht vergessen, daß unsere nationale Staatsrechtslehre eingebettet war in die geistige Situation aller Wissenschaften und Künste jener Zeit. Namen wie *Spengler*, *Ernst Jünger* oder *George* bleiben relevant, als Hinweis auf

den Irrationalismus jener Jahre. Ich zitiere ungern *Richard Wagner*: aber nicht sein geniales Wort aus dem Parzival „Zum Raum wird hier die Zeit“, sondern seine unsägliche Schrift „Das Judentum in der Musik“, das fatal Pamphlete anderer vorweg nimmt. Im übrigen: Wie konnten nur so hochgebildete Juristen der Weimarer Zeit versagen? Warum haben sie nicht ihr eigenes humanistisches Bildungsideal als alt-europäisches Erbe in Stellung gebracht? Im Verbund mit den jedermann bekannten Klassikertexten wie der Ring-Parabel von Lessing oder dem Wahrheits- und Wissenschaftsideal eines *W. von Humboldt*. Damit hätte sich z.B. der ganze Rassenwahn erledigt. Auf einer unvergesslichen Israel-Reise mit *Ernst Friesenhahn* (1962), Herr *Hans Meyer* war damals ebenfalls dabei, fragte dieser große Verfassungsrichter der ersten Stunde in einem Kaminesgespräch, warum die meist klugen, besten Juristenköpfe seinerzeit so versagten. Freilich haben wir Juristen kaum eine persönliche Garantie dafür, daß wir nicht aus Opportunismus angesichts ähnlicher Fehlentwicklungen ebenso versagen. – Meine dritte Frage knüpft an das Votum von Herrn *Stolleis* an. Wir sollten eine Art vergleichender Umschau in ganz Europa leisten. Manch andere Staatsrechtslehrergemeinschaft versagte auf ihre Weise. Bei allen Unterschieden zwischen dem NS-Regime und dem italienischen Faschismus, etwa dem dort fehlenden Rassismus bzw. Antisemitismus (freilich sind die Kollegen *Schefold*, *Denninger* und Frau *Staff* die besseren Kenner): In Italien mußten alle Professoren in den 30er Jahren einen Eid auf Mussolini bzw. den faschistischen Staat leisten, aus Opportunismus taten dies fast alle italienischen Staatsrechtslehrer (ich hätte vermutlich ebenfalls versagt). Darunter sind große Namen von Juristen, die später in der verfassungsgebenden Versammlung Italiens 1947 ihr Bestes gaben als Beitrag zu der damals so geglückten neuen Verfassung. Zuletzt ein Blick auf Franco-Spanien. Viele Staatsrechtslehrer, Politologen und Rechtsphilosophen nahmen zum Glück die Möglichkeit wahr, nach Lateinamerika ins Exil zu gehen. Diese Juristen-Elite kam nach dem Ende der Franco-Diktatur nach Spanien zurück und baute dort die heute blühende Universitäts- und Wissenschaftslandschaft auf. Andere wurden nach einem Bürgerkrieg Opportunisten, andere verstummten oder wandten sich (wie in Deutschland) Spezialgebieten wie dem Verwaltungsrecht oder der Verfassungsgeschichte zu. In bezug auf den mit *Leibholz* später zusammenarbeitenden berühmten *Sanchez Agesta*, einen Vater der vortrefflichen Verfassung von 1978, ist verbürgt, daß er in Madrid seine Vorlesung Verfassungsgeschichte immer mit dem Jahr 1936 enden ließ. Wir sehen, wie ergiebig „Parallelwissenschaftsgeschichte“ sein könnte. So müssen wir auch einen vergleichenden Blick auf das Salazar-Portugal und das Papadopoulus-Griechenland werfen

bzw. auf die dortigen nationalen Wissenschaftlergemeinschaften. Auch dort gab es korrupte Mitläufer und die ganze Palette der Formen von menschlichem Versagen, da wir eben alle halbe Sünder sind, auch vom „Fach“ aus.

Bullinger: Meine sehr verehrten Damen und Herren, die beiden Referate haben in beeindruckender und bedrückender Weise aufgezeigt, was nach 1933 gedacht und geschrieben wurde. Aber sie haben nicht die Frage beantwortet, woher diese Ideen kamen und wo sie geblieben sind. Diese Frage mußte ich mir zum ersten Mal stellen, als ich als Dekan einen Nachruf auf einen sympathischen Kollegen halten mußte, auf *Hans Gerber*, meinen Vorvorgänger. Bei der Durchsicht seiner Schriften habe ich festgestellt: Was er nach 1933 geschrieben hatte, entsprach dem, was unsere Referenten aufgezeigt hatten. Fast dasselbe aber hatte er schon seit 1919 geschrieben. Das, meine sehr verehrten Damen und Herren Kollegen, hat mich zutiefst erschreckt und zu der Frage gebracht, wo dieses Denken herkam. *Hans Gerber* war von einer deutsch-konservativen, durch die deutsche Romantik geprägten Grundhaltung bestimmt. *Achim von Arnim* etwa hatte schon im 19. Jh. einen Antisemitismus bis hin zur Forderung nach einer Ausmerzung dieses Geschwurs am deutschen Volkskörper vertreten. Das Unmenschliche dieses Denkens kam erst später voll zum Bewußtsein. Im vergangenen Jahr habe ich in der Juristenzeitung die Herkunft des Vertrauensschutzes aus einem germanistisch-romantischen Denken, seine Übernahme in der Hitler-Zeit und seine Fortführung heute dargestellt. Wir dürfen uns nicht allzu sehr erheben über ein Denken, das wir in mancher Weise fortführen, ohne es zu wollen und oft ohne es zu wissen. Wie weit ist unser Denken zu unkritisch von dem übernommen worden, was vor 1945 gedacht oder von einer älteren Denkschicht weitergeführt wurde? Erst wenn dies geklärt ist, kann man die Zwischenphase des Nationalsozialismus richtig einordnen.

Bayer: Ich habe zwei Bemerkungen. Meine erste Bemerkung, Herr *Stolleis*, Sie haben davon gesprochen, daß das Thema, das uns hier heute beschäftigt, heute zum ersten Mal auf die Tagesordnung der Vereinigung gekommen wäre. Ich darf dieses ein ganz klein wenig korrigieren. Diese Vereinigung hat sich mit dem Thema nolens volens schon im Jahre 1968 beschäftigen müssen. Die Initiative ging freilich nicht von der Vereinigung selbst aus, sondern von den rebellierenden Studenten der 68er Generation. Wir tagten damals in Bochum und auf der Balustrade vor unserem Tagungsraum hatten sich Studenten versammelt, die nun vehement nur die eine Forderung stellten: Diskussion, und

zwar vor allem Diskussion über das, was Staatsrechtslehrer wie *Scheu-ner* und *Maunz* geschrieben hatten. Herr *Frowein* gehörte damals der Bochumer Juristenfakultät an, Rektor war zur damaligen Zeit der jetzige Ministerpräsident des Freistaates Sachsen. Sowohl Herr *Biedenkopf* wie auch Herr *Frowein* haben sich nach meiner Erinnerung redlich bemüht, die Atmosphäre zu beruhigen, vor allem die Versammlung zu beruhigen und die Studenten dazu zu bewegen, die Balustrade zu verlassen. Letzten Endes ist das dann auch – Einzelheiten können hier nicht interessieren – gelungen, nur mit dem Thema als solchem waren wir damals ganz unmittelbar, nämlich ganz persönlich konfrontiert. Meine zweite Bemerkung: Es ist hier dem Vorstand Dank dafür gesagt worden, daß er das Thema auf die Tagesordnung gesetzt hat. Man kann die Dinge natürlich nun auch ein bißchen rumdrehen und kann sich die Frage stellen, warum geschieht das erst jetzt im Jahre 2000. Ich gehöre der Generation an, die die meisten der heute hier Zitierten noch persönlich erlebt hat und meine Antwort auf die Frage, warum nicht schon früher, würde wie folgt lauten: Ich glaube, diese Vereinigung hat über Jahrzehnte hinweg nicht den Mut gehabt, die, um die es hier heute ging, direkt vor die Frage zu stellen, Ihr habt geirrt, warum gebt Ihr nicht zu, daß Ihr geirrt habt? Ich habe in der Literatur nur einen einzigen Hinweis dieser Art gefunden, nämlich *Ottmar Bühler* hat sich einmal in „Steuer und Wirtschaft“ in einer Fußnote sehr förmlich dafür entschuldigt, daß er in den späten 30er Jahren dem nationalsozialistischen Steuerrecht gehuldigt hätte. Ich kenne die Literatur im ganzen nicht, bis jetzt gehe ich davon aus, daß es keine weiteren diesbezüglichen Entschuldigungen gibt. Danke schön.

Böckenförde: Meine Damen und Herren, ich möchte den Dank an den alten und den neuen Vorstand nochmals unterstreichen. Herr *Starck* hat dieses Thema angeregt in Heidelberg und der neue Vorstand hat es dann aufgenommen. Das war in der Tat eine mutige Entscheidung. Ich selbst habe ja 1993 aus Anlaß des 50. Jahrestags der Machtergreifung in einem Seminar in zwei Semestern das Thema aufgegriffen und ich weiß, ich war damals ein Einzelkämpfer und welchen Schwierigkeiten das ausgesetzt war. Vielleicht hätte es auch früher kommen können, aber wir sollten dankbar sein, daß es gekommen ist.

Ich möchte dann auch den beiden Referenten besonders danken für die sehr kundige Behandlung dieses schwierigen Themas, und zwar als Sachproblem und als Zeitproblem in der historischen Dimension. Sie sind der Versuchung nicht erlegen, das Thema aus der Perspektive eines selbsternannten moralischen Gerichtshofs zu behandeln. Ich glaube, daß dadurch gerade die Sache und das, was uns alle ja irgendwie betrifft,

fruchtbar diskutiert werden kann. Wenn man die Fragen moralisch stellt, dann findet man den Schuldigen, dann ist das Problem erledigt, oder man findet ihn nicht, dann ist es auch erledigt und die Sache bleibt undiskutiert. Die Analyse und Beschreibung, die gegeben worden ist, war nach meinem Dafürhalten eine sehr differenzierte. Sie hat auch gar nicht versucht, das Thema damit sozusagen schon voll abzuarbeiten, aber beide Referenten haben einen sehr fruchtbaren Einstieg geliefert für die weitere Diskussion und Behandlung.

