

Suhrkamp Verlag

Leseprobe



Pauer-Studer, Herlinde / Fink, Julian
Rechtfertigungen des Unrechts

Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten
Herausgegeben von Herlinde Pauer-Studer und Julian Fink

© Suhrkamp Verlag
suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2043
978-3-518-29643-1

suhrkamp taschenbuch
wissenschaft 2043

Auf welchen normativen Grundlagen beruhte das NS-System? Mit welcher Rechtfertigung konnte der Führerwille dort zu einer Quelle des Rechts werden? Wie war es gemäß der NS-Strafgesetzgebung möglich, Handlungen zu bestrafen, die gegen kein geschriebenes Gesetz verstießen?

Die in diesem Band versammelten Originaltexte geben Einblick in das Denken von Rechtstheoretikern, die mit dem Nationalsozialismus sympathisierten, und belegen deren Versuch, autoritäre und dem Rechtsstaat widersprechende Rechtsprinzipien zu legitimieren. Dabei zeigt sich ein überraschender und bis jetzt von der rechts- und moralphilosophischen Forschung weitgehend unbeachteter Aspekt des NS-Unrechtssystems: der Versuch einer »Ethisierung« des Rechts und die damit verbundene Totalisierung des machtstaatlichen Einflusses.

Herlinde Pauer-Studer ist Professorin am Institut für Philosophie der Universität Wien und Leiterin des Projekts des Europäischen Forschungsrats »Verzerrungen des Normativen«. Im Suhrkamp Verlag hat sie *Autonom leben* (stw 1496) veröffentlicht und David Humes *Über Moral* (stb 6) kommentiert.

Julian Fink ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Philosophie der Universität Bayreuth.

Rechtfertigungen des Unrechts

*Das Rechtsdenken
im Nationalsozialismus
in Originaltexten*

Herausgegeben von
Herlinde Pauer-Studer
und Julian Fink

Suhrkamp

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

suhrkamp taschenbuch wissenschaft 2043

Erste Auflage 2014

© Suhrkamp Verlag Berlin 2014

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das der Übersetzung,
des öffentlichen Vortrags sowie der Übertragung
durch Rundfunk und Fernsehen, auch einzelner Teile.

Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form
(durch Fotografie, Mikrofilm oder andere Verfahren)
ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert
oder unter Verwendung elektronischer Systeme
verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Umschlag nach Entwürfen

von Willy Fleckhaus und Rolf Staudt

Druck: Druckhaus Nomos, Sinzheim

Printed in Germany

ISBN 978-3-518-29643-1

Inhalt

Vorwort	9
<i>Herlinde Pauer-Studer</i> : Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus	15

DIE ORIGINALTEXTE

Teil I: Die Grundsätze des NS-Rechts

<i>Hans Frank</i> : Einleitung zum »Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung« (1935) – (Auszug)	141
---	-----

Teil II: Recht, Gesetz und »Sittlichkeit«. Die Moralisierung des Rechts im Nationalsozialismus

<i>Reinhard Höhn</i> : Volk, Staat und Recht (1938) – (Auszug) ..	159
<i>Karl Larenz</i> : Deutsche Rechtserneuerung und Rechts- philosophie (1934) – (Auszug)	167
<i>Karl Larenz</i> : Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart (1935) – (Auszug)	180
<i>Karl Larenz</i> : Sittlichkeit und Recht (1943) – (Auszug)	197

Teil III: Der Übergang zum nationalsozialistischen Staat

I. VOM LIBERALEN RECHTSSTAAT ZUM FÜHRERSTAAT

<i>Ernst Forsthoff</i> : Der totale Staat (1933) – (Auszug)	221
<i>Otto Koellreutter</i> : Deutsches Verfassungsrecht (1938) – (Auszug)	233
<i>Ernst Rudolf Huber</i> : Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches (1939) – (Auszug)	239

2. DIE BESONDERE FORM DER NATIONALSOZIALISTISCHEN REVOLUTION

<i>Ernst Rudolf Huber</i> : Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches (1939) – (Auszug)	245
---	-----

