

VVDStRL 60

*Veröffentlichungen
der Vereinigung
der Deutschen
Staatsrechtslehrer*

HORST DREIER
WALTER PAULY

Die deutsche Staatsrechtslehre
in der Zeit des Nationalsozialismus

INGOLF PERNICE
PETER M. HUBER
GERTRUDE LÜBBE-WOLFF
CHRISTOPH GRABENWARTER

Europäisches und
nationales Verfassungsrecht

WOLFGANG LÖWER
THOMAS PUHL
MICHAEL HOLOUBEK

Der Staat als Wirtschaftssubjekt
und Auftraggeber

SONDERDRUCK

Dieser Sonderdruck ist nicht
im Buchhandel erhältlich.

DE  GRUYTER

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, 60ff. (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. Rütters* 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 „Herzensmonarchisten“ 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 Auseinanderreißen 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 Schwebelage; 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), 9 ff. Zu Smend jüngst noch *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 174 f. m.w.N. sowie die treffenden Gesamteinschätzungen von *S. Koriath* Integration von Norm, Wert und Wirklichkeit, in: M.-S. Lotter (Hrsg.), Normenbegründung und Normenentwicklung in Gesellschaft und Recht, 1999, 200 ff., und *R. Lhotta* Rudolf Smend und die Weimarer Demokratiediskussion: Integration als Philosophie des „Als-Ob“, in: Gusy, Demokratisches Denken (Fn. 17), 286 ff.

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), 21 ff.; *ders./H. Dreier* Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in: H.-P. Schneider/W. Zeh (Hrsg.), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, 1989, § 5 Rn. 10; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 105, 108 (auch zu Leibholz' Kritik am Wahlrechtssystem).

²² Treffend spricht *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 104 f. 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], 423 ff., 594 ff.). – Otto Koellreutter hatte allerdings 1932 einen Wahlauftritt zugunsten der NSDAP unterschrieben; dazu *J. Schmidt* Theodor Otto Koellreutter, in: H. Nehlsen/G. Brun (Hrsg.), Münchener rechtshistorische Studien zum Nationalsozialismus, 1996, 331 ff. (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), 12 ff.

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

1. 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 gegensatzaufhebende 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), 359 ff.; *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), 250 ff., 254 ff.

³¹ *M.R. Lepsius* Kultur und Wissenschaft in Deutschland unter der Herrschaft des Nationalsozialismus (1987), in: ders., *Demokratie* (Fn. 3), 119 ff. (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 (361 f.).

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

³³ In der Würdigung von *R. Smend* Heinrich Triepel (1966), in: ders., *Abhandlungen* (Fn. 20), 594 ff. 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), 417 ff.; *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), 326 ff., 346 ff. und das Schriftenverzeichnis ebd., 609 ff.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei *H.-D. Rath* Positivismus und Demokratie. Richard Thoma 1874–1957, 1981, 196 ff.; 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 (33 f.).

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.

letztgenannte 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. Lösck* *Der nackte Geist*, 1999, 320ff., 394ff., 426ff. (zu diesem Buch wiederum lesenswert die Rezension von *H.H. Jakobs* *Rechtshistorisches Journal* 19 [2000], 181 ff.). 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* Personengebundene 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. Rütters* 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 „rechtens“ 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. Volkmar/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. Gritschneder* „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 Rechtens 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. Nawiascky*], 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 paralisieren 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 Verherrlichun-

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, 34ff., 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 *Koellreutter* 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 verdammteten Staat.“

⁷⁷ *Koellreutter* 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, 82ff. (84, 86, 89, 92); besonders drastisch *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 152: „die ‚Grundrechte‘ sind tot.“ Siehe noch *Forsthoff* 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) Zerreiungen“.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, 757 ff. 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), 175 ff. (mit Hinweis auf den Wert der Rechtssicherheit und der Rechtsformen); *U. Scheuner* DJZ 1935, 1462 (1468); *Huber* Verfassungsrecht (Fn. 59), 236, 246 u.o.; im Vergleich mit Italien zusammenfassende Darstellung bei *H.P. Ipsen* Politik und Justiz, 1937, 200 ff. (instruktiv zu dieser Schrift die Rezension von *E.R. Huber* ZgesStW 98 [1937/38], 193 ff.).

⁸¹ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 12, 38 u.ö.; *E.R. Huber* DR 1935, 309 (310); von den alten „Zerreiungen“ von Recht und Politik, Jurist und Volk, Staat und Gesellschaft, Staat und Persönlichkeit sowie normativistischen Zerreiungen ist auch bei *T. Maunz* DR 1936, 488 (489, 490, 493) die Rede. Gegen „Trennungsdanken“ ferner *Herbert Krüger* Deutsche Verwaltung 1935, 37 (40). – Als positives Gegenbild dienen 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, 950 ff.; *Pfundtner* Quellen (Fn. 68), 337. – Siehe noch *C. Schmitt* Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 2 (1935), 435 (439): „An die-

Alle Weimarer Einheitssehnsüchte⁸⁶ 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 Reichszersplitterung 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 „Unterpfeiler 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 *Anschütz* 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. 11ff.; 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), 41ff.; *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), 5 ff. (13): „verhängnisvolle Eigenstaatlichkeit der Länder“; s. noch ebd., 32; ferner *Tatarin-Tarnheyden* Staatsrecht (Fn. 28), 1 f.