Ich möchte dazu drei Gesichtspunkte einfach einmal in den Raum stellen. Erster Gesichtspunkt: Welche Situation und Gestimmtheit muß es am Ende der Weimarer Republik gegeben haben, daß ein so weitgehender antiliberaler und antirechtsstaatlicher Grundzug zu vernehmen ist bei einem großen Teil der Staatsrechtslehre, und zwar auch von Personen, deren Qualifikation als Juristen und Rechtswissenschaftler unbestritten ist. Das ist ja das, was einen immer zum Nachdenken anregt. Ich komme damit zurück auf das, was Herr *Doehring* schon erwähnt hat. Was war das damals für eine Situation, was war das für eine allgemeine Gestimmtheit, daß so ein breiter Strom auch mit Emphase auftritt, wenn man das liest, man merkt ja, daß mehr als das, was nun wie immer geltendes Recht geworden ist, interpretiert wird. Nein, es steckt eine Emphase dahinter, ich möchte sagen, ein ideologischer Überspann. Woher kommt das? Und das ist auch wieder die Frage nach den Grundlagen und Wurzeln. Das ist ja nicht vom Himmel gefallen 1933.

Zweiter Gesichtspunkt: Was tut eine Staatsrechtslehre in einer Herrschaftsform, die auf Staatsrechtsaufhebung und generell auf Feindschaft zu formalem freiheitsschützenden Recht zielt? Sie kann einmal resignieren und verstummen, ausweichen in Geschichte oder Randprobleme. Sie kann versuchen, die staatsrechtlichen Elemente, wobei zum Staatsrecht immer Differenzierung, Begrenzung, Kompetenzunterscheidung usw. gehört – ich erinnere mich auch an den Vortrag von Herrn *Mosler*, ich habe ihn in Heidelberg mit angehört –, zu erhalten und insofern retardierend zu wirken gegenüber dem wachsenden Zugriff etwa der Partei. Oder aber, sie kann aufspringen auf den neuen Wagen. Wenn sie das tut und soweit sie das getan hat, hat sie natürlich einen Beitrag geleistet, um das Staatsrecht in dieser begrenzenden und ordnenden Funktion selbst mit aufzuheben und zu zerstören. Der dritte Gesichtspunkt ist schon angesprochen worden in beiden Referaten, aber bedarf, glaube ich, noch der weiteren Erörterung: Wie weit kommt es trotzdem zu einer Aufnahme und Verarbeitung neuer Entwicklungen und Herausforderungen? Man kann nicht das ganze abtun, ja das war ein Abfall oder Rückfall oder irgendwie eine Katastrophe, sondern da liegt Mehreres ineinander. Ich darf nur an das erinnern, was zum analytischen Potential

der völkerrechtlichen Großraumordnung und der Daseinsvorsorge gesagt worden ist. Das sind Hervorbringungen auch aus und in dieser Zeit.

Abschließend sollten wir uns fragen, welcher Gefährdung unterliegt denn die Staatsrechtslehre als notwendig politisch affizierte Wissenschaft. Kaum ein Fach der Rechtswissenschaft ist der Politik so nahe und so eng mit ihr verbunden vom Gegenstand her, wie die Staatsrechtslehre. Und die Gefährdungen heute sind natürlich andere. Man sagt, der Teufel kommt niemals zweimal durch die nämliche Tür. Das führt zu den Fragen nach den Maßstäben und Grundfesten. Hat also die Staatsrechtslehre in der NS-Zeit – ja, man kann die Frage so stellen – hat sie die Rechtskultur bewahrt oder hat sie sie verraten? Aber diese Frage, die müssen wir auch für die Gegenwart stellen. Wo liegen die Gefährdungen, daß *wir* möglicherweise Rechtskultur nicht bewahren und stärken, sondern vielleicht aufgeben. Das liegt heute nicht im politischen Bereich, sondern wenn, dann in anderen Bereichen. Jeder kann sie benennen.

Thieme: Ich erinnere mich noch sehr deutlich an die Mitgliederversammlung der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1955 in Hamburg. Da die Diskussionen der Mitgliederversammlung nirgends öffentlich dokumentiert werden, ist es sicherlich gut, wenn das, was ich heute berichte, durch diesen Diskussionsbeitrag der Öffentlichkeit bekannt wird.

Auf dieser Mitgliederversammlung – ich war damals gerade als Privatdozent in die Vereinigung aufgenommen worden – spielte sich eine harte und erregte Diskussion über die Aufnahme einiger Staatsrechtler ab, die eine braune Vergangenheit hatten. Vor 45 Jahren ist das Thema, über das wir heute sprechen, auch Gegenstand der Diskussion gewesen. Es ist damals durchaus nicht totgeschwiegen worden – im Gegenteil. Man hat damals in der Mitgliederversammlung in aller Klarheit gesagt, daß *Schmitt*, *Höhn*, *Koellreuter* und einige andere für eine Aufnahme in die Vereinigung nicht in Frage kämen. Über andere Professoren ist lange gerungen worden. Die Namen sind damals deutlich genannt worden. Manche haben die Aufnahme geschafft, obwohl es sachlich zweifelhaft war. Vor allem unsere Schweizer Kollegen haben die deutschen Kollegen damals sehr klar auf die Grenzen hingewiesen, die zu ziehen waren.

Ich möchte noch etwas Zweites sagen. Das ist das Schicksal der jungen Wissenschaftler, die in der Mitte der dreißiger Jahre Nachwuchs waren. Ich darf das am Beispiel meines verehrten Lehrers, des verstorbenen Ehrenpräsidenten unserer Vereinigung *Hans Peter Ipsen* darlegen.

Ipsen hatte 1932 bei dem jüdischen Professor *Kurt Perels* eine Dissertation geschrieben und hat *Perels* bis zu dessen Freitod die Treue gehalten. Angesichts der Qualität der Arbeit wurde *Ipsen* aufgefordert, sich zu habilitieren. Die Arbeit über „Justiz und Politik“ war für jeden, der lesen konnte, in einer Zeit des Unrechts der Versuch, den Rechtsstaat zu bewahren – soweit es ging, sicherlich nicht nach den Maßstäben des Grundgesetzes. Damals hatte *Ipsen* deswegen Schwierigkeiten, auf einen Lehrstuhl berufen zu werden; die Gauleitung der NSDAP legte sich quer. Nach 1945 haben ihn Jüngere, die die Zeit vor 1945 nicht bewußt miterlebt hatten, angegriffen, weil er die Probleme in der Mitte der dreißiger Jahre nicht nach den Maßstäben des Grundgesetzes bewertet hat. Das Urteil überlasse ich Ihnen.

Gallwas: Herr *Pauly*, ich habe ein Problem mit Ihrer These 13 und mit Ihrem Schlußsatz: Sie schreiben, so gesehen lebe die Staatsrechtswissenschaft von Voraussetzungen, die sie selbst nicht garantieren könne. Ich hätte überhaupt keine Einwendungen, wenn Sie statt dessen formuliert hätten, daß die Staatsrechtswissenschaft von 1933 bis 1945 von Voraussetzungen gelebt habe, die sie selbst nicht garantieren konnte. So wie Sie es formuliert haben, wirkt es indessen in einem ganz spezifischen Sinn demoralisierend. Ich meine, den Verzicht auf normative Bewertungsmuster können wir uns als Staatsrechtslehrer nicht leisten. Dafür haben wir auch einen positiv-rechtlichen Ansatz. Ich erinnere an die Formel, daß die Freiheit der Lehre nicht von der Treue zur Verfassung entbindet. Das war vor 1933 eine Selbstverständlichkeit und als solche nicht normierungsbedürftig. 1949 hat man sie in das Grundgesetz geschrieben, weil man erleben mußte und erlitten hat, daß es keine Selbstverständlichkeit mehr gewesen war. Ich meine, daß angesichts dieser Formel des Grundgesetzes Ihr letzter Satz vielleicht doch einer Relativierung zugänglich wäre und sein müßte.

Meyer: Herr *Dreier*, Sie haben in der These 2 auf das hingewiesen, was Herr *Starck* vermißt hat, daß es vor 1933 und nachher Kontinuitätslinien gibt. Liest man nach, so sind es immer negative Einstellungen. Egalitäre Grundrechtstheorien gelten ebenso als diskreditiert wie der Parteienpluralismus usw. Es muß aber doch irgend etwas Positives gegeben haben, das die Kollegen damals dazu gebracht hat, sich dem neuen System zuzuwenden, sich ihm anzudienen, und zwar jenseits des Opportunismus. Ich frage mich, was war denn das Positive. Herr *Doehring*, die Begeisterung für die Bewegung des Aufbruchs allein kann es ja nicht gewesen sein. Herr *Bachof* hat schon darauf hingewiesen, daß die Leute klug genug waren, zu differenzieren zwischen emotionaler Be-

wegung und rationalen Überlegungen. Meine Frage ist, ob nicht ein Punkt – und das wäre vielleicht der Übergang zur morgigen Sitzung – die Tatsache ist, daß *Forsthoff* im „Totalen Staat“ zum Schluß geschrieben hat, der totale Staat sei der Höhepunkt des Nationalstaates, seine Erfüllung. Müssen wir uns nicht überlegen, ob nicht unsere Vorstellungen vom Nationalstaat differenzierter sein müssen, als sie es möglicherweise sind?