Teil IV: Staat, Verfassung und Gemeinschaft

I. AUTORITÄRER, TOTALITÄRER ODER TOTALER STAAT?

<i>Otto Koellreutter: Grundriß der Allgemeinen Staatslehre</i> (1933) – (Auszug)	263
<i>Ernst Forsthoff: Der totale Staat (1933) – (Auszug)</i>	268
<i>Ernst Rudolf Huber: Die Totalität des völkischen Staates</i> (1934) – (Auszug)	279
<i>Gustav Adolf Walz: Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat</i> <i>oder völkischer Führerstaat? (1933) – (Auszug)</i>	293

2. DIE VERFASSUNGSPRINZIPIEN DES NATIONALSOZIALISTISCHEN STAATES

<i>Ernst Rudolf Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen</i> <i>Reiches (1939) – (Auszug)</i>	301
<i>Otto Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht</i> (1938) – (Auszug)	304

3. DER FÜHRER: FUNKTION, MACHT UND GESETZGEBUNGS AUTORITÄT

<i>Otto Koellreuter: Grundriß der Allgemeinen Staatslehre</i> (1933) – (Auszug)	308
<i>Erich Becker: Diktatur und Führung (1935) – (Auszug)</i>	313
<i>Carl Schmitt: Der Führer schützt das Recht (1934)</i>	326

4. GESETZGEBUNG UND VOLKSWILLE

<i>Ernst Rudolf Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen</i> <i>Reiches (1939) – (Auszug)</i>	332
<i>Otto Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht</i> (1938) – (Auszug)	347
<i>Manfred Fauser: Das Gesetz im Führerstaat (1935)</i>	353
<i>Hans Franzen: Gesetz und Richter (1935) – (Auszug)</i>	369

Teil V: Die Gesetzgebung der Judenverfolgung

I. RASSE, RECHT UND RASSENWAHN

<i>Falk Ruttke: Rassenhygiene und Recht (1934) – (Auszug) ..</i>	387
<i>M. R. Gerstenhauer: Das ewige Deutschland (1940) – (Auszug)</i>	398
<i>Ludwig Fischer: Rasseschande als strafbare Handlung (1935)</i>	411

2. VON DEN NÜRNBERGER RASSEGESETZEN BIS ZUR »ENDLÖSUNG«

<i>Wilhelm Stuckart, Rolf Schiederemair: Rasse und Gesetzgebung (1938) – (Auszug)</i>	416
<i>Gerhard Wagner: Die Nürnberger Judengesetze (1938) – (Auszug)</i>	429
<i>Reichsminister des Innern (gez. Stuckart): Endlösung der Judenfrage (Brief vom 16. März 1942)</i>	438

Teil VI:

Strafrecht, Polizeirecht und Rechtsprechung im Führerstaat

I. DAS STRAFRECHT:

VOM TATGEBUNDENEN ZUM TÄTERGEBUNDENEN STRAFRECHT

Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, I. Teil (1935) – (Auszug)	447
Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Besonderer (2.) Teil (1936) – (Auszug)	450
<i>Roland Freisler: Willensstrafrecht; Versuch und Vollendung (1935) – (Auszug)</i>	457
<i>Wenzel von Gleispach: Willensstrafrecht (1936) – (Auszug) ..</i>	479
<i>Konrad Morgen: Der Korruptionsverbrecher (1943)</i>	497

2. POLIZEIRECHT UND DIE MACHT DER GESTAPO

<i>Werner Best: Die Geheime Staatspolizei (1936)</i>	507
--	-----

3. GERICHTE UND RICHTER

<i>Carl Schmitt</i> : Neue Leitsätze für die Rechtspraxis (1933) . . .	513
<i>Karl August Eckhardt</i> : Richteramt (1936) – (Auszug)	517
<i>Franz Hueber</i> : Justiz im Führerstaat (1942) – (Auszug)	525
Richterbriefe – Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942-1944 (1975) – (Auszug)	532
Textnachweise	543
Über die Autoren der Originaltexte	546
Namenregister	551
Sachregister	556

Vorwort

Wie war es möglich? Diese mit Blick auf den Nationalsozialismus und die Zeit von 1933 bis 1945 unausweichliche Frage stellt sich für jede Generation aufs Neue – und auf unterschiedlichen Ebenen.

