

Rechtsgeltung

Dekonstruktion und Konstruktion in den Umbrüchen nach 1933 und 1945

STEVEN SCHÄLLER

1 EINLEITUNG

Warum gilt Recht? Dieser Problematik widmeten sich neben der Staats- und Rechtslehre schon so verschiedene Disziplinen, wie die Soziologie, Philosophie, Ökonomie oder auch die Politikwissenschaft. Die Antworten sind so vielfältig wie die Disziplinen selbst. Die Beschäftigung mit dieser Frage legt zumindest die zentrale Stellung des Rechts in modernen Gesellschaften offen. Recht gilt als das Steuerungsmedium schlechthin. Es stabilisiert Institutionen, reduziert Komplexität durch Erwartungssicherheit, senkt Transaktionskosten, transformiert ethische und moralische Zumutungen in allgemeinverbindliche Normen. Und immer bleibt die Frage, warum das Recht diese zentrale Stellung in politischen Ordnungen einnehmen soll.

Für den juristischen Positivismus ist die Geltungsfrage des Rechts eine Übung in metaphysischer Enthaltensamkeit. Die Begründung der Geltung einer Rechtsnorm verweist so nur auf eine – dem Recht – immanente Stufenordnung, die mit Kelsen die „Grundnorm“¹ als letzten Geltungsgrund annimmt. Die Funktion der Grundnorm besteht dann darin, die gesamte Rechtsordnung in Geltung zu setzen, ohne dem Recht eine weltanschaulich vorausgehende Vorherbestimmung einzuschreiben. Verweist geltendes

1 Hans Kelsen: Reine Rechtslehre. 2., vollständig überarbeitete und erweiterte Aufl., Wien 1960, S. 200-209; vgl. außerdem Horst Dreier: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Baden-Baden 1990, S. 27-56.

Recht auf sich selbst, hat dies für den Juristen einerseits und die Rechtsunterworfenen andererseits verschiedene Folgen: Der Jurist wird von Spekulationen über die metaphysischen Gründe der Rechtsgeltung entlastet, weil die Norm innerhalb der Legeshierarchie zustande gekommen ist. Der Versuch, dennoch die Rechtserkenntnis hinter die Letztbegründung der Legeshierarchie zu verlängern, ist mit Kelsens eindrücklicher Formulierung vom Entgegenstarren des „Gorgonenhaupt[s] der politischen Macht“² beantwortet worden. Gerade die metaphysische Enthaltbarkeit des juristischen Positivismus verschiebt die Geltungsfrage des Rechts in den politischen Raum und steht dort dem demokratischen Diskurs offen. Im liberal-demokratischen Verfassungsstaat werden die Geltungsgründe des Rechts so aus dem Spannungsverhältnis von Politik und Recht generiert.³

Hier erst zeigt sich die integrative Stärke des liberal-demokratischen Pluralismus: Die Geltung des Rechts kann aus ganz verschiedenen philosophischen, weltanschaulichen oder religiösen Gründen angenommen werden, ohne dass mit dem subjektiven Geltungsglauben der Rechtsunterworfenen ein staatlicher Sanktionsmechanismus einhergeht. Die Geltungsgründe des Rechts sind demokratisch-diskursiv verhandelbar.⁴

Im Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre boten diese beiden Merkmale des Rechtspositivismus ideale Angriffsflächen. Die metaphysische Enthaltbarkeit einer Letztbegründung des Rechts allein in der Legeshierarchie wurde als inkonsistente Begründung einer herrschenden, sich selbst genügenden Lehre denunziert, während der liberal-demokra-

2 Zitiert nach Bernd Rüthers: Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, München 1989, S. 34.

3 Vgl. dazu Hans Vorländer: Die Suprematie der Verfassung. Über das Spannungsverhältnis von Demokratie und Konstitutionalismus, in: Wolfgang Leidhold (Hrsg.): Politik und Politeia. Formen und Probleme politischer Ordnung. Festgabe für Jürgen Gebhardt zum 65. Geburtstag, Würzburg 2000, S. 373-383.