Sachs: Mir scheint, ein Teil des Problems liegt einfach darin, daß unser Gegenstand, das uns beschäftigende Dogmatische der Staatsrechtslehre, in vielem innerlich sehr offen ist und vom jeweiligen Zeitgeist dann durchdrungen und umgeprägt wird. Beispielsweise hat mir das der Gleichheitssatz gezeigt, wo es heute immer heißt, Gleiches muß gleich behandelt werden; ein mir persönlich nicht zusagender zweiter Teil heißt dann: Ungleiches muß auch ungleich behandelt werden. Das galt auch in der Weimarer Republik, das galt auch nach 1933. Es wurden Doktorarbeiten geschrieben, die haben genau das in dieser Phase vertreten, auch natürlich: Das, was nicht mehr artgleich war, mußte eben ungleich behandelt werden. Das ging fugenlos in der Kontinuität der Staatsrechtsdogmatik so weiter. Auf der anderen Seite gab es Kontinuitäten über 1945 hinaus: Denken wir an § 175 StGB, durchaus aus der NS-Zeit herzuleiten, wenn auch da nicht in seinen frühesten Ursprüngen angelegt. Das Bundesverfassungsgericht hat bis Ende der 50er Jahre gesagt, Homosexualität ist ein eindeutiger Verstoß gegen das Sittengesetz, und solche Leute im Gefängnis belassen; es war also gar kein Problem. Nur ein zweiter Punkt, der jetzt gar nichts mehr mit dem Vorigen zu tun hat: Wo wir hier in Leipzig zu diesem Zeitpunkt sind, wäre es ja auch vielleicht einen Vergleich wert gewesen, ohne in Totalitarismusparallelität zu verfallen, über die Staatsrechtslehre in der DDR nachzudenken, deren Protagonisten ja noch leben, wenn sie auch nicht unter uns sind. Vielen Dank.

Eckart Klein: Ich habe eine Frage an die Referenten und möchte eine Bemerkung machen. Die Frage ist die folgende: Wir haben gehört, daß es keine nationalsozialistische Staatsrechts- oder Staatslehre gab und deswegen heißt ja unser Thema auch „Staatslehre in der oder Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus“. Trotzdem, auch wenn uns gesagt wurde, daß der Staatsrechtslehre ihr Gegenstand abhanden kam, vielleicht weil es keine Verfassung gab, trotzdem die Frage, gab es Überlegungen über die Zeit des Führers Adolf Hitler hinaus? Gab es überhaupt ein Nachdenken über diese Zeit danach oder war alles derartig personalfixiert, daß man überhaupt den Aufbau einer Verfassung,

die ja eigentlich personenunabhängig ist, nicht ins Auge gefaßt hat. Es gab ja „objektive“ Elemente, die personenunabhängig waren, etwa die Rassenideologie oder auch das Großraumdenken, aber auch das läßt sich letztlich auf einen Punkt zurückführen. Und das entscheidet ja vielleicht auch über die Bedeutung einer Verfassung. Die Bemerkung ist die folgende: Der Nationalsozialismus oder seine Protagonisten waren nicht die ersten, die die europäische Idee für sich vereinnahmt haben. Wenn man etwa die Biographie von *Emil Ludwig* über Napoleon liest, dann sieht man, daß auch hier beklagt wird, daß der Versuch der Einigung Europas scheiterte, der natürlich der Versuch war, Europa unter französischer Hegemonie zu einigen. Ich wollte mit dieser Ergänzung darauf aufmerksam machen, daß die politische Vereinnahmung der europäischen Idee durch den Nationalsozialismus keine einmalige Erscheinung gewesen und daß alle diese hegemonialen Bestrebungen natürlich nichts mit der europäischen Einigung unserer Tage zu tun haben.

Küchenhoff: Ich möchte anknüpfen an das, was am Anfang der Diskussion Herr *Doehring* und Herr *Bachof* gesagt haben, insbesondere etwas über die unterschiedlichen Altersgruppen sagen, die vor die Probleme der Jahre 1932/33 gestellt waren. Ich habe lange überlegt, ob ich mich melden sollte. Es geht natürlich um meinen Vetter Günther, der 15 Jahre älter ist als ich, Jahrgang 1907, von dem ich weiß, wie sehr er auch emotional getönt war. Er hat mir einmal gesagt, als ich ihn auch nach diesem Bereich fragte, er sei also ein leidenschaftlicher Anhänger von *Stefan George* gewesen und hat alles dieses Emotionale dann angenommen und dann eben auch in dem, was Sie von ihm kennen und was hier in Anspruch genommen wurde, verarbeitet. Ich wollte dann aber etwas ausführlicher Stellung nehmen zu dem, was die Referenten ja in hervorragender Weise in der immer noch zu kurzen Zeit solcher Referate haben sagen können. Ich möchte Sie alle hinweisen auf eine gerade erschienene Dissertation von einem *Lothar Becker*. Sie ist veröffentlicht bei Mohr in den Beiträgen zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts und behandelt das Geschehen, das Werden des AöR nach der Machtübernahme ganz ausführlich, wo also drinsteht, wie die einzelnen Mitglieder der alten Redaktion und mit welchen Begründungen und nach welchen Auseinandersetzungen insbesondere *Triepel* und *Smend* ausgeschieden sind. Eine ausführliche Arbeit mit zahlreichem wissenschaftlichen Apparat. Dann will ich zu einer Erinnerung geben, die mit unserem Thema nichts zu tun hat, aber da wurde ja die Bochumer Tagung erwähnt. Da wissen ja nun die meisten nicht mehr, wie es da zugegangen war. In der Tat, das war die Zeit der sog. Studentenbewegung, wo die in der Pause, als die Fenster geöffnet wurden, die Fenster blockiert

haben. Die Studenten brüllten im Sprechchor Öffentlichkeit, direkte Öffentlichkeit und es ging also gar nicht weiter. Da wurde versucht, den damaligen Rektor zu bitten, die Polizei auf den Campus zu holen, das hat aber Herr *Biedenkopf* abgelehnt. Daraufhin fand die Diskussion an dem Nachmittag dieses Tages nicht statt und am nächsten Tag zogen wir um in das Polizeipräsidium am Bochumer Bahnhof und dort ging es um die Studentenschaft, was womöglich aber die inhaltlichen Einstellungen zu dem Thema der verfaßten Studentenschaft und Staatsrecht mitbeeinflußt hat. Ich wollte nur aus dieser persönlichen Erinnerung, weil das schon angesprochen war, darauf hinweisen, denn die meisten hier, die waren da nicht und haben es so vielleicht auch nicht gehört. Danke schön.

Vogel: Da ich schon einen Zwischenruf gemacht habe, habe ich mir lange überlegt, ob ich mich überhaupt noch zu Wort melden sollte. Aber mir scheint es doch geboten, auf einen Gesichtspunkt hinzuweisen, der in den Referaten nicht behandelt wurde, und das ist die unterschiedliche Qualität der Beiträge von Staatsrechtlern zu nationalsozialistischen Theorien. Gewiß, „Qualität“ ist ein sehr schwierig zu bestimmender Begriff (siehe *Pirsig*), aber wir beurteilen ständig Qualität, wenn wir Examensarbeiten, Dissertationen und Habilitationen bewerten, also gibt es sie offenbar und eine Aussage über sie ist möglich, auch wenn Unschärfe dabei nicht zu vermeiden ist.

Wenn ich nun an meine lange zurückliegende Lektüre der hier behandelten Schriften als Student und Doktorand zurückdenke: mir ist damals aufgefallen, daß zwar alles sehr ideologisch, aber doch von höchst unterschiedlicher Qualität war. Vieles war, wie Herr *Mußnug* vorhin sagte, ganz einfach „verquast“. Anderem sah man den Opportunismus, das Ziel, sich einen Lehrstuhl zu „erschreiben“, geradezu an. Aber es gab doch auch Staatsrechtler, die versuchten, die neue Situation von deren Voraussetzungen her konsequent zu durchdenken. Als Studenten hatten wir in einer Übungsarbeit die Einordnung einer Richtlinie des Reichsministers Rust von 1934 unter die Kategorien des Grundgesetzes zu beurteilen: galt sie nach Art. 123 fort und mit welchem Rang? Damals bin ich auf *Ernst Rudolf Hubers* „Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches“ gestoßen. Das Buch hat mich nicht zum Nationalsozialisten gemacht; davor schützte mich schon die Erziehung, die ich genossen hatte. Aber ich fand es doch in sich konsistent, von seinen Voraussetzungen her scharf durchdacht, und ich konnte mit ihm etwas anfangen, was ich mit anderer Literatur jener Zeit nicht konnte. Das wollte ich gern hinzufügen, wenn es gewiß auch nur ein nachgeordneter Gesichtspunkt ist.

Preuß: Ich möchte mich nicht zu der Frage der Staatsrechtslehrer, sondern der Staatsrechtslehre, d.h. der wissenschaftlichen Disziplin und ihrer Maßstäblichkeit äußern. Hier haben wir vor allem von Herrn *Dreier* gehört, daß das Versagen der Staatsrechtslehre aus dem Fortfall ihres Gegenstandes erklärbar ist, weil Staatlichkeit nach 1933 nicht mehr existierte. Andere haben das bestritten und mehr darauf hingewiesen, daß im Nationalsozialismus nicht so sehr der Staat untergegangen sei, sondern das Recht. Dies ist eine wichtige Frage, denn wenn wir sagen, daß die Staatsrechtslehre ihre Rationalität verliert, wenn sie in Gestalt des Staates ihren Gegenstand verliert, dann müssen wir skeptisch über unsere eigene Zukunft denken. Denn wir werden ja morgen, wenn wir über Europa sprechen, hören, daß hier eine Transformation spezifisch staatlicher Herrschaft in einen anderen Typus von nichtstaatlicher Herrschaft stattfindet. Wenn das mit einem Verlust an Rationalität unserer Wissenschaft einhergehen würde, dann hätten wir allen Anlaß, über den Gegenstand unserer Wissenschaft noch einmal nachzudenken. Eine zweite Bemerkung, die damit zusammenhängt: Wir sollten nicht vergessen, daß auch die Vorgängerordnung, nämlich Weimar, keineswegs der klassische liberale Rechtsstaat war, im Sinne dessen, was Herr *Häberle* schon erwähnte, nämlich im Sinne z.B. der *Federalist Papers*. Das war sozusagen das Modell liberaler Demokratie. Aber Weimar war ja im Grunde genommen auch diesem Modell gegenüber etwas historisch ganz Neues. Hier sollte das erste Mal eine moderne industrielle Massendemokratie nach den normativen Maßstäben des 19. Jahrhunderts verfaßt werden. Das bedeutet, daß der Bruch mit den Prinzipien der liberalen Demokratie epistemologisch und wissenschaftsgeschichtlich gar nicht unbedingt 1933, sondern möglicherweise bereits 1919 stattfand. Die Weimarer Verfassung war mit schwierigsten Herausforderungen konfrontiert, weil hier eine klassengespaltene Massengesellschaft als politische Nation konstituiert werden sollte, die Nation aber nicht mehr als gleichsam ideelle Gegebenheit vorausgesetzt werden konnte. Die Schwierigkeiten beginnen also im Grunde 1919 und damit auch das Problem von Kontinuität und Diskontinuität. Das ist eine Ergänzung zu dem, was Herr *Schuppert* vorhin zu der Suche nach den Maßstäben für unsere Wissenschaft sagte. Vielen Dank.