Im Gegensatz zur detaillierten historischen Aufarbeitung der NS-Zeit ist die *philosophisch-theoretische* Analyse der normativen Grundlagen des NS-Systems ein bislang vernachlässigtes Gebiet der Forschung. Die hier edierte Sammlung von Originaltexten führender Juristen, Rechtstheoretiker und Rechtsphilosophen, die dem nationalsozialistischen Regime loyal gegenüberstanden und an der rechtlichen Um- und Neugestaltung mitarbeiteten, will diese Lücke schließen helfen und einen Beitrag zur Analyse des nationalsozialistischen Herrschaftssystems aus dem Blickwinkel der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie leisten.

Die abgedruckten Originaltexte dokumentieren nicht nur die normativen Verschiebungen im Zuge der politischen Neuentwicklung, sondern zeigen auch, dass viele Maßnahmen des NS-Regimes, die in ihrer Radikalität und Unmenschlichkeit ohne Beispiel sind, eine gesetzliche Basis hatten und theoretisch vorbereitet waren.

Der Schwerpunkt der Textauswahl wurde bewusst auf die Jahre 1933 bis 1939 gelegt, also auf jene Zeit, in der das »Dritte Reich« trotz eines massiven und teils von offener Gewalt begleiteten politischen und normativen Umbaus doch eine erhebliche innere Stabilität aufwies. Einige wenige Originaltexte in diesem Band sind aus der Zeit von 1940 bis 1943, der Phase der durch den Vernichtungskrieg im Osten ausgelösten zunehmenden normativen Entgrenzung.

Die ausgewählten Originalbeiträge sind einer breiteren Öffentlichkeit kaum bekannt. Die Texte sind aber nicht unzugänglich, sondern Teil des Bestandes öffentlicher Bibliotheken.¹ Sie finden sich in einschlägigen Sammelbänden aus der NS-Zeit, in NS-Rechtssjournalen und in Büchern von NS-Rechtstheoretikern. Im

1 Die meisten der hier abgedruckten Texte finden sich im Bestand der Österreichischen Nationalbibliothek in Wien und der Universitätsbibliothek Wien. Diese Literatur dürfte nach dem Anschluss Österreichs an das »Dritte Reich« im März 1938 nachgekauft worden sein.

wissenschaftlichen Diskurs von Rechtsphilosophie und Politischer Philosophie sind diese Texte hingegen bis heute weitgehend unbeachtet geblieben.

Hinsichtlich der Stellung der einzelnen hier vertretenen Autoren und deren Nähe zum NS-Regime ist jedoch eine gewisse Differenzierung geboten. Unter den Verfassern finden sich neben einer Reihe von Universitätsprofessoren und Nachwuchsjuristen leitende Beamte wie der Staatssekretär im Reichsinnenministerium Wilhelm Stuckart, aber auch hohe NS-Funktionäre wie Hans Frank (Generalgouverneur im besetzten Polen und bis 1942 Leiter der 1933 gegründeten Akademie für Deutsches Recht), Roland Freisler (Präsident des Volkgerichtshofs von 1942 bis 1945) und Ludwig Fischer (Jurist im Reichsrechtsamt der NSDAP und Gouverneur im besetzten Warschau von 1939 bis 1945). Die Liste der Autoren umfasst also neben ehrgeizigen, karrierebedachten Akademikern und Nachwuchskräften, die nur in der Frühphase des »Dritten Reiches« (1933 bis 1935) ein Buch oder eine Dissertation veröffentlichten und sich dann auf politisch unverfänglichere juristische Arbeitsgebiete und Sachfragen zurückzogen, auch Juristen, die Führungspositionen im NS-Staat bekleideten und teils sogar in die Verbrechen des NS-Regimes verwickelt waren.

Die hier abgedruckten Texte reichen von emphatischer Bejahung des Nationalsozialismus bis zum politisch letztlich naiven Versuch, den NS-Staat normativ zu zügeln und den Auswüchsen des SA- und SS-Terrors Grenzen zu setzen. Nicht alle der hier vertretenen Juristen waren dem Regime fanatisch ergeben. Vielfach erlagen die Juristen einer krassen Fehleinschätzung hinsichtlich ihrer Einflusskraft, indem sie glaubten, im NS-Regime das politische Instrument gefunden zu haben, um ihre Ideen von einem starken Staat mit autoritären Zügen verwirklichen und umsetzen zu können. Dabei übersahen sie den unbedingten Machtwillen Hitlers, der keineswegs bereit war, sich normativen und gesetzlichen Beschränkungen seiner Autorität zu fügen.

