Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Knut Wolfgang Nörr, Joachim Rückert, Bernd Rüthers
und Michael Stolleis

39

Christian Hilger

Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich

Eine Strukturanalyse

Mohr Siebeck

CHRISTIAN HILGER, geboren 1971; 1992–96 Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen; 1997–2000 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Verwaltungsgeschichte und Rechtsphilosophie bei Prof. Dr. iur. Lic. phil. E. V. Heyen, Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald; 2000–02 Referendar im Bezirk des OLG Braunschweig; Rechtsanwalt auf dem Gebiet des Öffentlichen Rechts.

ISBN 3-16-148057-0 / eISBN 978-3-16-160375-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2022
ISSN 0934-0955 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.ddb.de* abrufbar.

© 2003 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mi-kroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde im Sommersemester 2001 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald als Dissertation angenommen.

Die Beschäftigung mit dem Thema regte mein akademischer Lehrer und Doktorvater Prof. Dr. Erk Volkmar Heyen im Sommer 1997 an. Anlaß war die Vorbereitung seines Aufsatzes „Totalitäre Aspekte des Verwaltungsbegriffs im Dritten Reich und in der DDR. Ein Vergleich zweier Lehrbücher" für das Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte (10. Band, 1998). Dementsprechend war die vorliegende Dissertation ursprünglich als Vergleich zwischen dem Dritten Reich und der DDR gedacht, wurde dann jedoch auf das erstgenannte System begrenzt. Prof. Heyen gilt in erster Linie mein Dank. Falls die Arbeit überhaupt so etwas wie eine wissenschaftliche Qualität aufweist, so ist dies auf seinen Einfluß zurückzuführen.

Die Dissertation fand ihren inhaltlichen Abschluß im wesentlichen gleichzeitig mit dem Ende meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europäische Verwaltungsgeschichte im Frühjahr 2000. Während des Referendariats wurde der Text hinsichtlich der Möglichkeiten durchgesehen, die Form zu vereinheitlichen, bestimmte Schlüsselstellen klarer zu formulieren und den Inhalt insgesamt zu straffen. An die Erstbegutachtung dieser überarbeiteten Fassung schloß sich im Frühjahr 2001 das Zweitgutachten Prof. Dr. Hans-Georg Knothes an, der im Wege wohlwollender Kritik bislang unbesehene Schichten des Untersuchungsgegenstandes freizulegen vermochte.

Um die Arbeit verdient gemacht haben sich wegen ihrer fachlichen und moralischen Unterstützung die (zum größten Teil ehemaligen) Lehrstuhlmitarbeiter(innen) Sabine Wieland, Dr. Annedore Berg, Malte Fügemann und Hans Schön, Christian Dessau, Cäcilia Fobbe und nicht zuletzt Kristina Zych, die einzelne Textabschnitte schon während der Entstehung der Dissertation einer kritischen Prüfung unterzog. Danken möchte ich des weiteren den Herausgebern der Reihe „Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts" für die Aufnahme in die Reihe, für ihre kritischen Anmerkungen insbesondere den Professoren Joachim Rückert, Knut Wolfgang Nörr und Michael Stolleis. Letzterem verdanke ich wertvolle

Hinweise für die Verortung der Arbeit in der rechtshistorischen Literatur zum Thema, die bis Juli 2002 berücksichtigt werden konnte.

Trotz aller fachlichen Unterstützung hätte ich ohne familiären und freundschaftlichen Rückhalt meine Bemühungen nicht zu dem vorliegenden Abschluß bringen können.

An erster Stelle möchte ich hier meiner Frau Gunhild danken. Sie war mir über die Jahre zugeneigt, hat die Genese des vorliegenden Textes aufmerksam verfolgt und durch Korrekturlesen und Prüfung der Gesamtverständlichkeit des Textes ihren Teil zu dem Ergebnis beigetragen. Weiterhin seien neben meinen Eltern Sabine und Dr. Hartmut Hilger mein Bruder Ulrich, Patrick Chhun, Henning Bloß und mein Freund seit Schulzeiten Thomas Möhlenhoff genannt. Für ihn gilt der Ausspruch Ludwig Wittgensteins, man müsse verückter denken als die Philosophen, um deren Probleme zu lösen.

Ich widme das Buch meiner Frau.

Göttingen, im Januar 2003 Christian Hilger

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XIII

Einleitung 1

1. Kapitel: Sichtweise, Bruch und Weiterführung rechtsstaatsbegrifflicher Traditionen 11

A. Der „bürgerlich-liberale" Rechtsstaatsbegriff als gemeinsamer Gegner (1933-1945) 12

I. Die Identifikation von Recht und Gesetz 12
II. Das Verhältnis von Staat, „Gesellschaft" und Individuum 15
III. Der Rechtsstaat als Instrument zur Sicherung der Freiheit des Einzelnen vom Staat 16
IV. Die Funktion des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs 19

B. Die radikale Betonung des Bruches rechtsstaatsbegrifflicher Traditionen durch Günther Krauß (1935) 20

I. Methodische Implikationen des Begriffsverständnisses 21
II. Die Trennung von Form und Materie als Prämisse rechtsstaatlicher Begriffsbildung 22
III. Die allgemeine Kritik an „dem Rechtsstaatsbegriff des 19. Jahrhunderts" 23
IV. Die Kritik am Rechtsstaatbegriff Friedrich Julius Stahls 25
V. Allgemeine Vorbehalte gegenüber dem Ausdruck „Rechtsstaat" 28
VI. Argumente gegen den Rechtsstaatsbegriff Otto von Schweinichens 31

C. Die Pflege rechtsstaatsbegrifflicher Kontinuität durch Otto Koellreutter (1932-1953) 33

I. „Der nationale Rechtsstaat - Zum Wandel der deutschen Staatsidee" (1932) 35
1. Die Ausrichtung des Rechts an „politischen" und „ethischen" Elementen ... 35
2. Der Staat als „nationale Lebensordnung des Volkes" 38
3. Rechtsstaat 39
a. Der „politische Wert" und der „Rechtswert" 39
b. Rechtsdogmatische Konkretisierungen der Wertgruppen 44

aa. Die Rechtsbindung des Staates und das Staatsnotrecht 44
bb. Die Trennung der Rechtsprechung von Verwaltung und „Politik" 47
II. „Der nationale Rechtsstaat" (1933) 48
1. Die Nivellierung der „politischen" und „ethischen" Elemente des Rechts 48
2. Der „autoritäre" Staat 50
3. Rechtsstaat 51
a. Konkretisierungen des „politischen Wertes" 51
b. Rechtsdogmatische Konkretisierungen der Wertgruppen 52
aa. Die Rechtsbindung des Staates und das Staatsnotrecht 52
bb. Die Trennung von „Politik" und Rechtsprechung 54
III. „Der nationalsozialistische Rechtsstaat" (1934/35) 56
1. Recht 56
a. Die „Rechtsidee" 56
b. Der Sinn der positiven Rechtsordnung 58
c. Das Verhältnis von positiver Rechtsordnung und „Rechtsidee" 59
2. Staat 60
a. Die „politische Lebensform" des Volkes 60
b. Repräsentation durch „Führung" 62
3. Rechtsstaat 63
a. Der „politische Wert" und der „Rechtswert" 63
b. Rechtsdogmatische Konkretisierungen der Wertgruppen 64
aa. Die Rechtsbindung des Staates 65
(1). Das Staatsnotrecht 65
(2). Das Widerstandsrecht des Volkes 66
bb. Die „volksgenössische Rechtsstellung" 67
cc. Die Trennung von „Politik" und Rechtsprechung 68
IV. Die Verwendung des „nationalsozialistischen" Rechtsstaatsbegriffs von 1936-1942 69
V. „Deutsches Staatsrecht" (1953) 71

D. Die Varianten der Gegnerschaft zum „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff im Überblick (1933-1945) 73

I. Strukturelle Verschiedenheit 74
II. Inhaltliche Verschiedenheit 75

2. Kapitel: Die weitgehend unabhängig von den Strukturen des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs gebildeten Begriffe 79