Zacher: Ich möchte mir alle Wiederholungen versagen, noch einmal zu formulieren, was an Gutem heute nachmittag schon gesagt worden ist. Aber eines kann ich mir nicht versagen, Ihnen allen, die für diesen Nachmittag verantwortlich sind, Dank zu sagen. Für ein Mitglied der Vereinigung meines Alters, das ja auch noch sehr vielen Menschen nahestand, die auf der einen und der anderen Seite an dem Geschehen, das skizziert

worden ist, beteiligt waren, war es eine Notwendigkeit. Vor allem war es gut, wie es geschehen ist, wie heute nachmittag diskutiert wurde.

Aber ein Detail grummelt noch in mir, das jetzt mit dem Allgemeinen gar nichts zu tun hat, sondern das auf die Intervention von Herrn *Doehring* zurückgeht. Er rekurrierte auf das Volk von Berlin. Auf die Begeisterung des Volkes von Berlin. Und als aufgewachsener Niederbayer muß ich da Herrn *Doehring* sagen: Sie haben Berlin genauso beschrieben, wie wir es uns in Niederbayern immer vorgestellt haben. Dies ist sozusagen der heitere Teil meiner Bemerkung. Der ernste Teil ist: Es gab auch Teile im Reich, die diese Begeisterung im Frühjahr 1933 noch nicht geteilt haben. Und meine niederbayerische Heimat hat dazu gezählt. Meine Eltern haben dazu gezählt und viele Leute meiner persönlichen Erfahrungsumgebung haben dazu gezählt. Die haben immer noch gehofft, daß es irgendwelche Leute gibt, die widerstehen. Natürlich haben sie auf so falsche Pferde gesetzt wie den Hindenburg. In Bayern haben sie auf so ein extrem falsches und abwegiges Pferd wie den Ritter von Epp gesetzt usw. Aber denen hätte es gutgetan, wenn es auch noch Staatsrechtslehrer gegeben hätte, die auch versucht hätten, noch etwas zu halten. Aber ich möchte noch eine andere Sicht hinzufügen. Auch Bayern hat ja seinen eigenen Zwiespalt gehabt. Bayern war ja die Hauptstadt der Bewegung, nicht nur hintennach von Hitler her dazu ernannt, sondern von vornherein als Ordnungszelle Bayern hat es seine eigene Trächtigkeit gehabt in diese Richtung. Der Schluß, den ich daraus ziehen möchte, ist, daß die Staatsrechtslehre nicht unmittelbar in dieser Weise, wie Sie, Herr *Doehring*, es beschrieben haben, auch dem Volk aufs Maul schauen darf und sich vom Volk nicht entmutigen lassen darf. Ich glaube, auch das gehört zu den Lehren, nach denen gefragt worden ist. Die Staatsrechtslehre muß aus all den Erfahrungen die Lehre ziehen, daß sie das Richtige aus sich heraus sucht.

Hollerbach: Ich habe zwei Fragen zu stellen und eine Bemerkung zu machen. Die erste Frage knüpft an die schon mehrfach aufgeworfene Frage nach den Wurzeln und Prägungen an. Dabei darf wohl ein Gesichtspunkt nicht außer acht gelassen werden, nämlich die Frage nach Prägungen, die möglicherweise aus Konfession, Kirche und Religion folgen. Es ist ja *Carl Schmitt* erwähnt und als Katholik vorgestellt worden. Auf der anderen Seite sind auch *Hans Peters* oder *Ernst Friesenhahn* diesem Themenkreis zuzuordnen. Zugleich wird mit der Nennung dieser Namen auch die ganze Spannungsgeladenheit in dieser Frage deutlich. Ich möchte dazu keine These vertreten, wollte aber ausdrücklich auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen und fragen, ob die Referenten dazu etwas sagen können. In einem gewissen Zusammenhang

damit steht meine zweite Frage. Zum Staatsrecht gehört auch das Staatskirchenrecht, wenn wir das üblicherweise so richtig verstehen. Es gab in der Zeit des Dritten Reiches ja durchaus auch einige interessante staatskirchenrechtliche Publikationen, etwa von *Forsthoff* oder von *Werner Weber*, der heute schon in einem anderen Zusammenhang erwähnt worden ist. Mich würde interessieren, ob und inwieweit Sie in Ihren Zusammenhängen auf diese Publikationen gestoßen sind und wie Sie sie einordnen würden in die Würdigung der Entwicklung der Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Ich habe bei mir nicht durch Zufall – ich will gleich erklären, warum nicht durch Zufall – die Schrift von *Ernst Friesenhahn* „Staatsrechtslehrer und Verfassung“. Ich möchte gerne eine einleitende Passage daraus zitieren dürfen, weil sie – wie ich finde – in mustergültiger Klarheit, wie sie *Friesenhahn* ohnehin eigen war, zeigt, wie sich die Staatsrechtslehrervereinigung 1949 dargestellt hat bei ihrer Wiedergründung. Darauf nimmt er nämlich Bezug: „Da fanden sich nun Professoren ein, die schon die Bismarcksche Verfassung in ihren Vorlesungen behandelt und, monarchisch konservativ geprägt, das Recht der Weimarer Verfassung nur mit Abneigung vorgetragen hatten. Andere Staatsrechtslehrer, die als begeisterte Vorkämpfer der Demokratie Kronjuristen der Weimarer Zeit waren, solche, die nach 1933 trotz grundsätzlicher innerer Ablehnung des Regimes im Amt geblieben waren und in kühler Distanz ihren Hörern die Kenntnis des positiven nationalsozialistischen Rechts vermittelt hatten und andere, die begeistert in die neuen Fanfaren eingestimmt und aus Überzeugung nationalsozialistisches Staatsrecht traktiert hatten. Solche, die in dieser Zeit aus dem Amt entfernt, kaltgestellt oder nicht zum Lehramt zugelassen waren, einige, die sogar die Gefängnisse und Konzentrationslager kennengelernt hatten und andere, die sich glücklich durch alle Wechselfälle hindurchgerettet hatten.“ Eine, wie ich finde, klassische Beschreibung der damaligen Situation. Warum ich diese Schrift nicht zufällig in Händen habe: Ich beschäftige mich gerade mit *Fritz Freiherr Marschall von Bieberstein*, einem weniger bekannten Freiburger Gelehrten, der aber 1925 sozusagen Furore gemacht hat mit seiner Rede in Reimform „Der Kampf des Rechtes gegen die Gesetze.“ Er gehört ja insofern auch in die Vorgeschichte dessen, was wir heute hier verhandeln. Da spielt natürlich genau die Frage, die vorhin von Herrn *Battis* in die Debatte geworfen worden ist, die Frage nach der Treue zur Verfassung eine nicht unwichtige Rolle, und deshalb habe ich mir diese Schrift von *Friesenhahn* wieder einmal zu Gemüte geführt.

Hohmann: Selten haben mich Referate so nachdenklich gemacht. Es gab Momente, da ist mir fast der Atem gestockt. Ich möchte erstmal da-

für danken. Ich will deswegen den Vorschlag, den zuerst Herr *Schuppert* gemacht und dann auch Herr *Preuß* angedeutet hat, aufgreifen und unterstützen, nämlich daß wir uns bemühen, auch Maßstäbe zu klären. Herr *Sachs* hat z.B. angedeutet, daß einige Argumentations-Figuren sehr beliebig sind. Ich frage mich und Sie, ob vielleicht folgendes praktikabel wäre, so etwas wie eine Ethik der Staatsbürgerbeziehung im Rahmen von Staatsrecht – ganz konkret etwa bei den allgemeinen Grundrechtslehren – zu inkorporieren. Einen gewissen Ansatzpunkt dafür haben wir etwa mit Art. 79 Abs. 3 GG. Man könnte versuchen, in diesem Rahmen auch historisch, oder, wie Herr *Häberle* vorgeschlagen hat, rechtsvergleichend auszuloten, ob und inwieweit dem Verfassungsrecht eine solche Minimal-Ethik zugrundeliegt (vgl. auch die Radbruch'sche Formel). Dies ist eine offene Frage, die ich an mich und Sie habe. Danke.