Eines aber eint die hier versammelten Autoren: Sie waren allesamt keine überzeugten Demokraten und standen der Weimarer Republik zutiefst skeptisch, teils sogar mit offener Verachtung gegenüber. Damit sind sie genau jener Haltung verfallen, die letztlich das Scheitern der Weimarer Republik bedingte.

Der Abdruck der Originaltexte erfolgt mit Zustimmung der

Rechtsnachfolger und Erben. In einer Reihe von Fällen lagen die Rechte bei den Verlagen. Da aber einige Verlage aus dieser Zeit nicht mehr existieren, musste vielfach direkt mit den Erben Kontakt aufgenommen werden. Die Konfrontation mit – teils gar nicht gekannten – Texten von Vätern und Großvätern aus der Zeit des Nationalsozialismus ist für Nachkommen nicht einfach. Umso mehr danken wir allen Erben für ihre offene Unterstützung dieses Projekts und die Erlaubnis zum Abdruck der Texte. Gedankt sei auch jenen Verwandten der Autoren und anderen kontaktierten Personen, die bei der oft mühsamen Suche nach den Rechtsnachfolgern geholfen haben.

Leider konnte die ursprüngliche Planung des Bandes nicht realisiert werden, weil es bei einigen Beiträgen trotz intensiver Nachforschungen nicht möglich war, die Rechtsnachfolger der Autoren zu ermitteln, oder weil die Erben sich außerstande sahen, ihre Zustimmung zu geben. Das betrifft die folgenden Texte:

Georg Dahm, »Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht«, in: Roland Freisler (Hg.), *Deutsches Strafrecht. Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Neue Folge, 1. Band, Berlin: R. v. Decker's Verlag, G. Schenck 1934, S. 87-96.

Georg Dahm, »Die Erneuerung der Ehrenstrafe«, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39, Heft 13, 1934, S. 822-832.

Achim Gercke, »Rasse und Recht«, in: *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, hg. von Hans Frank, München: Zentralverlag der NSDAP, Franz Eher Nachf. 1935, S. 11-15.

Walter Hamel, »Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im nationalsozialistischen Staate«, in: Hans Frank (Hg.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, München: Zentralverlag der NSDAP, Franz Eher Nachf. 1937, S. 381-398.

Kurt Hildebrandt, »Die Idee der Norm«, in: ders., *Norm, Entartung, Verfall*, Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag 1939, S. 73-86.

Werner Markmann und Paul Enterlein, »Einführung«, in: dies., *Die Entjudung der deutschen Wirtschaft*, Berlin: Gersbach & Sohn Verlag 1938, S. 11-14.

Karl Krug, »Drei Grundprobleme des kommenden Strafrechts«, in: *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 2, 1935, S. 98-102.

Curt Rothenberger, »Der Richter im nationalsozialistischen Staat«, in: *Deutsche Justiz* 10, 1942, S. 258-260.

Wilhelm Sauer, »Die Ethisierung des Strafrechts. Über die Prinzipien der Strafrechtserneuerung und ihre praktische Auswirkung«, in: Roland Freisler (Hg.), *Deutsches Strafrecht. Strafrecht, Strafrechtspolitik, Strafprozeß. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, Neue Folge, 1. Band, Berlin: R. v. Decker's Verlag, G. Schenck 1934, S. 177-190.

Zur Edition

Die abgedruckten Originaltexte wurden in der ursprünglichen Rechtschreibung belassen; die Literaturhinweise in den Fußnoten wurden einem einheitlichen Zitierschema angepasst. Grammatikalische oder orthographische Fehler sowie Interpunktionsfehler in den Originaltexten wurden stillschweigend korrigiert und nur erhebliche Korrekturen bzw. Ergänzungen durch eine Anmerkung in den Fußnoten gekennzeichnet. Sperrungen oder Fettdruck im Original wurden in Kursive geändert. Die Hervorhebung von Namen aus den Originalen durch Kursivierung oder Schreibung in Großbuchstaben wurde nicht übernommen. Dagegen sind fremdsprachliche Ausdrücke einheitlich in Kursivdruck hervorgehoben. Vereinheitlicht wurde auch im gesamten Band die Nennung von Gesetzestexten. Sowohl in der Einleitung als auch in den Originaltexten werden alle Gesetzestexte in Anführungszeichen gesetzt und mit der entsprechenden Jahreszahl im Titel genannt.