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), 506 ff.

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), 181 ff.; *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 (246 f., 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), 506 ff.; *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 unverständlich.“

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 1, 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 unentschuldig“. 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 Verfassungsurkunde 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 Nawiasky 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“ tituliert; 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“.

I. 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 rassistisch 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 rassegesetzliche 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 rassistischen 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 rassistisch 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 *Sontheimer* 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. – Konsequenz 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. *Stolleis* 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. Echterhölter* 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.: „Gliederpersönlichkeit“. 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. [„Blutsgemeinschaft 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 rassistischen Einheit des Volkes aufgebauten nationalsozialistischen Staatswesens“), 272 („Der Gleichheitsgedanke des nationalsozialistischen Staates findet seine Substanz in der rassistisch 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 Flaggengesetz (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), 56ff.

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 hervorsteckende 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. Dahmann/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 Machträger, 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 Rechtssetzungsverfahrens“ ausmachen könne (so *Heckel Bericht* [Fn. 115], 21f.), war über die Jahre hin sehr umstritten: vgl. etwa *O. Koellreutter* VerwArch. 45 (1940), 113 (120ff.) 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, 34f., 40ff.), 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. Frotscher/B. Pieroth* Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1999, Rn. 599, 623 f. – *W. Benz* Partei und Staat im Dritten Reich, in: M. Broszat/H. Möller (Hrsg.), Das Dritte Reich. Herrschaftsstruktur und Geschichte, 1983, 64 ff. (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 (113 f.).

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

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

¹⁶⁷ *Schmitt* Staat, Bewegung, Volk (Fn. 59), 21; ähnlich *ders.* DR 1934, 27 (30). *Frotscher/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/Schiedermair* Staatsaufbau (Fn. 163), 42 f. war die Personalunion das eigentliche Instrument der Einheit von Partei und Staat. Vgl. auch *Majer* Grundlagen (Fn. 46), 216; *Geiger* Rechtsstellung (Fn. 151), 153 f., 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), 289 ff. 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), 40 ff.

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 Instanzen“¹⁷⁴ 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), 95f. 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, 696ff. (703): „Kompetenzchaos und ‚institutionelle Anarchie‘“; *Stolleis* Geschichte III (Fn. 3), 353: „veritables Chaos“; *Breuer* Der Staat (Fn. 149), 269ff. spricht von „Doppelhierarchien“, der „Chaotisierung des politisch-administrativen Systems“ und der „Entstehung zahlloser unkontrollierter Sekundärbükratien“; *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 Machttagglomerationen 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), 368f.; *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. Tepe (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 machtautokratischen 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, 16 f.: „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 verwirkliche 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 Sturme 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. Forsthoff* 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 wohlervorbene

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 (55ff., 58; ebd., 55 ist hervorgehoben, daß die „Rückkehr zu personhafter 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. 58f.), 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), 28ff., 45f.; *G. Küchenhoff* *Deutsche Justiz* 98 (1936), 1682 (1682, 1686); *O. Koellreutter* *RVBl.* 1941, 445 (447f.); *E.R. Huber* *ZgesStW* 101 (1941), 530 (535f.). – Aus der Sekundärliteratur *Lepsius* Begriffsbildung (Fn. 26), 93 ff.; *B. Rütters* *Ius Commune* XXIII (1992), 577 (579).

¹⁹² Im bloßen Konzept der „Einheit der Staatsgewalt“ (*E.R. Huber* *DJZ* 1934, 950ff.) 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, 945ff. 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 *Rebentisch* 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 Reichsflaggen gesetz; 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 (558 ff.). – Ausführliche Darstellung bei *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 187 ff. – Die Reichsregierung verabschiedete bis 1945 mehr als 900 Gesetze (so *Moll* Einleitung [Fn. 176], 51 m. Anm. 230).

²⁰⁰ *Gruchmann Reichsregierung* (Fn. 156), 192 ff.; *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), 206 f.: „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), 192 ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 65 ff., insb. 84 ff. – Zeitgenössisch *Huber Verfassungsrecht* (Fn. 59), 218; *U. Scheuner* Deutsche Rechtswissenschaft. Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht 5 (1940), 1 (31 f.). *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (554 ff.) 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), 194 ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei (Fn. 178), 87 ff. 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], 209 ff.; *Rebentisch* Reichskanzlei [Fn. 178], 94 ff.).

²⁰⁴ Zusätzliche Bedeutungsverluste erlitt die Reichsregierung durch weitere kabinetsähnliche Einrichtungen wie den „kleinen Ministerrat“, den (niemals zusammgetretenen) „Geheimen Kabinettsrat“ und den „Ministerrat für die Reichsverteidigung“ (*Kershaw* Hitlers Macht [Fn. 3], 175 ff.), ferner durch die NSDAP-Hoheitsträger (zu beiden Aspekten *Gruchmann* Reichsregierung [Fn. 156], 200 ff., 202 ff.). 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 (27 ff., Zitat S. 27); mit ähnlich kritischen Untertönen *E.R. Huber* ZgesStW 101 (1941), 530 (554 ff., 561).