Lepsius: Ich danke vielmals für die mehrfache Nachfrage zu den Thesen meiner Dissertation, die ich Ihnen heute natürlich nicht im einzelnen vorstellen kann und insofern auf rege Lesebereitschaft hoffe. Vielleicht einen Punkt aufgreifend: Die Frage nach positiven Kontinuitätslinien war mehrfach gestellt worden. Meiner Beobachtung nach hat ein Punkt besondere Aufmerksamkeit verdient, nämlich die philosophische Gesamtsituation der Zeit. Meines Erachtens ist schon die Weimarer Republik durch eine Aufbruchsstimmung in der Philosophie und Erkenntnistheorie bestimmt worden. Lassen Sie es mich so formulieren: Es entsteht der Glaube, durch eine neue Form der Begriffsbildung auf eine höhere Stufe der Erkenntnis zu gelangen mit dem Ziel, über bekannte Aussagen von Rechtsbegriffen hinaus zu kommen. Dieses verbindet sich dann mit dem Nationalsozialismus, mit einer politischen Umwälzung, die dieses höhere Denken als politisch umsetzbar erscheinen läßt. Das vielleicht als Appetizer, den Rest müßten Sie dann selbst lesen. Lassen Sie mich bitte noch die Gelegenheit zu zwei Fragen nutzen. Die erste an Herrn *Dreier*. Herr *Dreier* hat uns ja eindrucksvoll geschildert, wie die Staatsrechtslehre in die Bedeutungslosigkeit versank. Auf der anderen Seite, das haben Sie gleichfalls erwähnt, gibt es ein Sammelsurium an Flugschriften. Also haben wir das interessante Phänomen, daß die tatsächliche Bedeutungslosigkeit mit einer Inflationierung des Schrifttums korrespondiert. Kann man die These wagen, daß die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus um so bedeutungsloser wird, je mehr Engagement sie entfaltet? Je stärker sie politisch gestalten möchte, desto einflußloser wird sie, wenn es um ihr Hausgut, nämlich das Recht geht. Das wäre die Frage an Herrn *Dreier*. Die Frage an Herrn *Pauly*, ein bißchen muß ich auch sagen zu Herrn *Schuppert*, ist:

Ich habe mich gewundert, daß Sie, wenn ich Sie richtig verstanden habe, den Staatsbegriff als einen Erklärungsansatz zur Bestimmung gewählt haben, was nun NS-Recht ist, oder was im NS-Recht passiert ist – und nicht etwa den Begriff der Verfassung. Dieses Verständnis von Staatsrechtslehre sucht also die Bewahrung der spezifisch rechtlichen Kategorien im Staatsbegriff selbst. Das erstaunt mich. Denn wir wissen, daß der Staatsbegriff typischerweise diejenige Kategorie ist, die der Öffnung der Staatsrechtswissenschaft über das Rechtliche hinaus dient: in den Bereich des Sozialen, des Ökonomischen, des Historischen, des Politischen. Mir scheint, gerade die NS-Juristen haben diese Öffnung vorangetrieben. Ist dann jedoch der Staatsbegriff die beste Kategorie, um die Veränderungen im Nationalsozialismus konturenscharf herauszupräparieren? Sollte man nicht besser auf klassische Kategorien des Verfassungsrechts zurückgreifen, beispielsweise die Grundrechte, beispielsweise Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Demokratie- und Repräsentationsprinzip? Bei der Inanspruchnahme dieser Kategorien wäre die Frage zu stellen, ob die Zäsur in der Tat 1933 gesetzt werden kann. Es ginge um die Endphase von Weimar, in der diese Fragen diskutiert wurden. Meines Erachtens ist dann die entscheidende Frage, was passierte mit den Grundkategorien der Weimarer Verfassung, nicht so sehr, was passierte nach 1933 und in den darauffolgenden Jahren. Das ist eigentlich schon viel zu spät gedacht. Wenn Sie allerdings den Staatsbegriff als Kategorie heranziehen, dann können Sie in der Tat die Weimarer verfassungsrechtlichen Debatten ausblenden und machen es sich dann ein wenig zu einfach. Danke schön.

Heun: Ich möchte zwei Bemerkungen zu der Diskussion machen. Erstens zu der Frage der Einflußlosigkeit der Staatsrechtswissenschaft, die Herr *Schuppert* verglichen hat mit der heutigen Einflußlosigkeit. Ich meine, daß beides inkommensurabel ist, und zwar aus dem Grund, daß in der Frühzeit des Nationalsozialismus die Staatsrechtswissenschaft ihre Funktion als normative Wissenschaft, die normativ der Politik Vorgaben macht, im Grunde genommen bereits aufgegeben hat. Sie hat – und das kann man auch, wenn man die ganzen Schriften liest, sehr gut nachprüfen – die Entwicklung, die sich im politischen Raum vollzogen hat, beschreibend nachvollzogen. Ganz klassisch kann man das etwa bei *Scheuner* sehen. Sie hat aber darauf verzichtet, Vorgaben von sich aus zu machen, auch gerade, weil der Vorrang der Politik gegenüber einer positivistisch verstandenen Normativität anerkannt wurde. Damit hat sie natürlich ihre eigene Aufgabe von vornherein reduziert und sich in eine deskriptive und nachvollziehende, den Vorrang der Politik des Führers anerkennende Verhaltensweise zurückgezogen. Ich meine,

daß hier der wesentliche Unterschied zu heute liegt, so sehr man natürlich über die Einflußmöglichkeiten der Staatsrechtswissenschaft auch gegenüber dem Verfassungsgericht sonst streiten könnte. Der zweite Punkt ist veranlaßt durch die Frage von Herrn *Meyer*, nämlich die Frage, was eigentlich das Positive ist, das als Ziel verfolgt worden ist. Wenn man die zeitgenössischen Schriften auch schon in der Weimarer Republik liest, dann muß man einfach sagen, daß die Vorstellungen außerordentlich diffus sind. Es ist gerade nichts Konkretes. Man kann hier das sehen, was Herr *Doehring* uns geschildert hat, nämlich ein ganz diffuses Gefühl von Aufbruch, von Neuheit. Die neue Ordnung muß materiell sein, sie muß anders sein als bisherige Ordnung, als die positivistische Ordnung, als die liberale Ordnung, aber man hat eigentlich keine sehr konkreten Vorstellungen darüber, wie die neue Ordnung wirklich aussehen soll, und das ist der Hintergrund dafür, daß die Nationalsozialisten, weil sie relativ klare Vorstellungen hatten, was sie machen wollten, dieses, wenn man so will, hohle Gefäß ausfüllen konnten und auf Widerstandslosigkeit gestoßen sind, eben deswegen, weil keine konkreten Vorstellungen über das Neue vorhanden waren und man dann einfach das Neue, wie es kam, akzeptiert hat. Danke.

Lege: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich hatte 1983 das Glück, an dem Seminar teilzunehmen, das Herr *Böckenförde* zu Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich veranstaltete. Ich hatte mich damals mit den methodologischen Fragen beschäftigt und dabei den Eindruck gewonnen: Man kann dieses verquaste Denken der NS-Zeit, von dem die Rede war, durchaus noch genauer bezeichnen. Herr *Lepsius* hat dieses Denken in seiner Dissertation, wenn ich das nachtragen darf, die „*gegensatzaufhebende Begriffsbildung*“ genannt – eine Begriffsbildung, mit deren Hilfe man unter „*Aufhebung*“ der niedrigeren Stufe des Verstandes auf eine höhere Stufe der Erkenntnis gelangen wollte: *Hegel* ohne Metaphysik. Meiner Ansicht nach war die Art, in der damals argumentiert wurde, letztlich ein Verzicht auf juristische Methode. Und der Effekt war – das macht das Verquaste aus – ein Realitätsverlust, der auf unklaren Verheißungen beruhte (auch das wurde bereits angesprochen). *Carl Schmitt* hat damals formuliert: „Wir denken die Rechtsbegriffe um“, denn „wir sind auf der Seite der kommenden Dinge“.

Ich möchte deshalb durchaus anknüpfen an die Warnungen von Herrn *Bullinger* und Herrn *Böckenförde*. Wir sollten uns vielleicht fragen, und das wäre Aufgabe für die Jüngeren, wo sich heute Realitätsverluste im juristischen Denken ausdrücken könnten – vielleicht schon in der juristischen Literaturfülle, die Herr *Lepsius* angesprochen hat? –

und wo heute die Verheißungen liegen könnten, für die wir die Rechtsbegriffe umdenken. Denn eine Gefahr, ja die Hauptgefahr für das Recht besteht darin, daß es sich instrumentalisieren lassen kann. – Herr Böckenförde, Sie haben die Frage, woher denn heute die Gefahren für das Recht drohen könnten, offengelassen. Ich will deshalb nur vorsichtig fragen: Vielleicht drohen sie mittlerweile weniger von der Politik als von der Wirtschaft? Vielleicht droht von dorthier eine Instrumentalisierung, die wir kaum wahrnehmen?

Herrn Paulys letzte These knüpft an das berühmte Böckenförde-Diktum an. Ich möchte ihr entgegenhalten: Vielleicht gibt es für die Staatsrechtslehre doch auch Voraussetzungen, die *nur sie* garantieren kann. Und als letzte Bemerkung: Wenn das Recht und das Staatsrecht instrumentalisiert werden sollen, dann können *nur wir* uns wehren.

Funk: Herr Vorsitzender, meine sehr geehrten Damen und Herren! Da ich aus Wien komme, habe ich, ob ich will oder nicht, zum Thema des heutigen Tages eine besondere Beziehung. Vor mehr als 10 Jahren habe ich an einer Studie mitgewirkt, die sich mit dem Nationalsozialismus in Österreich befaßt hat. Mein Beitrag betraf die Staatsrechtslehre dieser Zeit und deren Vertreter. Es hat sich gezeigt, daß sämtliche Denk- und Verhaltensmuster, von denen wir heute in den Vorträgen gehört haben, auch in Österreich, das es damals offiziell nicht gegeben hat, verbreitet waren. Es wäre überraschend, wenn es anders wäre. Mehrfach ist heute die Frage gestellt worden, woher diese Art des Denkens und publizistischen Handelns gekommen und wo sie geblieben ist. Das Dilemma der Thematik liegt darin, daß das Rechtsdenken des Nationalsozialismus im Grunde genommen auf eine Negation des Rechts und all dessen hinausläuft, was das Recht ausmacht, was ihm Dignität und Kraft, kurz: Existenz, verleiht: Es ist die Achtung vor der *conditio humana*, vor der Würde und Gleichheit des Einzelnen, und zwar eines jeden Einzelnen nach dem Motto: „Der Mensch ist ein Mensch und jeder Mensch ist ein Mensch“ (auch Tautologien haben ihre Orientierungsfunktion, wie *Ludwig Wittgenstein* gezeigt hat). Im Nationalsozialismus ist diese Verknüpfung gelehnt und aufgehoben worden. Dies hat im Ergebnis zu einer Art HIV-Infektion des Rechts und des Rechtsdenkens und in weiterer Folge zu einem Zusammenbruch des Immunsystems geführt, das die grundlegenden Rechtswerte schützt. Drastisch formuliert: Das Recht und das Rechtsdenken wurden von einer tödlichen Krankheit des Geistes und der Seele heimgesucht. Die Krankheitserreger waren immer da. Dies hat vor allem die österreichische Historikerin *Brigitte Hamann* in ihrem Buch über „Hitlers Wien. Lehrjahre eines Diktators“ (zuletzt 1997) in beeindruckender Form gezeigt. Selbst