A. Aufhebung des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs unter Betonung des Merkmals der „Rasse" 79

I. Helmut Nicolai: „Die rassengesetzliche Rechtslehre" (1933) 80
1. Die „Rasse" als Determinante des Rechts 80
2. Der Staat als Vermittler „germanischen Geistes" 84
3. Der Rechtsstaat als Staat „rassengesetzlicher Gerechtigkeit" 85

II. Hans Frank: „Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers" (1934) ... 87
1. Das „Lebensrecht" und die „materielle Gerechtigkeit" ... 88
2. Der Staat als Mittel zur „Volkssicherung" ... 90
3. Der Rechtsstaat als Staat „materieller Gerechtigkeit" ... 91

III. Carl Schmitt: „Nationalsozialismus und Rechtsstaat" (1934) ... 93
1. Der rechtsnormative Gehalt „konkreter Ordnungen" im Verhältnis zum Gesetzesrecht ... 94
2. Staat ... 98
a. Das politische System als Einheit von „Staat, Bewegung und Volk" ... 98
b. Die „politische Führung" als modifizierte Weiterführung des Prinzips der „Identität" ... 99
3. Rechtsstaat ... 101
a. Risiken und Funktionen der Weiterverwendung des Ausdrucks „Rechtsstaat" ... 101
b. Bedingungen der Rede vom „nationalsozialistischen deutschen" Rechtsstaat ... 104

B. Aufhebung des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs ohne Betonung des Merkmals der „Rasse" 108

I. Julius Binder: „Autoritärer Staat und Rechtsstaat" (1934) ... 109
1. Das Recht als „Einheit von allgemeinem und besonderem Willen" ... 110
2. Staat ... 114
a. „Nation" und „Rasse" ... 114
b. Der Mensch als „Gemeinschaftswesen" ... 116
c. „Autoritärer Staat" und „Führerprinzip" ... 117
3. Der Rechtsstaat als „Wirklichkeit des Rechtes" ... 118

II. Otto von Schweinichen: „Disputation über den Rechtsstaat" (1935) ... 119
1. Recht ... 119
a. Rechtsnormen als „gemischte Richtschnuren" ... 119
b. Die Transparenz des Rechts vor dem Hintergrund des „echt gesollten Geschichtsverlaufs" ... 123
2. Der „faktische" und der „richtige" Staat ... 125
3. Rechtsstaat ... 126
a. Die Trennung von Wort und Begriff ... 126
b. Die Bestimmung, Rechtfertigung und Abgrenzung des Begriffs ... 127
c. „Objektives" und „subjektives" Recht als „Wesensmomente" des Rechtsstaats ... 127

3. Kapitel: Die weitgehend in Abhängigkeit von den Strukturen des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs entwickelten Begriffe 130

A. Umkehrung des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs 130

I. Roland Freisler: „Der Rechtsstaat" (1937) ... 131
1. Die Dynamisierung des Rechts durch das „gesunde Volksempfinden" ... 131
2. Der Staat als „Form" des Lebewesens „Volk" ... 132

3. Rechtsstaat ... 134
a. Die Abgrenzung des Begriffs ... 134
b. Gewalteneinheit, „materielle" Gerechtigkeit und „organischer" Freiheitsbegriff ... 135

II. Heinrich Lange: „Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat" (1934) ... 137
1. Die Ausrichtung des Rechts am „Volksgeist" ... 137
2. Der Staat und die „Bewegung" als Formen der „Volksführung" ... 140
3. Rechtsstaat ... 141
a. Die Verkehrung des „bürgerlich-liberalen" Freiheitsbegriffs ... 141
b. Die Auswirkungen des neuen Freiheitsbegriffs auf das geltende Recht ... 143
c. Das „Widerstandsrecht des Volkes" ... 144

III. Bodo Dennewitz: „Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat" (1933) ... 145
1. Das Recht als „wirklichkeitsnahes Volksrecht" ... 146
2. Der Staat als „Verkörperung des Volksganzen" ... 147
3. Rechtsstaat ... 147
a. Der „politische" und der „rechtliche Faktor" ... 147
b. Der „politisch-organisatorische" Teil und der Grundrechtsteil der Verfassung ... 148
c. Die Intension des Begriffs ... 149
aa. Die Ablehnung subjektiver öffentlicher Rechte ... 149
bb. Die „institutionellen Garantien" ... 149
cc. Die „bürgerlichen Rechtseinrichtungen" ... 152
dd. Die „staatlichen Korporationen" ... 153
d. Die Intension in ihrem Verhältnis zum „rechtlichen Faktor" ... 154

B. Abwandlung des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs 155

I. Martin Wittig: „Der Rechtsstaat im Wandel der Staatsformen" (1933) ... 155
1. Die „ethische" Bindung des Rechts ... 156
2. Rechtsstaat ... 156
a. Die Gesetzesmäßigkeit der Rechtsprechung und Verwaltung und die Rechtsbindung des Gesetzgebers ... 156
b. Die Rechtsbindung des Gesetzgebers im zeitlichen Verlauf ... 157
aa. Die absoluten und konstitutionellen Monarchien ... 157
bb. Die Weimarer Republik ... 158
cc. Das Dritte Reich ... 160

II. Hans Helfritz: „Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat" (1934) ... 162
1. Die grundsätzliche Identifikation von Recht und Gesetz ... 163
2. Staat und Volk nach der „Theorie der realen Verbandsperson" ... 163
3. Rechtsstaat ... 163
a. Die Abgrenzung des Begriffs ... 163
b. Die Rechtsstaatlichkeit als normative Gebundenheit des Staatshandelns ... 164

III. Edgar Tatarin-Tarnheyden: „Werdendes Staatsrecht" (1934) ... 167
1. Recht ... 168
a. Die allgemeine Trennung von Begriff und Idee ... 168
b. Der Begriff des Rechts ... 169
c. Die Rechtsidee und ihr Verhältnis zum Rechtsbegriff ... 170
2. Der Staat als „völkische Lebensganzheit" ... 172
3. Rechtsstaat ... 173

a. Das Verhältnis von Recht und Staat ... 173
b. Der Rechtsstaat als „verwaltungsrechtliches Problem" ... 174
aa. Die Selbstbindung des Staates ... 174
bb. Die „nationalen persönlicher Rechtsgüter" ... 175
cc. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ... 177

C. Annäherung an den „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff: Kurt Groß-Fengels: „Der Streit um den Rechtsstaat" (1936) 178

I. Recht ... 179
1. Das Gesetz im Spannungsverhältnis von Ordnungs- und Gerechtigkeitsfunktion ... 179
2. Die Ablehnung des „konkreten Ordnungsdenkens" ... 181

II. Die Unterordnung des Staates unter das Volk ... 183

III. Rechtsstaat ... 183
1. Argumente für die Weiterverwendung des Wortes „Rechtsstaat" ... 183
2. Prämissen der Begriffsbestimmung ... 184
a. Die Frage nach der Weitergeltung überkommener Begriffsmerkmale ... 184
b. Die differenzierende Sicht des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaats ... 185
3. Die Intension des Begriffs ... 187
a. Die Frage nach Gewaltenteilung und Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung ... 188
b. Die Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung ... 188
c. Das Ermessenshandeln der Verwaltung ... 189
d. Der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes ... 190
e. Die Grundrechte ... 192
f. Die subjektiven öffentlichen Rechte ... 193
g. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit ... 194
aa. Argumente für die Verwaltungsgerichtsbarkeit ... 194
bb. Die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ... 195

4. Kapitel: Das Spektrum der Rechtsstaatsbegriffe 197

A. Die Verschiedenheit und Eigenständigkeit 198

I. Verschiedenheit der Begriffe vom „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff ... 198
II. Eigenständigkeit der Begriffe im Verhältnis zum Staatsbegriff ... 202
III. Ergebnis ... 204