Dank

Carolyn Benson danken wir für ihre Hilfe bei der Zusammenstellung der Texte. Simon Gansinger, Alexander Seifert und insbesondere Michael Gartler schulden wir Dank für die Transkription der Texte.

Für hilfreiche Rückmeldungen zu der Textsammlung danken wir David Dyzenhaus, Veronika Hofer, Elisabeth Holzleithner, Werner Konitzer, Andrea Peinhopf, Joseph Raz und vor allem Michael Stolleis. Unser Dank geht auch an Janika Rüter und Verena Sich vom Suhrkamp Verlag für die Unterstützung bei der Suche nach den Inhabern der Rechte und vor allem Eva Gilmer für die Entscheidung, den Band in das Verlagsprogramm aufzunehmen.

Der Band ist Teil des vom European Research Council geförder-

ten ERC-Advanced Research Grant »Distortions of Normativity«. Dem ERC-Council danken wir für die Finanzierung des Projektes und die Ermöglichung einer intensiven Forschungstätigkeit.

Wien, im Juli 2013
Herlinde Pauer-Studer und Julian Fink

Herlinde Pauer-Studer
Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts
*Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus*¹

1. Einleitende Bemerkungen

Hitlers Ernennung zum Reichskanzler am 30. Januar 1933 brachte eine radikale Veränderung der politischen und staatlichen Strukturen mit sich. Erklärtes Ziel der Nationalsozialisten war, die Übertragung der Kanzlerschaft als Instrument zur umfassenden Machtausübung zu benutzen. Die Strategie richtete sich von Beginn an auf die Ausschaltung des Reichstages und das Verbot der anderen politischen Parteien. Die Einschränkung der in der Weimarer Verfassung garantierten Grundrechte und Grundfreiheiten sollte die völlige Kontrolle politischer Gegner ermöglichen und absichern.

Zwei gesetzliche Maßnahmen waren entscheidend: die »Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar 1933 (Reichstagsbrandverordnung)² und das »Gesetz

1 Für sehr hilfreiche Rückmeldungen zu der Einleitung danke ich Eva Gilmer, Christoph Hanisch und Anna Maria Sigmund. Besonderen Dank schulde ich Klaus Günther für detaillierte Kommentare zum Abschnitt Strafrecht. Teile dieser Einleitung wurden in Vorträgen im Rahmen einer vom Fritz-Bauer-Institut organisierten Ringvorlesung an der Universität Frankfurt, auf der Jahrestagung des Fritz-Bauer-Instituts, am Institut für Rechtsgeschichte der Universität Frankfurt, bei einem von Olivier Jouanjan am Wissenschaftskolleg Berlin im März 2012 organisierten Workshop und einer von Franz Stefan Meissel organisierten Tagung an der Universität Wien vorgestellt. Den Teilnehmerinnen und Teilnehmern dieser Veranstaltungen verdanke ich wertvolle Kritik, Anregungen und Hinweise; insbesondere danke ich Wolfgang Bialas, Johann Chapoutot, David Dyzenhaus, Birgit Erdle, Lena Foljanty, Raphael Gross, Frieder Günther, Elisabeth Holzleithner, Werner Konitzer, Florian Meinel, Franz Stefan Meissel, Olivier Jouanjan, Joachim Rückert, Michael Stolleis, Christopher Theel, Daniel Wildmann und Rolf Zimmermann. David Velleman danke ich für viele Diskussionen zum Thema Nationalsozialismus und Moral.

2 Die Reichstagsbrandverordnung, mit der das Regime auf den Reichstagsbrand reagierte, beginnt: »Auf Grund des Artikels 48 Abs. 2 der Reichsverfassung wird zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte folgendes verordnet: § 1 Die Artikel 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 der Verfassung des Deutschen

zur Behebung der Not von Volk und Reich« (Ermächtigungsgesetz) vom 24. März 1933.