4 Die Integrationskraft des demokratischen Prozesses für die Einheit der politischen Ordnung und für den Geltungsglauben in die Rechtsordnung wurde nicht nur allein von den Vertretern des juristischen Positivismus verteidigt. Vgl. Rudolf Smend: Verfassung und Verfassungsrecht [1928], in: ders.: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. 3., wiederum erweiterte Aufl., Berlin 1994, S. 119-276; Hans Vorländer (Hrsg.): Integration durch Verfassung, Wiesbaden 2003; Marcus Llanque: Die politische Theorie der Integration: Rudolf Smend, in: André Brodocz/Gary S. Schaal (Hrsg.): Politische Theorien der Gegenwart I. Eine Einführung, 2., erweiterte und aktualisierte Aufl., Opladen 2006, S. 313-340; Kathrin Groh: Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats, Tübingen 2010.

tische Pluralismus subjektiver Geltungsgründe als Werterelativismus einer substanzlosen Gesellschaft gedeutet wurde. Zusammengenommen wurden diese beiden Punkte zu einer Krisen- und Verfallsdiagnose des liberalen Rechtsstaates verdichtet.⁵

Im Kontext der späten Weimarer Republik sah sich der Rechtspositivismus daher konkurrierenden Erzählungen von den Geltungsgründen des Rechts ausgesetzt. Diese Gegendiskurse verorteten den letzten Geltungsgrund des Rechts außerhalb des Zusammenhangs von Politik und Recht. Die Frage der Rechtsgeltung wird damit dem liberal-demokratischen Rechtsdiskurs entzogen, indem die Geltungsgründe – bereits metaphysisch verankert – nicht mehr verhandelbar sind. So werden neben dem ‚Volk‘ auch das ‚Gemeinschaftserlebnis‘ und schließlich das ‚Blut‘ als konkurrierende Transzendenzfiguren ins Spiel gebracht. Der auf immanente Geltungsgründe rekurrierende Rechtspositivismus wird mit diesen metaphysischen, das Recht transzendierenden Verweisen ausgehebelt.

Der vorliegende Text analysiert daher zunächst die Umbruchsituation von 1933, insbesondere die Phase nach der nationalsozialistischen Machtergreifung. Der Positivismusstreit der Weimarer Republik geht hier in die Verlängerung, allerdings ohne Beteiligung der Vertreter des juristischen Positivismus. Aus dem Feld der Akteure wurden drei maßgeblichen Autoren ausgewählt.⁶ Dies sind Carl Schmitt, Otto Koellreutter und Reinhard Höhn. Zudem wird eine zweite Umbruchsituation komparativ herangezogen, die ebenfalls die Auseinandersetzung mit dem juristischen Positivismus sucht und diesen in den Kontext krisenhafter Auflösungserscheinungen stellt. Es handelt sich dabei um die Phase nach 1945 bis in die späten 1950er Jahre hinein, und zwar in der sowjetischen Besatzungszone und der späteren Deutschen Demokratischen Republik. Hier findet eine Auseinandersetzung mit einem ‚bürgerlichen‘ Rechtsverständnis sowohl aus der Weimarer Zeit als auch der konkurrierenden Bundesrepublik statt.

5 Vgl. Christoph Gusy (Hrsg.): *Demokratisches Denken in der Weimarer Republik*, Baden-Baden 2000.

6 Vgl. dazu Bernd Rüthers: Reinhard Höhn, Carl Schmitt und andere – Geschichten und Legenden aus der NS-Zeit, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 39 (2000), S. 2866-2871; ders., *Entartetes Recht*, 1989; Diemut Majer: *Rechtstheoretische Funktionsbestimmungen der Justiz im Nationalsozialismus am Beispiel der ‚völkischen Ungleichheit‘*, in: dies. (Hrsg.): *Nationalsozialismus im Lichte der Juristischen Zeitgeschichte. Ideologie – Staat – Besatzungsregime in Europa 1939-1945*, Baden-Baden 2002, S. 3-20.