die unglaublichsten Dinge, wie das Zusammentreiben von Menschen in Konzentrationslagern, das Kennzeichnen durch Tätowieren und schließlich deren industriell organisierte physische Vernichtung als „Nichtmenschen“, waren bereits im 19. Jahrhundert sehr konkret gedacht und gefordert worden. Innovativ ist der Ungeist des Nationalsozialismus nicht gewesen. Von den vernichtenden Worten zu den vernichtenden Taten ist es nur ein kleiner Schritt, wenn die Verhältnisse danach sind. Die Psychologie geht davon aus, daß es Parallelen in der Entwicklung des Einzelnen und der Gesellschaft gibt. Die Individualpsychologie und die Sozialpsychologie haben es zum Teil mit den gleichen Phänomenen zu tun und kommen zu ähnlichen Erklärungen. Wie beim Einzelnen kann es auch in Gesellschaften emotionale und kognitive Störungen geben, die zu destruktiven Verhaltensweisen führen. Es handelt sich um Störungen im Wechselspiel von physis und nomos, um Störungen in der Beziehung zwischen Wirklichkeitssinn, Möglichkeitssinn und Wunschdenken. Die Phänomene sind gut beschrieben, ihre Ursachen und Wirkungen sind weitgehend erforscht. Ich frage mich, ob das heutige Thema ein geeigneter Gegenstand für die Staatsrechtslehre und deren Methoden ist. Mir scheint, daß die Sozialpsychopathologie im gegebenen Zusammenhang mehr zu sagen hätte als die Staatsrechtslehre, die höchstens einen Befund geben, nicht aber in die Tiefe der Wirkungszusammenhänge eintreten kann. Man sollte sich die Grenzen zumindest bewußt machen und bedenken, daß sich staats- und rechtswissenschaftliche Methoden nicht zur Behandlung von etwas eignen, was den Staat und das Recht pervertiert hat. Anderenfalls besteht die Gefahr, daß methodische Seriosität – ungewollt – zur Legitimation von etwas beiträgt, was nicht legitimierbar ist. Nationalsozialismus sollte nicht wie eine normale politische Ideologie behandelt werden.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr *Funk*. Bevor ich jetzt den beiden Referenten das Schlußwort erteile und gleichzeitig Sie alle schon in ihrem Namen, nämlich dem Namen der beiden Referenten, um Verzeihung dafür bitte, daß es unmöglich sein wird, diese reiche Diskussion voll in der Weise aufzunehmen, daß auf alles geantwortet wird, will ich eine präzise Frage stellen, ohne Erwartung, daß sie beantwortet wird. Nämlich die Frage, ob man nicht die *Carl Schmitt'sche* Demokratietheorie, vor allem die Akklamationstheorie, die schließlich 1928 erschienen ist, bevor die eigentlich wichtige Krise in Weimar einsetzte, als einen sehr wichtigen Vorläufer für das, was hinterher gekommen ist, ansehen muß. Ich habe es jedenfalls offengestanden immer so gesehen. Ich gebe jetzt zunächst Herrn *Pauly* und dann Herrn *Dreier* das Wort. Herr *Pauly*.

Pauly: Meine sehr geehrten Damen und Herren, ich bedanke mich für die Vielzahl von Anregungen und Schilderungen von Atmosphäre, persönlichen Erlebnissen, Perspektivenreichtum, Details und die grundsätzlichen Überlegungen und Nachfragen. Ich kann, wie der Herr Vorsitzende bereits gesagt hat, jetzt nicht auf jede einzelne Wortmeldung der Reihe nach eingehen, weshalb ich mich zunächst mit den direkten Nachfragen beschäftigen möchte. Der Reihenfolge nach ist zuerst auf Herrn *Lepsius* einzugehen, in systematischer Hinsicht betrifft dies die Staatszentrierung meiner Themenbehandlung. Sie verdankt sich nicht dem Umstand, Herr *Lepsius*, wie Sie es sagen, daß ich damit hätte herausfinden wollen, was das NS – Recht ist, sie verdankt sich vielmehr der Fragestellung, womit sich die NS – Staatsrechtslehre beschäftigt hat. Das ist ein Unterschied, ein wichtiger Unterschied, und zwar ein Unterschied für die historiographische Fragestellung. Insofern meine Beschäftigung mit dem Insistieren von *Huber* und *Forsthoff*. Bei dieser Gelegenheit eine Bemerkung zu der Anfrage von Herrn *Stolleis* nach den völkerrechtlichen Implikationen der Unterscheidung von Staat und Gemeinschaft, die evident und damals auch diskutiert worden sind, die ich aber deswegen nicht behandelt habe, weil die Absprache der Referenten so lautete, daß Herr Kollege *Dreier* das Völkerrecht übernimmt. Bei der Behandlung der Diskussion des Staatsbegriffes, da muß ich Herrn *Preuß* zustimmen, darf natürlich nicht übersehen werden, daß es der Disziplin um das Recht geht, und das, was in seinem Schwinden die Sache so problematisch macht, ist das Staatsrecht als Recht. Es ist die Normativität, die überhaupt verloren geht, und es ist ein Schwund an ethisch – humanistischen Gehalten des Rechts. Das möchte ich sogleich noch einmal aufgreifen. Zunächst weiter zu Herrn *Gallwas*: Sie haben meine These 13 angegriffen und eine Relativierung vermißt, die ich an sich mit dem Wort „sogesehen“ schon vorgenommen zu haben dachte. Deswegen kann ich die Apodiktik, die Sie rügen, nicht sehen. Sie haben von einer demoralisierenden Lösung gesprochen. Dies liefert in der Tat einen Anknüpfungspunkt. Es geht Ihnen hier um Moral. Das positive Recht hingegen ist eine Vorgabe für den positiv – rechtlich arbeitenden Staatsrechtslehrer, die ihn als Positivisten auch ins Verderben stürzen kann. Daneben gibt es sicher ethische Prägungen und Fragestellungen, die den Staatsrechtslehrer, wie etwa einen *Gerhard Anschütz*, davon abhalten können, sich weiterhin als Positivist mit diesem positiven Recht in den Hörsälen zu beschäftigen. Sie haben auch das Grundgesetz genannt, aber das ist dann positives Recht, das heute jene moralischen Gehalte, um deren Verlust es Ihnen ja gegangen ist, beinhaltet. Nur, wie soll die Lösung aussehen, wenn wir zu einem Naturrecht zurückkehren, wer sollte das herleiten und begründen? Wäre es nicht vielmehr ange-

zeigt, das ist hier mehrmals angesprochen worden, das Problem über einen gewiß zeitgebundenen Diskurs über moralische Grundsätze einzuholen? Genauso wie es eine Medizinethik gibt, kann es auch eine Juristenethik geben, also eine fachbezogene Spezialethik. In dieser mag man sich dann über die Grundregeln dessen verständigen, was ein Staatsrechtslehrer zu seiner Zeit machen und mitmachen darf. Aber das ist dann nicht der Gegenstand, den der positiv – rechtlich arbeitende Staatsrechtslehrer sich vorlegt, sondern etwas, was ihn von außen stützt und bei seiner Arbeit begleitet und was ihn, wie *Anschütz* oder *Peters*, dazu leiten kann, sich gegebenenfalls aus einer bestimmten Beschäftigung und Behandlungsart zurückzuziehen. Zum Schluß möchte ich die Frage nach der Anfälligkeit der so klugen Köpfe im deutschen Staatsrecht aufgreifen, und das ist eine Frage, die viel breiter anzugehen wäre, indem man sich mit den Intellektuellen überhaupt beschäftigt und mit ihrer Anfälligkeit im Dritten Reich. Was war das für ein Klima, was waren die geistigen Vorprägungen? Das Staatsrecht ist viel zu akzessorisch, um hier isoliert betrachtet werden zu können. Da gibt es nun den Ansatz von Herrn *Lepsius* in seinem Buch über die gegensatzauhebende Begriffsbildung. Er hat uns hier ja vorhin schon ein bißchen Appetit gemacht. Ich stimme in vielem zu, gerade was die Begründung der Anfälligkeit angeht, würde aber trotzdem im Sinne historischer Differenzierung darauf hinweisen wollen, daß viele der von Herrn *Lepsius* behandelten Phänomene nur als Vorläuferphänomene verbucht werden können. So kam etwa zum Gemeinschaftsdenken noch das rassische Element hinzu, wie Herr *Lepsius* in seinem Buch betont. Aber das sind eben wichtige Zutaten und es sind auch Unterschiede, die Unterschiede machen, und das sollte man sich auch verdeutlichen. Ich hoffe, zumindest knapp zu den sachlichen Grundfragen Stellung genommen zu haben, gewiß ohne jedes Diskussionsdetail zu beantworten.

Dreier: Vielen Dank, Herr Vorsitzender. Ich darf mich ebenfalls zunächst für die Vielzahl und inhaltliche Fülle der Redebeiträge bedanken und jetzt das kleine Kunststück vollbringen, auf mehr als 25 Redner in gut 15 Minuten zu antworten. Das mache ich einfach dadurch, daß ich im folgenden sechs verschiedene sachliche Schwerpunkte bilde, und wenn ich nicht jeden einzelnen Redner persönlich mit Namen anspreche oder nenne, dann heißt das nicht, daß der Beitrag nicht angekommen wäre. Vorweg erlauben Sie mir in Ergänzung zu dem Beitrag von Herrn *Starck* einen Hinweis auf den *genius loci*. Herr *Starck* hat ja zutreffend darauf hingewiesen, daß hier im Oktober 1933 der sogenannte „Deutsche Juristentag“ stattgefunden hat, auf dem *Carl Schmitt* einen Vortrag hielt, der dann später unter dem Titel „Staat, Bewegung, Volk“

publiziert worden ist. Eigentlich wollte ich in einer bestimmten Phase der Vorbereitung meines Referates mit diesen Vorgängen beginnen. Aber als genau das dann in der NJW-Beilage zum diesjährigen 63. Juristentag breit dargestellt wurde, habe ich den Neuigkeitswert nicht mehr für so groß gehalten und den Gedanken fallengelassen. Aber ich kann vielleicht einen weniger bekannten Punkt ergänzen. 1940 hat hier in Leipzig eine Tagung von Staatsrechtslehrern im Zuge der sogenannten „Aktion Ritterbusch – Deutsche Geisteswissenschaft im Kriegseinsatz“ stattgefunden. Ergebnis war ein zweibändiges Werk, herausgegeben von *Ernst Rudolf Huber*, mit dem Titel „Idee und Ordnung des Reiches“, und im Vorwort schreibt *Huber*, das erste Mal nach neun Jahren hätte wieder eine Arbeitstagung deutscher Staatsrechtslehrer stattgefunden. Das ist vielleicht auch ganz interessant.