²⁰⁵ In der Volksabstimmung vom 19. 8. 1934 wurde Huber zufolge keine konstitutive Entscheidung getroffen, sondern „ein Akt des bekenntenden 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), 771 ff. (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 Staatsoberhauptgesetz 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, Reichstagsgesetz oder volksbeschlossenes Gesetz.²⁰⁷ Entscheidend war allein, daß sich der Führerwille artikulierte.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 Reichstagsgesetze 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 gesetzesgleiche 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. – Charakteristischerweise 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 (229 f.).

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), 121 f.: betonter „Vorbehalt zugunsten oberster Rechtsetzung“ für „den Führer und seine unmittelbaren Substituten“.

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

²¹² *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), übt wiederholt Kritik an der Praxis, in Gesetzen sog. „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, 174 f. mit Fn. 2 gegen ein anderslautendes Urteil des LG Dresden).

²¹³ *W. Weber* *ZgesStW* 102 (1942), 101 (113 f.; 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 Gesetzesergänzend, -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), 251 ff.; *Heckel Wehrverfassung* (Fn. 65), 328 ff., 336 ff.; *E.R. Huber ZgesStW* 101 (1941), 530 (548 ff.); *W. Weber ZgesStW* 102 (1942), 101 (120 ff., 123 ff.) – 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 Führererlasse 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 Führererlaß 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 RGBI. 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 (572f.); *Maunz Gestalt* (Fn. 54) S. 13, 25f. – Beide suchen 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 leichthändig 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 verhalten 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 Rechtsetzung 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 Forsthoffs* 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.; *Rebentisch* Führerstaat (Fn. 171), 406; auch *Fest* Hitler (Fn. 3), 35.

²³⁸ Zum Ausmaß der Machtkonzentration, das auch im historischen Vergleich keine Parallele findet, vgl. *Rebentisch* 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, 341ff. (346). – Von *Carl Schmitt* wird aus dem Jahre 1936 das Wort kolportiert, 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 Verfassungsversprechen (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 Nachfolgebestimmung vom 1. 9. 1939 skeptisch blieb und eine Berufung des Nachfolgers durch ein besonderes Gremium befürwortete. – Auch ein ‚Parteienrat‘ wurde niemals eingerichtet (*Broszat* Staat Hitlers [Fn. 56], 262, 361f.; *Rebentisch* Führerstaat [Fn. 171], 101, 421f.).

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 Veralltäglichen 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), 43f.

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 Normen-hierarchie 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 oblivione [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-

(*I. 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. Schmoeckel* Die Großraumtheorie, 1994, 23 ff. u.ö.; siehe noch *H. Ottmann* Carl Schmitt, in: K. Graf Ballestrin/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 Präsiden-

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 Deutschen 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 umfangreichen 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, 9 ff. – 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), 216 ff.

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* *Gelcitwort*, 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, 25 ff. (26). Für den Schutz der europäischen Landwirtschaft und eine europäische Währungspolitik: *W. Funk* *Die wirtschaftliche Neuordnung Europas*, in: *Monatshefte für Auswärtige Politik*, 1940, 630 ff. (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), 57 ff. Zu den noch weitergehenden Plänen des Außenministeriums über einen ‚Europäischen Staatenbund‘ vgl. die Dokumente von *J. v. Ribbentrop* und *C. v. Renthe-Fink* bei *Salewski Ideas* (Fn. 268), 122 ff. und *Neulen Europa* (Fn. 268), 106 ff., 128 ff.

²⁷¹ Vgl. Dokument Nr. 24 (SS-Hauptamt, Amtsgruppe D, Planungsstelle: Europacharta, 1944/45), in: *Neulen Europa* (Fn. 268), 169 f.; 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, 9 ff.

schen und taktischen Charakter enthüllt; zweitens erhielten sie niemals das Placet 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, 42 ff. sowie *ders.* Europäische Verkehrsfragen, in: Verein Berliner Kaufleute und Industrieller (Hrsg.), Wirtschaftsgemeinschaft (Fn. 273), 140 ff.; ausdrücklich auch *C. Pellizzi* The Idea of Europe, in: *Civiltà Fascista*, Dezember 1942, 63 ff. (zitiert nach der Übersetzung bei *Lipgens*, Documents [Fn. 268], 190 ff. [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), 20 ff.

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 (8/24 ff.) 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 gesetzesstaatlichen Legalität). – Würßte 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 Folgelasten*, 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), 579ff.; *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. (12ff.) 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, 667ff.; 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], 230ff.) und bildet das politische „Layout“ der Bundesrepublik (so *G. Roellecke* Der Staat 28 [1989], 505ff.).

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, 219ff.

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. Wahrnehmungseingführungen, 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.