B. Die Geltung und Erkenntnis von Werten 205

I. Monistische Ansätze ... 206
1. „Gefühlsmäßige" Ausrichtung (Koellreutter, Lange) ... 206
2. „Rassengesetzliche" Ausrichtung (Nicolai, Frank, Schmitt, Freisler) ... 207

II. Dialektischer Ansatz (Binder) ... 208
III. Dualistische Ansätze (Tatarin-Tarnheyden, Schweinichen, Groß-Fengels) ... 209
IV. Ergebnis ... 210

C. Die Bedeutung der Gesetzesdogmatik für das Recht 211
I. Implikationen der Rechtsbegriffe ... 212
II. Differenzierung und Systematisierung des Rechts ... 213
III. Ergebnis ... 216

D. Das Verhältnis von Volk und Staat 217
I. Legitimation des Staates ... 218
1. Der Staat als Mittel in den „organischen" Staatstheorien ... 218
2. Der Staat als Eigenwert ... 219
II. Repräsentation durch „Führer" ... 220
III. Kollektivistische Freiheitsbegriffe ... 221
IV. Ergebnis ... 223

E. Die erfüllbaren Funktionen 223
I. Prägungs- und Normierungsfunktion ... 224
II. Legitimierende Funktionen ... 225
1. Die Legitimierung konkreter Handlungen ... 225
a. Die nationalsozialistische Machtergreifung ... 225
b. Die Röhm-Morde ... 226
c. Die Gesetzgebung der Reichsregierung Hitler ... 226
2. Die Legitimierung willkürlicher Entscheidungen nach Maßgabe einer an sinnlicher Wahrnehmbarkeit ausgerichteten Erkenntnistheorie ... 226
a. Die an überpositiven Werten orientierten Rechtsstaatsbegriffe ... 227
b. Die an positiven Werten orientierten Rechtsstaatsbegriffe ... 229
III. Ergebnis ... 230

Literaturverzeichnis ... 233
Sachwörter- und Personenverzeichnis ... 247

Abkürzungsverzeichnis

Zeitschriften

AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRZ	Deutsche Richterzeitung
DV	Deutsche Verwaltung
JW	Juristische Wochenschrift
RVBl	Reichsvervaltungsblatt
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZdAkfDtR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZgStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

Sonstiges

a.a.O.	am angegebenen Ort
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Bde.	Bände
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
dies.	dieselbe / dieselben
ders.	derselbe
Ebd.	Ebenda
GG	Grundgesetz
Hg.	Herausgeber
i.V.m.	in Verbindung mit
S.	Seite
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
s.u.	siehe unten

u.a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z.B.	zum Beispiel

Einleitung

Wirft man einen Blick auf die in der Anfangsphase des Dritten Reiches veröffentlichte staats- und verwaltungsrechtliche Literatur, so zeigt sich die folgende Gemeinsamkeit: Die Entwürfe zum öffentlichen Recht im Nationalsozialismus wurden in scharfer Abgrenzung zur überlieferten Wissenschaft vom öffentlichen Recht der deutschen Verfassungsstaaten des 19. und 20. Jahrhunderts entwickelt[1]. Von dieser Umstrukturierung war neben der Rechtsdogmatik[2] auch die ihr zugrundeliegende Rechts- und Staatstheorie[3] erfaßt[4].

Wenn auch die mit dem Anspruch des Neuen auftretenden Modelle zum nationalsozialistischen Recht voneinander abwichen, über die negative Beurteilung der „vorrevolutionären" Vergangenheit bestand doch weitgehende Einigkeit. Dabei assoziierte die während des Dritten Reiches erschienene Literatur insbesondere mit der Weimarer Republik Schlagworte wie „Liberalismus", „Individualismus", „Pluralismus", „Föderalismus", „Rechtspositivismus" etc., deren Verwerfung ganze Kapitel der Lehrbücher zum Staats- und Verwaltungsrecht gewidmet sind[5].

---

[1] Vgl. z.B. FORSTHOFF, Staat (1933), S. 7-28; KOELLREUTTER, Verfassungsrecht (1935), S. 41-53; KÖTTGEN, Verwaltung (1936), S. 1-65, der den „Grundbegriffen" seiner Darstellung stets geschichtliche Einleitungen voranstellt. In entsprechender Weise verfahren zumeist die Verfasser der Beiträge des von Hans Frank herausgegebenen Sammelwerkes „Deutsches Verwaltungsrecht" von 1937, so z.B. MAUNZ, Rechtmäßigkeit (1937), S. 51-66, sowie SCHEUNER, Rechtsstellung (1937), S. 82-98, und DANCKWERTS, Verwaltungsgerichtsbarkeit (1937), S. 99-125. Hinsichtlich der Zitierweise in den Fußnoten wird auf die Ausführungen am Anfang des Literaturverzeichnisses verwiesen.

[2] Unter Rechtsdogmatik wird im folgenden die Wissenschaft vom System des geltenden Rechts verstanden.

[3] Mit Rechts- und Staatstheorie sind hier die Wissenschaften gemeint, welche sich der begrifflichen Erfassung des Rechts bzw. des Staates widmen. Dieser „weiten" Definition entsprechend handelt es sich bei der Rechts- und Staatsphilosophie um Unterfälle der Rechts- und Staatstheorie, wenn wie im folgenden davon ausgegangen wird, daß sich die genannten philosophischen Disziplinen nicht mit einem bestimmten oder jedem Phänomen des Rechts oder des Staates beschäftigen, sondern auf die begriffliche Erfassung des „richtigen" Rechts bzw. Staates zielen.

[4] Exemplarisch SCHMITT, Arten (1934); HUBER, Verfassung (1937), S. 54-69; LARENZ, Rechtsphilosophie (1935).

[5] Exemplarisch HUBER, Verfassung (1937), S. 9-53: „Die Entstehung der völkischen Verfassung"; KÖTTGEN, Verwaltung (1936), S. 1-55.

Vor diesem Hintergrund erscheint es keinesfalls selbstverständlich, daß eine zentrale Vokabel der überkommenen Rechtswissenschaft, der im Frühliberalismus des 19. Jahrhunderts entstandene Ausdruck „Rechtsstaat"[6], von Teilen der rechtswissenschaftlichen Literatur während des Nationalsozialismus affirmativ - d.h. zur Kennzeichnung des Dritten Reiches - weiterverwendet wurde. Dies geschah mit unterschiedlichem Inhalt, aufgrund verschiedener Motive und nicht ohne Widerspruch.

Jener „Streit um den Rechtsstaat" fand in den Anfangsjahren des Dritten Reiches statt, einer Zeit, die gekennzeichnet war von zahlreichen Rechtsbrüchen, staatlichen Mordaktionen, illegalen Verhaftungen, dem Straßenterror der SA, rechtswidrigen Entlassungen, Vertreibungen und der Einrichtung der ersten Konzentrationslager[7]. Der Disput wurde nicht nur ausgetragen zwischen Nationalkonservativen und „Revolutionären", sondern auch zwischen denjenigen Nationalsozialisten, die eine restlose Beseitigung des alten Staates forderten, und solchen, die taktische Lippenbekenntnisse zum Rechtsstaat für (noch) geboten hielten[8]. Insbesondere dem Innenminister Wilhelm Frick und dem Staatsminister Hans Frank lag daran, dem antiliberalen, antidemokratischen und antiparlamentarischen Gedankengut der „Bewegung" mit den Machtmitteln von „Gesetz und Ordnung" Geltung zu verschaffen und in diesem Sinne am Rechtsstaat festzuhalten. Die Rede vom Rechtsstaat war auch ein Zugeständnis an die bürgerlichen Eliten in Verwaltung und Jusitiz, auf deren Kooperation die Nationalsozialisten bei der Machtübernahme angewiesen waren. Dort wollte man kein Parlament, aber eine funktionierende Gerichtsbarkeit und Verwaltung sowie Verwaltungsgerichte, die eine Kontrolle der Verwaltung ermöglichten[9].