Die Reichstagsbrandverordnung schränkte bürgerliche Grundfreiheiten stark ein. Das Ermächtigungsgesetz erlaubte der Regierung, durch Abschaffung der Parteien ohne parlamentarische Kontrolle zu regieren. Ihr wurde die Macht übertragen, Gesetze zu erlassen und die Verfassung zu ändern.³ Maßgeblich für die Reichstagsbrandverordnung und für das Ermächtigungsgesetz war Arti-

Reichs werden bis auf weiteres außer Kraft gesetzt. Es sind daher Beschränkungen der persönlichen Freiheit, des Rechts der freien Meinungsäußerung einschließlich der Pressefreiheit, des Vereins- und Versammlungsrechts, Eingriffe in das Brief-, Post-, Telegraphen- und Fernsprechgeheimnis, Anordnungen von Haus-suchungen und von Beschlagnahmen sowie Beschränkungen des Eigentums auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten Grenzen zulässig [...].« (Siehe »Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat. Vom 28. Februar 1933«, in: *Reichsgesetzblatt* Teil I, Nr. 17, 1933, S. 83. Wiederabgedruckt in: *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus. Ausgewählte Schriften, Gesetze und Gerichtsentscheidungen von 1933 bis 1945*, herausgegeben und erläutert von Martin Hirsch, Diemut Majer, Jürgen Meinck, Köln: Bund Verlag 1984, S. 89. Die weiteren Bestimmungen der Reichstagsbrandverordnung verpflichten die Länder und Gemeinden zur Umsetzung und Befolgung dieser Anordnungen.

3 Entscheidend sind vor allem Artikel 1 und Artikel 2 des Ermächtigungsgesetzes, die lauten:

»Artikel 1

Reichsgesetze können außer in dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden. [...]

Artikel 2

Die von der Reichsregierung beschlossenen Reichsgesetze können von der Reichsverfassung abweichen, soweit sie nicht die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben. Die Rechte des Reichspräsidenten bleiben unberührt.«

Siehe »Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich. Vom 24. März 1933«, in: *Reichsgesetzblatt* Teil I, Nr. 25, 1933, S. 141. Wiederabgedruckt in: *Recht, Verwaltung und Justiz im Nationalsozialismus* (wie Anm. 2), S. 92. Das Ermächtigungsgesetz war die Basis für eine Reihe von Gleichschaltungsmaßnahmen, die auf die Beseitigung der Autonomie der Länder und deren Herabstufung zu bloßen Verwaltungseinheiten des Reiches mit dem Ziel der Errichtung eines zentralistisch dirigierten Staates zielten. Die maßgeblichen Gesetze waren: das »Vorläufige Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31. März 1933«; das »Zweite Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7. April 1933« und das »Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934«; mit letzterem Gesetz gingen die Hoheitsrechte der Länder auf das Reich über, und die Volksvertretungen der Länder wurden abgeschafft.

kel 48 Abs. 2 der Weimarer Verfassung, der das Recht garantierte, in Ausnahmesituationen zur Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung mit einer Notverordnung zu regieren.⁴

Indem die Nationalsozialisten den Ausnahmezustand in den politischen Dauerzustand verkehrten, war der Weg frei zur totalen Macht – ein Prozess, den Ernst Fraenkel in folgenden Worten beschrieben hat:

Als die Nationalsozialisten mit allen Machtbefugnissen des zivilen Ausnahmezustandes ausgestattet waren, verfügten sie über die Mittel, um die verfassungsmäßige vorübergehende Diktatur (zwecks Wiederherstellung der gestörten öffentlichen Ordnung) in die verfassungswidrige dauernde Diktatur (zwecks Errichtung des nationalsozialistischen Staates mit unbegrenzten Hoheitsbefugnissen) umzuwandeln. Diese ihnen von Hindenburg und seiner Clique gebotene Gelegenheit haben sie sich nicht entgehen lassen.⁵

Die Nationalsozialisten beanspruchten, Stabilität herzustellen, während im Hintergrund ein diktatorisches Regime Gestalt annahm. Existierende Verfassungsnormen verwandelten sich in Instrumente, um illegale Formen von Macht zu etablieren. Mani-

4 § 48 der Weimarer Verfassung lautet:

»Artikel 48

(1) Wenn ein Land die ihm nach der Reichsverfassung oder den Reichsgesetzen obliegenden Pflichten nicht erfüllt, kann der Reichspräsident es dazu mit Hilfe der bewaffneten Macht anhalten.