Mit Karl Polak findet sich ein Staatsrechtslehrer, der das sozialistische Staatsrecht der DDR geprägt hat.

Der Prozess der diskursiven Umstellung von immanenten auf transzendente Geltungsgründe des Rechts soll mit den vier Autoren analysiert werden. Die diskursiven Strategien aller vier Autoren eint eine besondere Eigenschaft, die den erkenntnistheoretischen Hintergrund der Jurisprudenz als *Rechtswissenschaft* abbildet. So erhielten alle vier Autoren ihre akademische Prägung in der Spätphase des juristischen Positivismus. Gemeinsam ist ihnen die Revolte gegen diesen Positivismus, ohne aber dessen Verständnis von Wissenschaftlichkeit hinter sich lassen zu können, welches auf der konstruktiven Methode, der Logik der juristischen Begriffe und der rein formalen Analyse normativer Zusammenhänge aufruhte.⁷ Für das öffentliche Recht fanden diese methodischen Anforderungen für den Rechtswissenschaftler ihre gültige Formulierung bereits durch Laband: „Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt aber in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen.“⁸

Die zu analysierenden Texte sind daher in einer markanten Hinsicht alle in einem juristischen Stil verfasst, der sich auch noch in der Auflösung des Rechtspositivismus dessen wissenschaftlichen Denkformen verpflichtet sieht.⁹ Die Verdrängung der immanenten Geltungsgründe des Rechts durch nicht mehr verhandelbare transzendente Geltungsgründe operiert als diskursive Strategie gerade mit der juristischen Methode der Konstruktion. Diese folgt bei jedem der hier vorgestellten Autoren einem analytisch zu unterscheidenden Dreischritt. Im Mittelpunkt der Abhandlungen steht jeweils die juristische Konstruktion einer neuen Rechtsordnung. Dieser Konstruktion geht jedoch als erstem Schritt eine ebenso streng juristische *Dekonstruktion* der immanenten Geltungsbehauptungen des Positivismus voraus. Schließlich wird drittens die neue Rechtsordnung als gültig ausgewiesen, wobei

7 Vgl. dazu Michael Stolleis: *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 2: *Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, München 1992, S. 276-278.

8 Paul Laband: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. 1, 4., neu bearbeitete Aufl., Tübingen 1901, S. IX.

9 Die Wahrung der Formen rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung beobachtet auch Majer, *Rechtstheoretische Funktionsbestimmungen*, 2002, S. 6f.

der transzendente Geltungsgrund ein nicht mehr verhandelbarer Verweis auf Metaphysisches bleibt.

2 CARL SCHMITT UND DIE GERECHTIGKEIT KONKRETER ORDNUNGEN

2.1 Dekonstruktion: Der Begriff der Rechtssicherheit

Die Dekonstruktion des Positivismus beginnt bei Schmitt mit der Unterscheidung von Recht und Gesetz. Dem liberal-demokratischen Rechtsstaat unterstellt er, dass dieser kein Rechtsstaat ist, sondern ein Gesetzesstaat. Recht und Gesetz treten als Gerechtigkeit und als positive Norm auseinander. Der Gerechtigkeitsbegriff des liberalen Rechtsstaates als Gesetzesstaat reduziere sich auf die Rechtssicherheit.

„Soweit dieser Positivismus eine rechtsphilosophische Begründung gibt, führt er in die Gedankengänge eines individualistischen Rechtssicherheits-Interesses und beruft sich darauf, daß es ungerecht wäre, die durch das Gesetz hervorgerufene *Erwartung* der Rechtsgenossen, [...] das ‚Vertrauen‘, zu enttäuschen.“¹⁰