Die Sekundärliteratur zum Disput über den Rechtsstaat läßt sich in verschiedene Gruppen unterteilen. So wird zum einen erörtert, welche Gedanken sich eine bestimmte Person zwischen 1933 und 1945 zum Rechtsstaat macht. Hier haben vor allem die Staatsrechtslehrer Carl Schmitt und

---

[6] Vgl. zur Entwicklung der mit dem Ausdruck „Rechtsstaat" verbundenen Sinngehalte: SCHEUNER, Rechtsstaat (1956); BÖCKENFÖRDE, Rechtsstaatsbegriff (1969); DERS., Rechtsstaat (1992); BARATTA, Rechtsstaatsbegriff (1979); MAUS, Theorie (1986); STOLLEIS, Rechtsstaat (1990).

[7] GRUCHMANN, Justiz (1988), S. 433 ff; vgl. auch HIRSCH / MAJER / MEINCK, Recht (1984); DUBIEL / SÖLLNER, Nationalsozialismus (1984); SÄCKER, Rechtslehre (1992); MÜLLER-DIETZ, Nationalsozialismus (2000);

[8] Man kann die Auseinandersetzung insofern als „taktisches Gefecht in der ersten Phase der Konsolidierung des Regimes" qualifizieren, so STOLLEIS, Geschichte (1999), S. 332.

[9] STOLLEIS, Querelle (2001), S. 374 f.

Otto Koellreutter Beachtung gefunden[10]. Neben diesen personenbezogenen Darstellungen sind Untersuchungen zu nennen, welche die Bandbreite der in der rechtswissenschaftlichen Literatur während des Dritten Reiches vertretenen Rechtsstaatsbegriffe zu erfassen versuchen. Die insofern eingehendsten Beiträge liefert Michael Stolleis in seiner „Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland"[11] und in dem von Olivier Jouanjan herausgegebenen Buch „Figures de l'État de droit"[12]. Komprimiert wird der Streit um den Rechtsstaat vor dem Hintergrund des bereits angedeuteten historisch-politischen Kontextes dargestellt. Vielfältige Hintergrundinformationen und Schilderungen der Positionen zur Rechtsstaatsdiskussion finden sich auch in der Arbeit Andreas Koenens „Der Fall Carl Schmitt"[13]. Ulrich Schellenberg teilt einige im Dritten Reich vertretene Rechtsstaatsbegriffe in zwei Gruppen ein: Er unterscheidet Entwürfe, welche den Begriff des Rechtsstaats mit dem des „gerechten" Staates gleichsetzen, von solchen, die sich an der von Koellreutter getroffenen Differenzierung von „politischem Wert" und „Rechtswert" orientieren und damit in gewissem Grade eine durch Rechtsbindung bewirkte Machtbeschränkung des Staates anerkennen[14]. Einen eher normativen Ansatz verfolgt Edin Sarcevic, dem es um die Bildung eines Typus „des nationalsozialistischen Rechtsstaatsbegriffs" und sodann um die Widerlegung dieses Begriffs geht[15]; dabei vermengt Sarcevic in etwas verwirrender Weise extensionale und intensionale Aspekte des Ausdrucks „Rechtsstaat"[16].

---

[10] RÜTHERS, Schmitt (1990); ULE, Rechtsstaat (1990); BEAUD, Critique (1994); KOENEN, Schmitt (1995); SCHMIDT, KOELLREUTTER (1995); SCHULLER, Rechtsstaat (1997).

[11] STOLLEIS, Geschichte (1999), S. 330-338, vgl. auch bereits STOLLEIS, Recht (1994), S. 147 ff.

[12] STOLLEIS, Querelle (2001).

[13] KOENEN, Schmitt (1995), insbesondere S. 463 ff., 480 ff., 527 ff.

[14] SCHELLENBERG, Rechtsstaatskritik (1985).

[15] SARCEVIC, Rechtsstaat (1991); DERS., Missbrauch (1993). Sarcevic nimmt insoweit an, daß der Rechtsstaatsbegriff auf Dualismen zwischen „Recht und Staat", „Gesellschaft und Staat", „Vernunft und Wille" etc. fußen müsse, „der" NS-Rechtsstaatsbegriff jedoch der genannten Dualismen entbehre (DERS., Rechtsstaat [1991], S. 101-109).

[16] Hier wird davon ausgegangen, daß ein Ausdruck als „allgemein" zu bezeichnen ist, wenn er auf eine beliebige Anzahl von Gegenständen anwendbar ist. Die Menge dieser Anwendungsfälle wird im folgenden - mit dem wohl gängigen Sprachgebrauch - als Extension bezeichnet. In der aus der Logik bekannten Terminologie kann formuliert werden: Die Extension eines Prädikats besteht aus der Klasse der Individuen, auf welche das Prädikat zutrifft, d.h. aus den Individuen, die die durch das Prädikat bezeichnete Eigenschaft haben (vgl. HERBERGER / SIMON, Wissenschaftstheorie [1980], S. 234). Davon zu unterscheiden ist die intensionale Betrachtungsweise eines Ausdrucks. Sie zielt darauf, die Merkmale aufzuzählen, die auf einen Gegenstand zutreffen müssen, damit ein bestimmter allgemeiner Ausdruck zu Recht auf ihn angewandt wird (DIES., a.a.O., S. 235). Diese Beziehung zwischen Intension und Ausdruck kann auch als Verwendungsregel des Ausdrucks bezeichnet werden. Bei der Intension handelt es sich mithin nicht

Eine dritte Art von Literatur behandelt die affirmative Verwendung des Rechtsstaatsbegriffs im Dritten Reich in Randbereichen ihres eigentlichen Untersuchungsgegenstandes. Dies geschieht vor allem im Rahmen von Erörterungen, welche die Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffs betreffen[17], oder innerhalb von rechtsgeschichtlichen Forschungen zum Nationalsozialismus, die ein anderes Thema als das des Rechtsstaats in den Mittelpunkt ihres Interesses rücken[18]. In diesen Untersuchungen erscheint der Bezug auf den Zeitraum von 1933-1945 zumeist als ein auf den Bruch rechtsstaatlicher Traditionen hinweisender Exkurs. Dem anderweitigen Interesse gemäß wird das Thema „Rechtsstaat" hier weniger tiefgreifend erörtert als in den bereits genannten Kategorien von Literatur. Dennoch besteht Einigkeit darüber, daß die Rede vom Rechtsstaat während des Dritten Reiches als eine das Bürgertum ins Vertrauen wiegende „Fassade" des politischen Systems dienen sollte[19]. Abweichungen sind hinsichtlich der Frage zu bemerken, welche Schlüsse aus dem Befund über den Gebrauch des Wortes „Rechtsstaat" im Nationalsozialismus für die Gegenwart zu ziehen sind. So wird einerseits die für nach 1933 konstatierte „Materialisierung" des Rechtsstaats als Argument für einen „formellen" Rechtsstaatsbegriff angeführt[20]. Andererseits fordert man auf der Grundlage des Befundes, im nationalsozialistischen „Gesetzesstaat" habe jegliches Unrecht zu „Recht" werden können, einen „materiellen" Rechtsstaat, der zwar die „formalen" Elemente zu achten habe, jedoch vor allem das „richtige", „werterfüllte, materiale Ordnungsprinzip" zur Geltung bringen müsse[21].

Der vorliegenden Untersuchung geht es weder um die Erarbeitung einer allgemeinen Theorie des „richtigen" Rechtsstaats noch bezweckt sie, den geschichtlichen Befund in rechtspolitische Argumentationen zum

---

um den Gegenstand in der „Wirklichkeit", sondern - nach der Ausdrucksweise der Stoiker - um das „in unserem Verstande" Existierende (DIES., a.a.O., S. 222). In der Untersuchung Sarcevics erfolgt ein ständiger Wechsel zwischen der Extension und der Intension des Ausdrucks „Rechtsstaat". Auf die von den jeweiligen Autoren mit dem Ausdruck „Rechtsstaat" verbundenen Intensionen bezieht sich Sarcevic nur sporadisch (SARCEVIC, Rechtsstaat [1991], S. 92-95). Stattdessen weicht er auf die extensionale Ebene des Ausdrucks aus, wobei er wiederum die ausdrucksspezifischen Extensionen ausspart und sogleich zur allgemeinen Rechts- und Staatswirklichkeit des Dritten Reiches gelangt (DERS., a.a.O., S. 96 f.). Deren Beschreibung, die Sarcevic unter Rückgriff auf die einschlägige Sekundärliteratur (z.B. MAJER, Grundlagen [1987]) vornimmt, bildet die eigentliche Grundlage, auf der Sarcevic den Typus des NS-Rechtsstaatsbegriffs bildet.