Nun komme ich zu den sachlichen Schwerpunkten. Zunächst ist in einer Reihe von Beiträgen die Frage des historischen Überganges 1933 angesprochen worden, illustriert mit persönlichen und biographischen Hinweisen. Von Bedeutung ist natürlich die Frage des „Warum“, und das kann und muß man als gesamtgesellschaftliche, politisch-historische Frage angehen. Daß man diese Frage „Wie konnte es dazu kommen?“ nicht in einem solchen Referat umfassend beantworten kann, ist ganz klar. Ich glaube aber, daß *ein* ganz wichtiger Faktor die Erfahrung fast aller damaligen Zeitgenossen war, sozusagen vom Taxifahrer bis zum Staatsrechtslehrer, die Erfahrung, daß man es mit der Weimarer Republik mit einer nicht funktionierenden Form staatlicher Ordnung zu tun hatte. Daran hatten die politischen Parteien, übrigens auch diejenigen, die nicht zu den extremen gehörten, ein gerüttelt' Maß an Mitschuld, weil sie nämlich im wesentlichen negative Politik betrieben haben. Und immer, wenn sie versucht haben, positive Politik zu betreiben und auch einmal den Reichskanzler zu stellen und sich dann in Koalitionen auch einmal etwas abringen lassen zu müssen, dann sind sie von den Wählern dafür bestraft worden. Es kommt hinzu, daß die verfassungsrechtliche Lage ab dem Sommer 1932 hoffnungslos verfahren war. Es war letztlich keine Lösung in Sicht, die nicht entweder Verfassungsbruch bedeutet hätte und dann möglicherweise Bürgerkrieg – Hitler hatte mit der SA eine bürgerkriegsfähige Truppe – oder aber seine Ernennung zum Reichskanzler mit den folgenden Schritten. Das ist wirklich eine verfahrenere Situation gewesen, aus der niemand einen Ausweg gewußt hat, auch die Positivisten nicht, von denen ich ja sonst viel halte. Aber dieser Konflikt war eben nicht aufzulösen. Diese allgemeine Bewußtseinslage hat *Ernst Rudolf Huber*, auf den ich noch ein paar Mal zu sprechen kommen werde, weil er die zentrale und – wie ich finde – die eigentlich tragische Figur unter den Staatsrechtslehrern des Dritten

Reiches ist, auf dem von *Quaritsch* veranstalteten Symposium „Complexio Oppositorum“ sehr schön geschildert, wie man nur die Krisen im letzten Kriegsjahr und dann die Krisenjahre der Republik erlebt hat und nie das Gefühl gehabt habe, es könne sich die Weimarer Republik jemals zu einem funktionierenden Staatswesen entwickeln.

Das erklärt auch schon etwas den zweiten Punkt, den u. a. von den Herren *Starck, Schuppert, Vogel, Meyer, Bullinger, Hollerbach* und *Funk* angesprochenen Komplex der geistigen Vorarbeiten und Vorprägungen: was gab es denn eigentlich in Weimar oder vielleicht noch vor Weimar, was die spätere Entwicklung ermöglicht hat. Es gab eine große Bereitschaft alles aufzusaugen, was auf Verneinung dieses ja sehr rationalen, liberalistischen, westlich geprägten, aber eben überhaupt nicht funktionierenden Systems gerichtet war. Und da war die Bereitschaft sehr groß, und das ist wirklich aus der heutigen Sicht ganz erstaunlich, sich bewußt der Irrationalität anheim zu stellen: also nicht auf rationale Formen zu setzen, wie wir dies als Juristen ja zunächst gern tun, sondern bewußt der Irrationalität Raum zu geben.

Es gibt eine schöne Stelle aus *Hans Freyers* „Staat“ von 1925, an der er etwas über den Führer schreibt, was dann später auch immer wieder rezipiert worden ist. Dort heißt es in aller Offenheit, für den sozusagen an Vernunft und ratio orientierten Geist klinge dies alles natürlich völlig unverständlich und nicht nachvollziehbar; aber für den, der es fühlt, sei es von der allerüberzeugendsten Kraft, daß man sich einem Führer anvertraut und ihm folgt. Das würde ich übrigens nicht mit Psychopathologie erklären wollen. Dieser Ansatz läuft mir zu sehr darauf hinaus, daß man dem anderen ein Krankheitsbild zuschreibt. Eben diese Strategie hat es ja unter den Nazis auch gegeben, und vor einer schlichten Inversion dieses strukturellen Arguments möchte ich warnen. Aber bewußte und bejahte Irrationalität ist ein wichtiger Punkt. Und ein weiterer Punkt ist natürlich, daß diese geistigen Vorläufer und Grundlagen außerordentlich breit und diffus gewesen sind und später von den Nationalsozialisten gebündelt werden konnten. Zwar nicht so stark, daß nun alle für die NSDAP votierten: ich darf noch einmal daran erinnern, daß auch bei den Wahlen am 5. März 1933, die keine freien Wahlen mehr waren und die nach einem wochenlangen Terror in Preußen und in anderen Ländern stattfanden – Göring hatte 50 000 SA-Leute im Februar zu Hilfspolizisten ernannt –, daß auch bei diesen Wahlen die NSDAP nicht mehr als 43 % der Stimmen errungen hat. Also daß sich hier das gesamte deutsche Volk dem Nationalsozialismus ergeben hätte, kann man wirklich nicht sagen. Aber die Bereitschaft breiter Kreise, auch und gerade der Intellektuellen, zur Abkehr von Weimar war insgesamt zweifelsohne sehr groß. Es gab eine unglaubliche Vielzahl von

konservativen Gruppen, und verschiedene Namen sind ja bereits genannt worden, etwa der von *Spengler*. Es gab ferner die Altgermanen und die monarchistischen Richtungen, den Kreis um *Stefan George*, insgesamt eine große Breite von Gruppen, darunter beileibe nicht nur rückwärtsgewandte, restaurative, sondern sehr nach vorne gerichtete, sehr modern denkende Kreise, nicht restaurativ, aber antidemokratisch modern. *Ernst Jünger* ist so ein Beispiel dafür. Über diese Vielfalt kann man in einigen schönen Büchern von *Stefan Breuer* genauer nachlesen. Philosophisch scheint mir eines wichtig zu sein, und da komme ich wieder auf *Huber* zu sprechen, es trägt natürlich staatsphilosophisch ganz schön der Rechtshegelianismus. Er trägt viel besser als der Neukantianismus, das muß man einfach sagen. Und diese sozusagen hegelianische Sicherheit trägt nach meinem Dafürhalten und nach monatelanger Lektüre einschlägiger Schriften auch und gerade *Ernst Rudolf Huber* sehr weit hinein in das neue System. Er hat das sehr früh schon in einer Rezension im AöR 1934 zum Ausdruck gebracht, wo es heißt: „Die Autorität des Staates beruht darauf, daß er seine objektive Idee, sein Lebensgesetz erfüllt, und die Wiedergeburt der deutschen Staatlichkeit geht darauf zurück, daß endlich die Gestalt der nach außen und innen einigen, kraftvoll geschlossenen Nation wieder zum Ziel und Inhalt des Staates geworden ist.“ Jetzt hat sozusagen die Geschichtsmächtigkeit einer bestimmten Idee ihre Verkörperung gefunden, und das läßt sich auf dem Hintergrund einer hegelschen Geschichtsphilosophie viel besser mittragen und nachvollziehen als von anderen, ohne daß damit der Hegelianismus diskreditiert sei.

Der nächste Punkt und vorletzte Punkt, was den Nationalsozialismus im engeren Sinne angeht, ist die Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus. Das ist mehrfach angesprochen worden, etwa von Herrn *Schiedermair*, Herrn *Tomuschat*, Herrn *Battis*, Herrn *Bullinger*, Herrn *Böckenförde*, Herrn *Klein*. Gibt es so etwas wie eine Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus? Das ist nun das zentrale Thema gewesen, sowohl bei Herrn *Pauly* als auch bei mir. Ich glaube, eine erste Antwort muß lauten, natürlich kann es so etwas geben unabhängig davon, ob es eine geschriebene Verfassung im Sinne einer Verfassungsurkunde gibt. Das ist ganz klar. Aber gab es das und konnte es das geben im Nationalsozialismus? Hier ist mir ein Punkt außerordentlich wichtig, der vielleicht in einigen Redebeiträgen ein bißchen zu kurz gekommen ist, nämlich der Zeitfaktor. Es ist keineswegs schon alles 1933 entschieden, sondern bei allen drei Elementen – und so würde ich bitten, meine Thesen 8ff. zu lesen – spielt der Zeitfaktor eine ganz wichtige Rolle. Das entwickelt sich so im Laufe der Zeit und radikalisiert sich und mit jeder Radikalisierung verliert die Staatsrechtslehre gewissermaßen ein Stück weit ihr