Die Rechtssicherheit avanciert zur zentralen Gerechtigkeitskategorie, weil das Individuum dem Staat entgegengesetzt ist und diesen durch das Recht berechenbar machen will. Die Machtfülle des Staates gilt aus liberaler Perspektive als potentiell bedrohlich für das Individuum. Daher wird der Einzelne mit Abwehrrechten ausgestattet und so eine Konfliktsituation geschaffen, die vor den Gerichten nur scheinbar juristisch ausgetragen wird. Denn das Individuum, das durch den Begriff der Rechtssicherheit meint, den Staat und seine Handlungen berechenbar zu halten, wird vor Gericht feststellen müssen, dass seine Erwartungen an die Rechtssicherheit nicht immer erfüllt werden. Schmitt führt die Auseinandersetzung mit diesem Gedankengang direkt in eine Paradoxie des Positivismus: Danach ist staatliches Handeln zwar nur dann legal und für das Individuum berechenbar, wenn es sich durch eine positive Norm rechtfertigen lässt. Gleichzeitig aber schöpfen die Richter als Justizbeamte des Staates in ihren Entscheidungen neues Recht, welches gerade nicht durch eine bereits

10 Carl Schmitt: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Berlin 1934, S. 27 (Hervorhebung im Original).

bestehende positive Norm zu rechtfertigen ist.¹¹ Schmitt spielt hier auf die Kodifikationsproblematik des modernen Rechtsstaates an, die nach positivistischer Rechtsvorstellung durch die axiomatische Annahme einer lückenlosen Rechtsordnung aufgelöst werden soll. Faktisch aber entstehe dadurch für den liberalen Gesetzesstaat das logische Problem, dass einerseits staatliches Handeln nur dann legitim sein soll, wenn es sich allein durch eine positive Norm rechtfertigen lässt und andererseits staatliches Handeln auch dann legitim sein soll, wenn es sich gerade nicht durch eine positive Norm rechtfertigen lässt. Diese theoretische Inkonsistenz zeige ganz klare praktische Wirkungen, die dem positivistischen Rechtsverständnis den Boden für seinen zentralen Geltungsgrund des Rechts entzieht: Im Richterrecht finde sich ein Einfallstor für die herrschaftliche Willkür des Justizbeamten, vor dem der liberale Rechtsstaat durch die Opposition von Individuum und Staat den Einzelnen gerade bewahren wolle. Sicherheit und Berechenbarkeit entfallen somit als Geltungsgrund des Rechts im liberalen Rechtsstaat.¹²

2.2 Konstruktion: Konkretes Ordnungsdenken und das Lebensrecht des Volkes

1933 erscheint die Schrift *Staat, Bewegung, Volk – Die Dreigliederung der politischen Einheit*. In diesem Text beschäftigt sich Schmitt mit der neuen Lage nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten. Im Mittelpunkt stehen Fragen der Legitimität der neuen Ordnung, ihrer Einheitsverkörperung sowie das Verhältnis von Führertum und nationalsozialistischem Recht. Einerseits arbeitet Schmitt die Legitimität der neuen Ordnung heraus. Diese gründe nicht auf der Legalität eines Übergangs von einer Ordnung in die andere durch das Ermächtigungsgesetz, sondern auf der Legitimität des in den Reichstagswahlen sichtbar gewordenen Willens des deutschen Volkes, Adolf Hitler als Führer zu bestimmen.¹³ Schmitt zapft damit die partizipatorische Quelle der Legitimität an, die in der Verknüpfung von Volk und Führer einerseits die Notwendigkeit einer politischen Führerherrschaft bejaht, andererseits aber diese an die Zustimmung des