[17] STERN, Staatsrecht (1984), S. 773 f.; SOBOTA, Rechtsstaat, (1997), S. 11 f.; SOMMERMANN, Staatsziele (1997), S. 153.

[18] Vgl. z.B. MARXEN, Strafrecht (1975); ANDERBRÜGGE, Rechtsdenken (1978), S. 163 ff.; ROTTLEUTHNER, Rechtssoziologie (1989), 304 f.

[19] SOBOTA, Rechtsstaat (1997), S. 11 f.; SOMMERMANN, Staatsziele (1997), S. 153.

[20] MAUS, Rechtstheorie (1976), S. 37 ff.; DIES., Theorie, S. 43-45.

[21] STERN, Staatsrecht (1984), 773 f.

Rechtsstaat des Grundgesetzes einzuflechten[22]. Sie beruht auf einem vornehmlich deskriptiven Ansatz, von dem aus die Auffassungen zum Begriff des Rechtsstaats ausführlich dargestellt werden sollen. Das Ziel besteht darin, die Eigenheiten, Gemeinsamkeiten und Abweichungen der zum Rechtsstaat vertretenen Positionen in schärferer Kontur herauszuarbeiten, als dies bisher in der rechtsgeschichtlichen Forschung zum Nationalsozialismus geschehen ist.

Dabei wird unter einem Begriff im folgenden ein mit einer bestimmten Intension verbundener sprachlicher Ausdruck verstanden[23]. Mit dieser Weichenstellung werden zunächst zwei Arten von Äußerungen zum Rechtsstaat aus dem Gegenstandsbereich der Untersuchung ausgeschieden: Zum einen finden sporadische oder rein plakative Erwähnungen des Wortes „Rechtsstaat", die keinen feststehenden Sinngehalt des Ausdrucks erkennen lassen, keine Berücksichtigung. Hingegen ist eine ausdrückliche Definition dem zugrundegelegten Begriffsverständnis gemäß nicht erforderlich. Als ausreichend wird erachtet, wenn ein Autor eine implizite Begriffsbestimmung vornimmt. Von einer solchen wird ausgegangen, wenn bestimmte Attribute des Staates als spezifisch rechtsstaatliche ausgegeben werden oder sich aus den Ausführungen eines Autors ergibt, daß für ihn der Rechtsstaat schlichtweg der Staat des „richtigen" Rechts ist. Das entspricht der Zielsetzung, die mit der Rede vom Rechtsstaat angesprochenen Inhalte ins Blickfeld zu rücken. Zum anderen bleiben Ausführungen außer Betracht, die das Wort „Rechtsstaat" nicht enthalten, obwohl sie offensichtlich an Inhalte der überkommenen Rechtsstaatsbegriffe anknüpfen, so z.B. die Frage nach der Fortgeltung von Grundrechten[24] und des Gesetzesmäßigkeitsgrundsatzes in der Verwaltung[25]. Das ausdrucksbezogene Begriffsverständnis soll einen transparenten Zugriff auf die rechtsstaatliche Problematik sichern. Zwar könnte dieses Ziel ebensogut im Wege einer bereichsdogmatischen oder institutionenorientierten Fragestellung erreicht werden. Jedoch wäre bei einem solchen Zugriff die Verbindung zu dem Streit im Dritten Reich, ob das Wort „Rechtsstaat" auch affirmativ zu verwenden sei, nicht in gleichem Maße naheliegend wie im Falle des gewählten, ausdrucksbezogenen Begriffsverständnisses.

Die Schrift gliedert sich in vier Kapitel. Im 1. Kapitel gilt es, das Gefüge der zum „Streit um den Rechtsstaat" vorgetragenen Positionen aufzufä-

---

[22] Unter Rechtspolitik wird im folgenden die Disziplin verstanden, welche mit der Zielrichtung für die Weiterentwicklung des geltenden Rechts befaßt ist.

[23] Zum Verhältnis Ausdruck - Intension - Extension vgl. oben Fn. 16.

[24] Vgl. z.B. den Abschnitt „Von den Grundrechten zur volksgenössischen Rechtsstellung" bei HUBER, Verfassung (1937), S. 211-220.

[25] So z.B. die Ausführungen KÖTTGENS, Verwaltung (1936), S. 36-38, über „Das Prinzip der gesetzesmäßigen Verwaltung in der Gegenwart".

chern. Dafür soll zunächst das Bild nachgezeichnet werden, welches sich die rechtswissenschaftliche Literatur während des Dritten Reiches von den überkommenen Rechtsstaatsbegriffen macht. Damit wird unter einem bestimmten Blickwinkel Aufschluß über das Geschichtsverständnis während des Nationalsozialismus gegeben[26]. Das gewonnene, weitgehend übereinstimmende Geschichtsbild kann als „der bürgerlich-liberale" Rechtsstaatsbegriff bezeichnet werden. Diese Ausdrucksweise entspricht dem zu konstatierenden pejorativen Gebrauch der Wörter „Liberalismus" und „Bürgertum", welche nach Ansicht der zu untersuchenden Literatur überwiegend das „vorrevolutionäre" Rechtsstaatsverständnis kennzeichnen[27]. Der „bürgerlich-liberale" Rechtsstaatsbegriff wird im wesentlichen aus zwei Gründen in die Untersuchung aufgenommen: Erstens ist er Bestandteil der im Nationalsozialismus vertretenen Theorien des Rechtsstaats selbst. Zweitens soll der „bürgerlich-liberale" Rechtsstaatsbegriff als Gegenbegriff den Maßstab für die Anordnung und Abbildung der Rechtsstaatsbegriffe im 2. und 3. Kapitel bilden.

Im 1. Kapitel werden nach der Darstellung des Geschichtsbildes die ihm gegenüber eingenommenen gegnerischen Positionen aufgeführt. Zunächst ist Günther Krauß' Argumentation gegen sämtliche rechtsstaatliche Traditionen und gegen jede mögliche Bildung eines neuen Rechtsstaatsbegriffs zu explizieren. Als Kontrast soll daraufhin ein Rechtsstaatsbegriff unter dem Aspekt der Kontinuität zu erörtern sein: Vor dem Hintergrund des Wandels der politischen Systeme werden Otto Koellreutters Gedanken zum Rechtsstaat von 1932-1953 nachvollzogen. Ebenso wie Koellreutter wenden sich die anderen Vertreter von Rechtsstaatsbegriffen im Dritten Reich vom „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff ab. Dennoch bestehen auch hier Unterschiede, deren Art in einem vierten Schritt schlaglichtartig verdeutlicht werden soll. Ohne die Rechtsstaatsbegriffe im einzelnen zu erläutern, werden diejenigen Positionen innerhalb der sämtlichen Begriffe genannt, welche hinsichtlich bestimmter Kriterien die größte bzw. geringste Verschiedenheit zum überkommenen Gegenbegriff aufweisen. Dieser Abschnitt bildet den Übergang zu den nachfolgenden Kapiteln.

Das 2. und 3. Kapitel widmen sich der Darstellung und Analyse der in der rechtswissenschaftlichen Literatur zwischen 1933 und 1945 vertretenen Rechtsstaatsbegriffe, welche das Dritte Reich als ein (zumindest po-

---

[26] Eine umfassende Darstellung des während des Dritten Reiches verbreiteten Geschichtsbildes von der germanischen Zeit (ca. 500 n.Chr.) bis zur Neuzeit und seiner Aktualisierung zu rechtspolitischen Zwecken liefert NUNWEILER, Rechtsvergangenheit (1996).