(2) Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reiche die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.

(3) Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstags außer Kraft zu setzen.

(4) Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstags außer Kraft zu setzen.

(5) Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.«

Siehe »Die Verfassung des Deutschen Reichs« (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919 (<http://www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>), letzter Zugriff 4. Juli 2013.

5 Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, 3. Auflage, mit einem Nachwort von Horst Dreier, hg. von Alexander v. Brünneck, Hamburg: CEP Europäische Verlagsanstalt 2012, S. 56.

pulation und Propaganda wurden benutzt, um die Brutalität von Maßnahmen wie die Errichtung von Konzentrationslagern und die Entfernung von jüdischen Bürgern aus Positionen im öffentlichen Dienst zu verschleiern.

Die Texte der mit den Nationalsozialisten konform gehenden Juristen vermitteln ein gänzlich anderes Bild des NS-Staates. Politische Willkür und Gewalt sind kein Thema. Die Rechtstheoretiker liefern ausgefeilte Begründungen, um die bereits im Februar und März 1933 klar erkennbaren Überschreitungen etablierter normativer Standards durch das NS-Regime als politisch notwendig zu beschönigen. Die Aura und Autorität des Faches wurde für die professionelle Normalisierung der politischen und rechtlichen Grenzüberschreitungen eingesetzt. Ziel war, den neuen Staat zu legitimieren und die gesetzlichen Rahmenbedingungen für einen effektiv funktionierenden Staatsapparat im nationalsozialistischen Sinne zu entwerfen. Namhafte Juristen rechtfertigten nicht nur den Übergang vom demokratischen System der Weimarer Republik zu einem autoritären Führerstaat, sondern untermauerten argumentativ die Abschaffung bürgerlicher Grundrechte, die Verschärfungen im Strafrecht und im Polizeirecht und die Einführung der Rassen-gesetze.

Die Juristen bemühen klassische Begriffe der politischen Theorie wie »Gemeinwille« und »Volkssouveränität«, um die angebliche Legitimität des Führerstaates aufzuzeigen. Gleichzeitig ist ihnen bewusst, dass sich Aufbau und Verfassung des NS-Staates nicht in die gängigen Staatstheorien einordnen. Deswegen werden Formeln wie jene vom »totalen Staat« geprägt, um die neue Staatsform als historisch und politisch angemessen darzustellen. Neben dem besonderen, fast mythisch erhöhten Status des Führers spielen die nationalsozialistische Weltanschauung und die Rassenlehre eine maßgebliche Rolle.

Die NS-loyalen Juristen distanzieren sich von elementaren Grundsätzen des liberal-demokratischen Rechtsstaates wie dem Prinzip der Gewaltentrennung und der Garantie bürgerlicher Grundrechte, sogenannter subjektiver öffentlicher Rechte.⁶ An

6 Subjektive öffentliche Rechte sind Anspruchsrechte des Individuums gegenüber dem Staat und staatlichen Institutionen. Historisch maßgeblich für die NS-Juristen war hier Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentliche Rechte*, Freiburg i. Br.: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1892 (2. Auflage, Tübingen 1905; Neuausgabe

die Stelle eines Gesetzesstaates soll ein Führerstaat treten, der auf dem *Führerprinzip* und dem *Volksgemeinschaftsprinzip* als neuen Rechtsquellen und Verfassungsprinzipien basiert. Das Prinzip der Einheit von Partei und Staat bildet eine weitere konstitutive Norm des neuen Staates. Dem öffentlichen Recht soll Vorrang vor dem Privatrecht zukommen.