11 Vgl. Carl Schmitt: *Staat, Bewegung, Volk – Die Dreigliederung der politischen Einheit* [1933], Hamburg 1993, S. 40.

12 Vgl. Schmitt, *Über die drei Arten*, 1934, S. 20-24.

13 Vgl. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk*, 1993, S. 7.

Volkes knüpft.¹⁴ Die Legitimität der neuen Ordnung bestimmt sich daher nicht durch das Recht, auch nicht durch das Verfassungsrecht, sondern durch das Politische. Das Politische geht, so ist mit Schmitts erstem Satz aus *Der Begriff des Politischen* von 1927 zu reformulieren, den rechtlichen Organisationsformen eines Volkes voraus. Daher ist jedes Recht situativ, es ist kontextgebunden, und es ist jedenfalls nicht mit jenem abstrakten Ewigkeitswert identisch, den ihm der Positivismus verleihe. „Wir wissen nicht nur gefühlsmäßig, sondern aufgrund strengster wissenschaftlicher Einsicht, daß alles Recht das Recht eines bestimmten Volkes ist.“¹⁵ Andererseits deutet sich in dieser Rechtsauffassung bereits die besondere Stellung des Juristen an. Schmitts *quis judicabit*, die Frage also, wer über das Recht eines Volkes entscheidet, verlegt das akademische Konfliktfeld über den richtigen Weg der Rechtsinterpretation. Recht kann nicht, so Schmitt, durch objektive Methoden der Auslegung, die sogenannte juristische Methode, erkannt werden. Dies führe zu abstrakten Leerformeln, mit denen das Recht eines Volkes verfehlt werde. Es ist stattdessen die Artgleichheit als Bestimmungsfaktor der Zugehörigkeit zu einem Volk, die sich im Prinzip des Führertums ausdrückt und zur richtigen Rechtserkenntnis führt. „Der richtige Richter ist daher einer, der in seiner seinsmäßigen, artbestimmten Weise an der rechtschöpfenden Gemeinschaft teil hat und existenziell ihr zugehört.“¹⁶

Damit eröffnen sich zwei Fragen der Rechtsgeltung: Erstens bleibt offen, wo dieses Recht eines Volkes herkommt, oder juristisch formuliert, was ist eine Rechtsquelle unter der Herrschaft der Nationalsozialisten? Und zweitens bleibt offen, welche Stellung diejenigen einnehmen, die sich mit dem Recht beruflich in Wissenschaft und Justiz beschäftigen. Beide Fragen werden überwölbt von dem Problem des Verhältnisses von Recht und Politik, das Schmitt zugunsten der Politik auflöst.

Schmitts Auffassung von der Kontextgebundenheit jeden Rechts mündet 1934 in das konkrete Ordnungsdenken.¹⁷ Er grenzt das konkrete Ordnungsdenken von einem normativistischen Regelnden einerseits und einem dezisionistischen Entscheidungsdenken andererseits ab. So ist das

14 Vgl. Wolfram Pyta: Antiliberale Ideenwelt in Europa bei Kriegsende, in: Christoph Gusy (Hrsg.): Demokratie in der Krise: Europa in der Zwischenkriegszeit, Baden-Baden 2008, S. 86-104, hier: S. 93.

15 Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1993, S. 45.

16 Ebd.

17 Vgl. Schmitt, Über die drei Arten, 1934.

konkrete Ordnungsdenken *erstens* nicht dazu bereit, Recht als reine Regeln zu begreifen, die, losgelöst von dem Volk, das unter ihnen leben soll, ein normativistisches Eigenleben entfalten. Für die positivistische Rechtslehre aber schwebten die reinen Regeln „über jeder konkreten Lage und jedem konkreten Tun; [...] das Sollen bleibt vom Sein unberührt und behält seine für das normativistische Denken unverletzbare Sphäre.“¹⁸ Gegen solche Entfremdungsprozesse von Volk und Recht richte sich das konkrete Ordnungsdenken.

Zweitens kann das konkrete Ordnungsdenken gegen das dezisionistische Entscheidungsdenken nur insoweit Bedenken geltend machen, als der Dezisionismus im 19. Jahrhundert jene eigentümliche Verbindung mit dem normativistischen Regelnden einging, die als juristischer Positivismus bezeichnet wird. War daher für den Carl Schmitt der Jahre vor 1933 das dezisionistische Denken der große Gegenspieler zum Positivismus – Stichwort: Ausnahmefall und Normalsituation –, rückte der Dezisionismus jetzt in eine unterstützende Position ein, um die Paradoxien des juristischen Positivismus aufzulösen. So halte der Dezisionismus das Recht auch dann noch entscheidungsfähig, wenn der Ausnahmezustand – sprich: die Kodifikationslücke – eintrat und der Richter regellos entscheiden musste.