[27] Vgl. statt vieler KOELLREUTTER, Staatslehre (1933), S. 106 f.

tentielles) Element ihrer Extension ausgeben[28]. Die Begriffe, denen vornehmlich Texte aus den Jahren 1933-1937 zugrundeliegen, werden dabei am Maßstab des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs abgebildet. Die Wahl dieses rechtsstaatstheorieimmanenten Kriteriums erfolgt, um eine von außen vorgenommene, moralische Betrachtungsweise der zu untersuchenden Literatur zu vermeiden. Darunter wird hier ein Vorgehen verstanden, welches Wertestandards auf Handlungen anwendet, ohne das Selbstverständnis des Handelnden zu berücksichtigen[29]. Allerdings birgt die Wahl eines theorieimmanenten Maßstabs im Vergleich zum transzendenten Blickwinkel ein höheres Risiko, die Distanz zum untersuchten Gegenstand nicht zum Ausdruck bringen zu können. Es kann in größerem Maße der Eindruck entstehen, der Untersuchende identifiziere sich mit seinem Gegenstand. Dieser Gefahr ist in der Darstellung im Wege einer strikten Trennung der Quellensprache von der analytischen Sprache entgegenzutreten.

Für die Anordnung der Rechtsstaatsbegriffe nach Maßgabe des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs im 2. und 3. Kapitel werden die bereits im vierten Abschnitt des 1. Kapitels explizierten Kriterien der strukturellen und inhaltlichen Verschiedenheit aufgegriffen. Im 2. Kapitel sind diejenigen Entwürfe dargelegt, welche weitgehend unabhängig von den Strukturen des Gegenbegriffs, d.h. von der Gesamtheit der über ihn

---

[28] Das Dritte Reich als potentielle Extension des Rechtsstaatsbegriffs anzusehen, bedeutet, daß ein Autor *noch* nicht vom vollständigen Vorliegen der Begriffsmerkmale in der Wirklichkeit ausgeht, diesen Zustand aber erwartet. Damit wird z.B. der Rechtsstaatsbegriff GERHARD ANSCHÜTZ', Verfassung (1933), aus dem Gegenstandsbereich der Untersuchung ausgeschieden. Anschütz steht in seinem Vorwort zur 14. Auflage, welches vom Februar 1933 datiert, der von ihm befürchteten Demontage der Weimarer Reichsverfassung äußerst skeptisch gegenüber (DERS., a.a.O., S. VI). Autoren, die keinen eigenen Begriff bilden, sondern sich ausdrücklich auf den Begriff eines anderen Autors berufen, werden nicht gesondert berücksichtigt, sondern an den entsprechenden Stellen der Darstellung des befürworteten Begriffs erwähnt. Dies gilt z.B. für KÖHLER, Grundlehren (1935), S. 48-51, in Bezug auf KOELLREUTTER und für BEST, Rechtsstaat (1938), hinsichtlich des Rechtsstaatsbegriffs Nicolais.

[29] Zu diesem Begriff moralischer Bewertung vgl. ROTTLEUTHNER, Dezisionismus (1983), S. 24. Im folgenden wird nur unter zwei Gesichtspunkten Kritik geübt: Zum einen, indem die vom jeweiligen Autor selbst angeführten, zentralen Aspekte seines Konzepts im Hinblick auf ihre inhaltliche Widerspruchslosigkeit überprüft werden. Der Zweck dieser Kritik besteht darin, die logische Konsistenz der jeweiligen Position zum Ausdruck zu bringen. Zum anderen wird gegenüber den zu untersuchenden Beiträgen ein kritischer Standpunkt bezogen, wenn sich ihre Verfasser dem Selbstverständnis nach auf „objektiv" gegebene, nicht „subjektiv" gesetzte Werte berufen. Kritik wird dann insbesondere insofern geübt, als die in den Rechtsstaatsbegriffen proklamierten Verfahren der Wertgewinnung anhand einer an sinnlicher Wahrnehmbarkeit orientierten Erkenntnistheorie untersucht werden. Diese Kritik soll verdeutlichen, welche Funktionen die Begriffe bei Verwendung des erwähnten Maßstabs erfüllen können.

vermittelten Merkmale, Fragen und Themenkomplexe entwickelt werden. Rechtsstaatsbegriffe, welche den Gegenbegriff nicht von außen ersetzen, sondern ihn in Anknüpfung an seine Strukturen umkehren, abwandeln und sich ihm schließlich nähern, erfahren im 3. Kapitel eine Analyse. Die Anordnung der Begriffe innerhalb der Kapitel ergibt sich aus der Anwendung des Kriteriums der inhaltlichen Verschiedenheit. Damit werden die Voraussetzungen und Elemente der Rechtsstaatsbegriffe unter dem Aspekt ihrer inhaltlichen Abweichungen von prägnanten Merkmalen des Gegenbegriffs in Reihung gebracht. Hierbei handelt es sich um die „bürgerlich-liberalen" Verständnisse von Recht, Freiheit und Gleichheit. Der dem „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff unter Anwendung der genannten Kriterien unähnlichste Begriff steht somit am Anfang des 2. Kapitels, der ihm ähnlichste Begriff schließt das 3. Kapitel ab.

Diejenigen Texte, in welchen der jeweilige Autor seinen Rechtsstaatsbegriff bildet, stellen die Ausgangspunkte der Begriffsanalyse dar. Damit ist nicht gesagt, daß diese Schriften stets den quantitativen Schwerpunkt der Erörterung des jeweiligen Begriffs ausmachen. Letzteres hängt davon ab, inwiefern die Intension des Begriffs in dem zugrundegelegten Text expliziert wird. Ist dies nur in geringerem Maße der Fall, werden andere Quellen eines Autors hinzugezogen, soweit es für das Verständnis der Begriffsgehalte von Belang ist. Die Darstellung des jeweiligen Rechtsstaatsbegriffs erfolgt im Zusammenhang mit dem ihm zugrundeliegenden Rechtsverständnis und dem Staatsbegriff, welcher dem Rechtsstaatsbegriff als Gattungsbegriff übergeordnet ist[30]. Diesbezüglich wird wie bei der Beschreibung des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs und des Rechtsstaatsbegriffs Koellreutters verfahren. Der Zweck dieser Gliederung besteht darin, zwei weitere Kategorien zu schaffen, nach denen sich die Rechtsstaatsbegriffe miteinander vergleichen lassen.

Obwohl die Begriffe unter dem Aspekt ihrer Übereinstimmung zum Gegenbegriff untersucht und angeordnet werden sollen, gilt es auch, ihre Spezifik zu erfassen. Die Begriffsanalyse kann sich deswegen nicht auf ein bloßes „Abfragen" der Verschiedenheit zum „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff beschränken, sondern bezieht auch andere Gesichtspunkte

[30] Die von den Vertretern der Rechtsstaatsbegriffe zum Recht angestellten Überlegungen divergieren in starkem Maße. Sie beziehen sich nicht nur auf Merkmale des Rechtsbegriffs, sondern auch auf dessen Voraussetzungen (z.B. „naturwissenschaftlicher", erkenntnistheoretischer und rechtsgeschichtlicher Art) und Folgen (z.B. für Rechtsanwendung, Rechtspolitik und Rechtsdogmatik). Bei den in der Begriffsanalyse unter der Überschrift „Recht" zusammengefaßten Gesichtspunkten handelt es sich daher zumeist nicht um eine vollständige Entfaltung des Rechtsbegriffs, sondern um dessen aspektive, mit anderen Gesichtspunkten vermengte Erörterung. Insofern ist hier in einem weiteren Sinne von dem „Rechtsverständnis" bzw. der „Rechtsauffassung" des jeweiligen Autors die Rede.