Eine gewichtige Funktion hat die Aufhebung des Unterschieds von Recht und Sittlichkeit. An die Stelle eines an formalen Verfahren orientierten Rechtsbegriffs soll ein materiales, durch Weltanschauung und politisch geprägte Wertvorstellungen angereichertes Verständnis des Rechts treten. Die Artgleichheit und die gemeinschaftsbezogene Stellung der Volksgenossen verdrängen die Idee einer allgemeinen Gleichheit von Menschen qua Menschen und das Prinzip der formalen Gleichheit vor dem Gesetz.

Die neue Strafrechtskonzeption betont den Abschreckungsgedanken und fordert die entschlossene Reaktion des Staates auf den »schuldhaften Willen« des Verbrechers. Das Polizeirecht hat im NS-Staat die Aufgabe, die Volksgemeinschaft von verräterischen und »zersetzenden« Elementen zu reinigen. Und in der Rechtsprechung soll ein erweitertes Ermessen der Richter verhindern, dass krimineller Vergehen Beschuldigte infolge lückenhaft formulierter Gesetzesnormen der Verurteilung und »gerechten Sühne« entkommen.

Die Anleihen bei klassischen Philosophen wie Rousseau, Kant, Fichte und Hegel deuten deren Thesen und Begrifflichkeiten ideologisch um. Dennoch ist aufschlussreich, in welcher Form sich die NS-Theoretiker auf die großen Denker der Vergangenheit beziehen. Die Analyse der entsprechenden Instrumentalisierungen zeigt Schwachstellen in den philosophischen Konzeptionen auf und zwingt zum Nachdenken, wie die begrifflich-theoretischen Grundlagen demokratischer Rechtsstaaten und legitimer politischer Autorität genau zu definieren sind, um gegen ideologische Re-Interpretationen gesichert zu sein.

hg. und eingeleitet von Jens Kersten, Tübingen: Mohr Siebeck 2011). Der Verlag wird in den vor dem Zweiten Weltkrieg erschienenen Publikationen als J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) angegeben und im Folgenden auch so zitiert.

2. Recht, Gesetz und »Sittlichkeit«: Die Moralisierung des Rechts im Nationalsozialismus

In seinem berühmten, im Jahre 1946 publizierten Artikel »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht« schreibt Gustav Radbruch: »Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung ›Gesetz ist Gesetz‹ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts.«⁷

Das positivistische Rechtsdenken orientierte sich, so der Kern dieser Kritik, ausschließlich an faktisch geltenden Rechtsnormen und differenzierte nicht zwischen faktischer Geltung und normativer Gültigkeit. Als besondere Schwachstelle des Rechtspositivismus gilt Radbruch die Trennung der Sphären von Recht einerseits und Gerechtigkeit und sittlichen Werten andererseits. Da der Positivismus eine ganze Generation von Juristen im Geiste der Separierung von Recht und Moral erzogen habe, habe er demnach die intellektuelle Vorarbeit für das NS-System geleistet.

Ein genauerer Blick auf die Originaltexte der NS-Juristen relativiert diese Pauschalverurteilung erheblich. Denn unter den nationalsozialistischen Rechtstheoretikern war die Ablehnung des Rechtspositivismus gleichsam Axiom. Diese machen den Rechtspositivismus infolge eines »formalistischen« Rechtsbegriffs und der Trennung von Recht und Moral für die ethische Richtungslosigkeit des Deutschlands der 1920er-Jahre verantwortlich.⁸ Die NS-Juris-

7 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002, S. 10 (Wiederabdruck von Gustav Radbruch, »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«, in: *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1946, S. 105-108). Radbruchs Kritik gipfelte bekanntlich in der als »Radbruch'sche Formel« bekannt gewordenen These, Konflikte zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit dahingehend zu lösen, »daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ›unrichtiges Recht‹ der Gerechtigkeit zu weichen hat« (ebd., S. 11).

8 Siehe etwa Ernst Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt 1933, S. 13f. Forsthoff publizierte 1934 eine 2., revidierte Auflage dieses Textes. In dieser Einleitung und Textsammlung wird aber durchgehend aus der 1. Auflage von 1933 zitiert. Zum Stellenwert von Forsthoffs Schrift, die ein Auftragswerk der Hanseatischen Verlagsanstalt war und sich stark an Carl Schmitts Schriften anlehnte, siehe auch Florian Meinel, *Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit*, Berlin: Akademie Verlag 2011, S. 71-81. Zu