Objekt, auf allen drei Ebenen: völkisches Denken, Führer, Bewegungsstaat. Aber nichts ist 1933/34 schon endgültig vorbei. Und auch was man zum Teil hören und lesen kann, im Grunde genommen hätte es ja damals auch gar keine Staatsrechtslehre mehr gegeben, schon 1934/35 nicht, stimmt so nicht, das hört auch nicht 1939 auf, sondern da beginnt eine neue Welle von Publikationen, die ungefähr überschrieben ist „Das Reich und die Kriegsführung“ oder das „Staatsrecht im Kriege“. Jetzt fragt man sich, was bedeutet denn die Kriegssituation für das Staatsrecht? Also an Publikationen fehlte es auch in der Zeit nicht, man muß nur den Zeitfaktor berücksichtigen. In diesem Kontext vielleicht auch der wichtige Hinweis von Herrn *Vogel*, ob nicht die Beiträge höchst unterschiedliche Qualität aufweisen. Natürlich, das tun sie, ganz eindeutig. *Huber*, deswegen ist er für mich sozusagen die tragische Figur, ist mit Abstand die überragende intellektuelle Gestalt mit einem Maß an Stoffbeherrschung, von scharfer Begrifflichkeit und prägnanter Formulierungskraft, daß man nur traurig darüber sein kann, daß er diese seine Fähigkeiten an dieses Objekt gewandt hat. Auch *Scheuner* liegt von der wissenschaftlichen Qualität her deutlich höher als viele andere; das macht einen Riesenunterschied. Vielleicht das insofern nur als Andeutung. Nun zu dem Hinweis von Herrn *Tomuschat*, ob es nicht so etwas wie ein gemeineuropäisches Gedankengut gab, an das man vielleicht auch nach 1933 hätte anknüpfen können. Hier muß man sich vielleicht deutlicher klarmachen, daß es in der Zeit zwischen den Kriegen, also zwischen Erstem und Zweitem Weltkrieg, möglicherweise gemeineuropäische Entwicklungen gegeben hat. Sie liefen nur leider alle in Richtung Faschismus, Totalitarismus und Kommunismus. Die Ausnahmen waren Großbritannien und die Schweiz. In den meisten anderen Ländern, das hat *Horst Möller* in seinem Buch über die Zeit zwischen den Kriegen sehr schön geschildert, haben wir eine Entwicklung weg von Parlamentarismus und Demokratie. Es ist consensus omnium, daß das nicht funktioniert. Der italienische Faschismus ist das große Vorbild, und damit bin ich bei meinem vierten Schwerpunkt. Von Herrn *Stolleis*, auch von Herrn *Häberle* und Herrn *Schneider* ist die Frage der Beispiellosigkeit des Nationalsozialismus und der Vergleich mit anderen Formen angesprochen worden. Solche Vergleiche und Parallelen sind natürlich immer wichtig und sicher auch ertragreich. Der Punkt ist nur, daß schon 1933 ff. in der deutschen staatsrechtlichen Literatur ganz deutlich die gravierenden Differenzen zwischen Nationalsozialismus und italienischem Faschismus betont werden. Wenn man von Faschismus gesprochen hat, hat man in der Literatur immer nur den italienischen Faschismus gemeint; da brauchte man keinen Zusatz. Er setzte sich vom deutschen Nationalsozialismus durch zwei wesentliche Diffe-

renzen ab. Erstens durch das völlige Fehlen des völkischen Rechtsdenkens, also des rassistischen Elementes. *Koellreutter* schreibt in der ihm eigenen robusten Art, der italienische Faschismus sei „avölkisch“. Und zweitens gibt es keine Parallele zum Dualismus von Bewegung und Staat. Der italienische Faschismus ist staatszentriert: die Bewegung soll den Staat erobern und dann mit ihm verschmelzen, ihn besetzen; in Deutschland herrscht, wie beschrieben, Dualismus. Und das ist der einzige Punkt, Herr *Stolleis*, an dem ich von „beispiellos“ und „ohne Parallele“ gesprochen habe, nur in diesem Punkt. Daß man sich jetzt auch anderen Systemen, kommunistischen oder totalitären, zuwenden könnte, liegt nahe, wäre aber im Augenblick ein bißchen viel.

Zwei Punkte noch, dann komme ich zum Ende. Zunächst die u.a. von den Herren *Böckenförde*, *Heun* und *Lepsius* berührte Frage nach den Lehren und Aufgaben der Staatsrechtslehre: „Was lehrt uns das?“, was können wir aus der Entwicklung für Lehren ziehen? Die Stärkung der Grundlagenfächer gemäß dem Vorschlag von Herrn *Gröschner* hat meine absolute Sympathie. Aber einige, ich glaube Herr *Schuppert* und auch Herr *Hohmann*, scheinen mir weitergehend in Richtung einer materialen Staatsethik argumentiert zu haben, die dann gewissermaßen als festes Fundament Schutz bietet gegen solche Herausforderungen oder Versuchungen. Ich bin sehr vorsichtig gegenüber allen materialen Ethiken. Denn wenn man sich die Weimarer Situation anschaut, stellt man fest, daß die Staatsrechtslehre dort zu weiten Teilen von materialen Ethiken geprägt war. Nur die Inhalte würden uns heute nicht gefallen. Ich halte es für einen gedanklichen Kurzschluß anzunehmen, nur weil wir heute glauben, die „richtigen“ Inhalte zu kennen, könnten wir eine materiale Staatsethik entfalten, die gewissermaßen auch gegen das positive Staatsrecht der jeweiligen Zeit in Opposition gebracht werden kann. Das geht – glaube ich – nicht. Es wäre auch nicht mein Verständnis von der Aufgabe der Staatsrechtslehre und von Staatsrechtslehrern. Als solcher muß man sich dem Material, das einem vorgegeben ist, unterwerfen; wenn einem das Material nicht paßt, kann man ja schweigen. Die entscheidende Frage ist doch eigentlich, warum nach 1933 nicht viel mehr geschwiegen haben.

Nun zum sechsten und letzten sachlichen Schwerpunkt: Europa. Ich wundere mich, daß ich für meine Thesen nicht viel mehr kritisiert worden bin. Im Kern wollte ich dafür plädieren – das vielleicht zu Herrn *Battis* –, sich auch mit dieser Phase einmal unter Europagesichtspunkten zu beschäftigen. 90 % unserer Europarechts-Lehrbücher sehen zur Zeit so aus: Randnummer 6 zur Europaidee vor dem Zweiten Weltkrieg, Randnummer 7 zur Europaidee nach dem Zweiten Weltkrieg. Mein Wunsch ist, daß wir demnächst noch eine Randnummer 6a oder

6b lesen können. Ich glaube auch, daß es eine Erklärung für diese Nichtbehandlung gibt. Es ist eine bestimmte Art der Verweigerung, sich mit dieser Zeit zu beschäftigen, indem man sie einfach tabuisiert und ignoriert: so etwas wie nationalsozialistische Europapläne darf es gewissermaßen nicht geben. Diese Einstellung halte ich nicht für richtig. Sehr gut ist die von Herrn *Klein* angesprochene Parallele dieses europäischen Großraumprojektes zu Napoleon, denn sie zeigt die Kraft des Hegemonialgedankens und sie zeigt auch, wie einmalig die Europäische Union ist, solange sie eine in jeder Hinsicht nichthegemoniale Veranstaltung bleibt. Im übrigen gab es damals in den 40er Jahren eine Parallele zu dem, was sich in Europa abspielte, nämlich den „großasiatischen Wirtschaftsraum“. Da spielte sich das gleiche parallel ab mit Japan als führender Macht, und darüber wurde auch wechselseitig korrespondiert. Meine allerletzte Bemerkung gilt dem Beitrag von Herrn *Preuß*. In der Tat: wenn wir uns vom Staat als der ja einige Jahrhunderte gültigen Form politischer Vergesellschaftung und gesellschaftlicher Ordnung verabschieden und neue Formen suchen, dann müssen wir feststellen, daß bislang die einzige Organisationsform, die Freiheit, Demokratie und Menschenrechte verbürgt hat, der Nationalstaat war. Man sollte ihn vielleicht nicht vorschnell aufgeben, bevor man andere Formen gefunden hat, die das ebenso gut garantieren könnten.

Soweit zum Komplex der sachlichen Fragen. Jetzt gestatten Sie mir noch, mit einem Wort des Dankes zu schließen. Ich möchte dem Vorstand für die Betrauung mit dem Thema danken, das schwierig war, aber auch eine wichtige Herausforderung darstellte. Was ich Ihnen heute präsentiert habe, ist sozusagen der gegenwärtige Stand meiner Irrtümer zu diesem Thema. Möglicherweise war es auch kein Zufall, daß wir heute am Mittwochnachmittag, dem Zeitpunkt der Mitgliederversammlung, getagt haben und nicht wie sonst am Donnerstag oder Freitag, denn jedenfalls indirekt haben wir heute auch über die Vereinigung und damit letztlich über uns gesprochen. Es hat vielleicht stärker als sonst persönliche Fragen und persönliche Anmerkungen gegeben, aber das fand ich gut und wichtig. Vielleicht war unser heutiger Beratungsgegenstand auch gar kein normaler Beratungsgegenstand, sondern eher eine Art dislozierter Tagesordnungspunkt unserer Mitgliederversammlung. Und vielleicht war unsere heutige Diskussion nicht nur eine reine Fachdiskussion, wie es sie auf allen vergleichbaren Tagungen und Kongressen gibt, sondern das, was sie ausweislich unserer Veröffentlichungen eigentlich immer ist: eine echte „Aussprache“. Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine sehr verehrten Damen und Herren, die Zeit drängt, dennoch muß ich auch noch einen Dank anschließen. Einen

Dank vor allem und zunächst ganz besonders an die beiden Referenten, an Herrn *Dreier* und Herrn *Pauly*, die diesen Nachmittag in dieser Weise geprägt haben, aber auch an alle Diskussionsteilnehmer, die sich vorzüglich und dafür darf ich mich wirklich bedanken, an die zeitlichen Vorgaben gehalten haben, und die, ich glaube, das kann man danach sagen, eine reiche Diskussion und eine reiche Ernte dieser Vorträge uns in der Diskussion beschert haben. Ich freue mich sehr darüber, daß die Entscheidung dieses Vorstandes auf die Anregung des alten Vorstandes hier über dieses Thema in der Vereinigung zu sprechen, so positiv aufgenommen worden ist. Ich glaube, es stand uns gut an und ich glaube, es war wichtig, daß es im Jahr 2000, in diesem Schwellenjahr, passierte. Vielen Dank an Sie alle.