ein, die im 4. Kapitel ausgewertet werden. Dort soll es zunächst darum gehen, die Verschiedenheit und Eigenständigkeit der Rechtsstaatsbegriffe festzustellen. Dies geschieht im Wege eines zusammenfassenden Vergleichs der Begriffe mit dem „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff und dem Staatsbegriff des jeweiligen Entwurfs. In einem zweiten Schritt sollen die in den nationalsozialistischen Rechtsstaatstheorien vertretenen Ansichten über Wertgeltung und Wertgewinnung, die in beträchtlicher Weise die Ausgestaltung des jeweiligen Begriffs prägen, zusammengefaßt und sodann - unter Berücksichtigung der ihnen korrelierenden Wirklichkeitsverständnisse - hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf die Gesetzesdogmatik überprüft werden. Ein weiteres begriffliches Spektrum stellen die Auffassungen über Volk und Staat dar. Sie lassen sich zusammenfassen in den Entwürfen zur Legitimation des Staates, staatlicher Repräsentation und der Stellung des Einzelnen im Verhältnis zu Volk und Staat. Letztlich soll darauf eingegangen werden, welche Funktionen die Rechtsstaatsbegriffe erfüllen können[31]. Dabei ist insbesondere das Problem zu erörtern, inwiefern die Rechtsstaatsbegriffe subjektiv-willkürliche Entscheidungen von „Führern", Richtern und Beamten zu legitimieren vermögen.

Es ist offensichtlich, daß diese Untersuchung von vielem absieht, was für ein umfassendes Verständnis der Rechtsstaatsdiskussion während des Nationalsozialismus unerläßlich wäre. Dazu gehört nicht nur der gesamtpolitische, sondern auch der akademische Kontext der hier untersuchten Texte. Insofern wären z.B. Rangunterschiede zwischen den am literarischen Gefecht beteiligten Autoren wie Carl Schmitt, Roland Freisler sowie Hans Frank als Inhaber hoher politischer Ämter einerseits[32] und relativ unbedeutenden Autoren wie Wittig, Groß-Fengels oder Dennewitz zu berücksichtigen. Auch wäre von Bedeutung, daß die zwischen Koellreutter und Schmitt bestehenden Differenzen im Rechtsstaatsverständnis Teil einer weitergreifenden Auseinandersetzung waren, in deren Verlauf -so ist

---

[31] Zu den Funktionen der Begriffe sei folgendes angemerkt: Wird z.B. das Merkmal „Verwirklichung von Gerechtigkeit durch den Staat" in den Rechtsstaatsbegriff aufgenommen und vom Gegebensein dieses Merkmals in der Wirklichkeit des nationalsozialistischen Staates ausgegangen, so kann der Rechtsstaatsbegriff die Funktion erfüllen, den Status quo zu legitimieren. Damit ist freilich noch nicht gesagt, daß er dies aus der Sicht des begriffsbildenden Autors auch soll. Zu trennen sind daher Funktionszuweisungen des jeweiligen Begriffsschöpfers von solchen, die von anderen Personen vorgenommen werden. Im folgenden beschränken sich Aussagen über die Funktionen der Begriffe grundsätzlich auf die Frage, welche Funktionserfüllung die Begriffe aufgrund ihres Inhalts und ihrer Struktur ermöglichen. Das ermittelte Funktionenpotential eines Begriffs kann (höchstens) als Indiz dafür dienen, daß der Begriff aus der Sicht des jeweiligen Autors die erfüllbaren Funktionen erfüllen soll.

[32] Vgl. insofern die Kurzbiographien dieser Autoren zu Beginn der jeweiligen Abschnitte über ihre Schriften zum Rechtsstaat.

zu vermuten - Schmitt seinen Assistenten Krauß, der in der von Schmitt herausgegebenen „Disputation über den Rechtsstaat" vehement gegen die Rede vom Rechtsstaat Stellung bezieht[33], als Sprachrohr benutzte, um Koellreutter zu attackieren[34]. Des weiteren müßte Beachtung finden, daß die Autoren dem politischen Lauf der Dinge gegenüber unterschiedlich eingestellt waren und unterschiedliche Positionen einnahmen. Als beispielsweise Hans Helfritz - Monarchist und Repräsentant der „alten Universität" - 1934 seinen Text zum Rechtsstaat publizierte, war er schon von den Nationalsozialisten seines Amtes als Rektor der Universität Breslau enthoben worden[35]. Demgegenüber meldete sich Carl Schmitt vorwiegend zu einer Zeit zu Wort, in der er bereits sein von Göring verliehenes Amt als Preußischer Staatsrat innehatte und Leiter der Fachgruppe Hochschullehrer im NS-Rechtswahrerbund war.

Nur wer diesen hier lediglich im Ansatz nachgezeichneten Kontext zur Kenntnis nimmt, ist in der Lage, den Texten zum Rechtsstaat den richtigen Ort im Gesamtgeschehen zuzuweisen. Dennoch werden im folgenden diese Texte, welche sozusagen die Spitze eines Eisbergs bilden, unter weitgehender Ausblendung der historisch-politischen Bedingungen analysiert. Es wird davon ausgegangen, daß dies möglich ist und zweckmäßig sein kann. Man muß unterscheiden können zwischen der Beschreibung von Begriffsstrukturen, ihren Ursachen und Gründen sowie ihren Funktionen und Folgen. Auch die Annahme, in der NS-Zeit sei jede Form rechtswissenschaftlicher Äußerung politisch instrumentalisiert gewesen, macht die Herausarbeitung von Strukturvarianten im Umgang mit dem Rechtsstaatsbegriff nicht entbehrlich. Denn die Analyse begrifflicher Strukturen trägt dazu bei, die rechtsdogmatischen und rechtsphilosophischen Fraktionen innerhalb der Juristenschaft offenzulegen und verspricht insofern Fortschritte für die Analyse des NS-Systems[36].

---

[33] Vgl. dazu unten S. 25 ff.

[34] Zum Konflikt zwischen KOELLREUTTER und Schmitt vgl. RÜTHERS, Schmitt (1990), S. 81 ff.

[35] WACKE, Helfritz (1958).

[36] An dieser Stelle sei angemerkt, daß die vorliegende Untersuchung ursprünglich als Vergleich der Rechtsstaatsdiskussionen im Dritten Reich und der DDR geplant war, dieses Vorhaben aufgrund der Stoffülle jedoch zugunsten einer Bearbeitung lediglich des Disputes im Dritten Reich aufgegeben worden ist. Das für einen derartigen Vergleich erforderliche, mit zahlreichen Abblendungen verbundene Abstraktionsniveau wurde aus den genannten Gründen beibehalten.

1. Kapitel

Sichtweise, Bruch und Weiterführung rechtsstaatsbegrifflicher Traditionen

In diesem Kapitel gilt es einen Überblick über die mit Rechtsstaatsbegriffen befaßte rechtswissenschaftliche Literatur während des Nationalsozialismus zu geben. Die ablehnenden Positionen können in Äußerungen unterteilt werden, die sich auf die deutschen Monarchien und die parlamentarische Demokratie von Weimar einerseits sowie die Zeit nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten andererseits beziehen. Dabei herrscht in der negativen Beschreibung und Beurteilung der vor 1933 vertretenen Rechtsstaatsbegriffe ein Maß an Übereinkunft, das es rechtfertigt, vom weitgehend geschlossenen Geschichtsbild des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs zu sprechen (A.). Prinzipiell ablehnend gegenüber jedem nur möglichen Rechtsstaatsbegriff äußert sich Günther Krauß in der „Disputation über den Rechtsstaat" (B.). Seine Stellungnahme von 1935 enthält nahezu sämtliche Argumente, die in der rechtswissenschaftlichen Literatur während des Nationalsozialismus gegen die Bezeichnung des Dritten Reiches als Rechtsstaat vorgetragen werden. Als ein weiterer markanter Punkt innerhalb der Auseinandersetzung mit dem Begriff des Rechtsstaats sind die Texte Otto Koellreutters anzusehen. Koellreutters Rede vom Rechtsstaat erstreckt sich zeitlich über das Ende des Kaiserreiches, die Weimarer Republik, das Dritte Reich und die Anfangsjahre der Bundesrepublik Deutschland. Obschon dies beispielsweise auch für Carl Schmitt gilt, läßt sich der Aspekt der Kontinuität im Hinblick auf die Bildung und die Inhalte des Rechtsstaatsbegriffs bei Koellreutter besonders deutlich exemplifizieren. Koellreutters Gedanken zum Rechtsstaat sollen daher von 1932-1953 nachgezeichnet werden (C.). Ebenso wie Koellreutter lehnen die Vertreter von Rechtsstaatsbegriffen im Dritten Reich den „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff ab, bilden jedoch anders als Günther Krauß neue Rechtsstaatsbegriffe, welche dem „bürgerlich-liberalen" Gegenbegriff in unterschiedlichem Maße ähneln. Mithin ist in einer Übersicht darzulegen, inwiefern die Neuentwürfe vom „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff verschieden sind. Dafür werden die im Verhältnis zum Gegenbegriff extremen Positionen innerhalb der Bandbreite der Neuentwürfe aufgezeigt (D.).

A. Der „bürgerlich-liberale" Rechtsstaatsbegriff als gemeinsamer Gegner (1933-1945)

Im folgenden wird ein Ausschnitt der Rechtsgeschichte während des Dritten Reiches dargestellt, der sich auf die kritische Beschreibung der vor 1933 entwickelten Rechtsstaatsbegriffe bezieht. Zurückgegriffen wird dabei prinzipiell auf Beiträge von Autoren, die sich während des Dritten Reiches mit der Frage nach der affirmativen Weiterverwendung des Rechtsstaatsbegriffs beschäftigen. Aus diesen Texten ergibt sich das größtenteils übereinstimmende Geschichtsbild des „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriffs[1].

I. Die Identifikation von Recht und Gesetz

Die rechtswissenschaftliche Literatur während des Dritten Reiches identifiziert das dem „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatsbegriff zugrundeliegende Rechtsverständnis mit einem Rechtsbegriff, dessen Extension allein Gesetzesnormen umfaßt. Recht sei ausschließlich Gesetzesrecht, welches begrifflich von „Moral", „Sitte" und „Sittlichkeit" unterschieden werde[2]. Die unterstellte Weigerung, in die Definition des Rechtsbegriffs „moralische" Elemente einzubeziehen, bildet den Ausgangspunkt der Entrüstung über den „bürgerlich-liberalen" Rechtsbegriff und wird darüberhinaus als Beleg für die Verwerflichkeit der gesamten „bürgerlich-liberalen" Rechts- und Staatstheorie herangezogen[3]. In der Identifikation von Gesetz und Recht erblickt man zugleich eine Entgegensetzung von Recht und „Gerechtigkeit", die „Ewigkeitswerte" wie „Gott, Volk, Heimat, Blut, Ehre, Pflicht" zu „Phantomen" degradiere[4] und jenseits des empirisch faßbaren Gesetzes keine Vorstellung von „Recht" und „Gerechtigkeit" zu gewinnen vermöge. Gesetze als solche seien schon deshalb makelhaft, weil sie das Resultat eines „willkürlichen" und zufälligen Kompromisses der im Parlament vertretenen Personen und Parteien darstellten, der parlamentarische Gesetz-

---

[1] Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen MARXEN, Strafrecht (1975), S. 56 ff.; SCHELLENBERG, Rechtsstaatskritik (1985), S. 71-78.

[2] NICOLAI, Rechtslehre (1933), S. 29; KOELLREUTTER, Rechtsstaat (1934), S. 8; LANGE, Rechtsstaat (1934), S. 10; SCHMITT, Rechtsstaat (1934), S. 713 f.; SCHWEINICHEN, Rechtsstaat (1935), S. 38.

[3] TATARIN-TARNHEYDEN, Staatsrecht (1934), S. 19 f.; KRAUSS, Rechtsstaat (1935), S. 9-32; FREISLER, Rechtsstaat (1937), S. 152.

[4] LANGE, Rechtsstaat (1934), S. 6.

geber sich somit zu nichts anderem als zur Rechtssetzung unfähig erweisen könne[5].

Das gesetzesfixierte und „normativistische" Rechtsverständnis der „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatslehre wird insgesamt als typischer Ausdruck „jüdischen Rechtsdenkens" herausgestellt[6]. Bei der Entgegensetzung von Sein und Sollen handle es sich um einen Gemeinplatz der „bürgerlich-liberalen" Rechtstheorie[7]. Der Unmut über die Trennung des Rechts, wie es ist, und des Rechts, wie es sein soll, zeigt sich am Schlagwort von der „Normativität des Faktischen"[8]: Eine Norm der „bürgerlich-liberalen" Rechtsstaatstheorie sei allein schon deshalb „Recht" und damit „gerecht", weil sie unter der Bezeichnung „Recht" gesetzt sei. Die „rohe" Faktizität werde ungeachtet ihres Wertegehaltes in den Rang der „richtigen" Norm gehoben[9]: „Auch hier leistete das naturwissenschaftliche Denken Kärrnerdienste; der Darwinismus wurde aus der Welt des Seins in die des Sollens übertragen. ‚Die Normativität des Faktischen' war der überzuckerte Ausdruck des Satzes: ‚Gewalt geht vor Recht.'"[10]

Der erkenntnistheoretische Ausgangspunkt der „bürgerlich-liberalen" Auffassung von Recht wird im Bereich eines werteverachtenden und naturwissenschaftlich geprägten Weltbildes verortet, welches die physikalisch-mechanisch gewonnenen Erkenntnisse über das Gleichgewicht von Körpern auf die Rechts- und Staatstheorie zu übertragen versuche[11]. Dieses Bild des philosophischen „Positivismus" wird zum Teil als „Rationalismus" bezeichnet[12]. Weil der „Positivismus" aber auf eine lediglich auf Sinneswahrnehmung beruhende Methode der Erkenntnis reduziert wird[13], handelt es sich bei diesem im Nationalsozialismus vertretenen Begriff des

---

[5] WITTIG, Rechtsstaat (1933), S. 32 f.; SCHWEINICHEN, Rechtsstaat (1935), S. 64.

[6] SCHMITT, Rechtsdenken (1934), S. 226; Krauß, Rechtsstaat (1935), S. 9-32.

[7] KOELLREUTTER, Rechtsstaat (1932), S. 11; SCHMITT, Arten (1934), S. 15; KRAUSS, Rechtsstaat (1935), S. 22.

[8] Dieser Terminus stammt von Jellinek, Staatslehre (1928), S. 341, 355, 360, 371. Damit bezeichnet Jellinek die Neigung der menschlichen Psyche, das tatsächlich geübte Verhalten zur Norm richtigen Handelns zu erheben. Trotz dieser psychologischen Verklammerung geht Jellinek von der logischen Kluft zwischen Sein und Sollen aus.

[9] KRAUSS, Rechtsstaat (1935), S. 22 ff.

[10] LANGE, Rechtsstaat (1934), S. 7; SCHMITT, Arten (1934), S. 30 f.

[11] Das gilt insbesondere für einander gegenüberstehende Ansprüche (LANGE, Rechtsstaat [1934], S. 7 f.) und die Gewaltenteilung. Zu letzterer vgl. SCHMITT, Rechtsstaat (1935), und bereits DERS., Parlamentarismus (1923), S. 27 ff.

[12] LANGE, Rechtsstaat (1934), S. 6 und 10.

[13] Exemplarisch insoweit SCHMITT, Arten (1934), S. 33, der auf den Vortrag MAX PLANCKS „Positivismus und reale Außenwelt" (1931), S. 11, verweist. Planck führt dort aus, daß ein naturwissenschaftlicher Positivismus, der sich ausschließlich auf Sinneseindrücke verlasse, irreführende und täuschende Sinneswahrnehmungen nicht mehr von anderen unterscheiden könne, weil es in der positivistischen Physik keine Sinnestäuschungen gebe.