Während das normativistische Regelnden sein Verhältnis zur Rechtsordnung dadurch bestimmt, dass die Ordnung lediglich die Summe aller Regeln darstellt, kehrt sich dieses Verhältnis im konkreten Ordnungsdenken um. Ausgangspunkt ist hier immer die konkrete Situation eines Volkes, das sich situativ sein Recht gibt. Die Norm ist daher nur ein Instrument zur Regelung bestimmter, begrenzter Sachverhalte. Sie kann deswegen auch nicht in den ‚heiligen‘, über allem schwebenden Status gelangen, den sie im Normativismus inne hat. Sie ist ein Instrument der Ordnung. Der Begriff der Rechts-Ordnung bestimmt sich vom letzteren her: Es handelt sich um das konkrete – nicht abstrakte – Recht einer konkreten Ordnung. „Die Norm oder Regel schafft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf dem Boden und im Rahmen einer gegebenen Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Maß in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Geltens.“¹⁹

Damit ist das konkrete Recht einer konkreten Ordnung an diese zurückgebunden und in seinem allgemeinen Geltungsanspruch beschränkt.

18 Ebd., S. 16.

19 Ebd., S. 11.

In ihm drückten sich keine Normen mit einem abstrakt-allgemeinen Geltungsanspruch aus, sondern die gegenwärtigen, volatilen und von vorpolitischen individuellen Schutzräumen befreiten Regelungsbedürfnisse eines Volkes.²⁰ Es stellt sich daher erneut die Anschlussfrage, was diese Regelungsbedürfnisse inhaltlich ausmacht und auf welche Weise sie befriedigt werden können. Die Antwort auf diese Frage führt zum einen auf das *quis judicabit* der eingangs formulierten Problematik zurück und zum anderen weist sie bereits auf die sich in radikaler Intensität steigernden Schriften Schmitts nach den Ereignissen vom Juni 1934.

Das *quis judicabit* ist für Schmitt deswegen eine relevante Frage, weil die Auseinandersetzung mit dem juristischen Positivismus und seinen Auslegungsmethoden keine akademische, sondern eine politische Frage sei. Der juristische Positivismus ist der politische Feind. Die Gesetzeslage ist nach 1933 weitestgehend gleich geblieben, nun aber mit einem vollkommen neuen Denken zu bearbeiten. Richteten sich die Bemühungen nationalsozialistischer Rechtslehrer für ein Recht der konkreten Ordnung dabei allein auf die Auslegungsmethoden des juristischen Positivismus, käme ein nationalsozialistisches Rechtsdenken nicht zu sich selbst. Deswegen erweitert Schmitt die Zielbestimmung für eine nationalsozialistische Rechtswissenschaft: „Es kommt für uns heute nicht darauf an, die alte normativistische Methode zu korrigieren, sie elastischer zu machen, um sie dadurch womöglich zu retten und sie noch eine zeitlang am Leben zu erhalten, sondern wir kämpfen für einen neuen Typus des deutschen Juristen.“²¹

Ein solcher deutscher Jurist soll an dem geschult werden, was Schmitt konkrete Ordnung bezeichnet. Er soll das Recht jenen vorfindbaren Ordnungen nur noch entnehmen, denen er sich selbst als Angehöriger des deutschen Volkes zugehörig fühlt. Methodisches Einfallstor für diesen Zweck sind die sogenannten Generalklauseln, mit denen den Gesetzen der Weimarer Republik eine Bedeutung im Sinn der konkreten Ordnung des deutschen Volkes einzuschreiben sei. „Sobald Begriffe wie ‚Treu und Glauben‘, ‚gute Sitten‘ usw. nicht auf die individualistische bürgerliche Verkehrsgesellschaft bezogen werden, ändert sich in der Tat das gesamte

20 Die Rückverweisung von Recht und Politik auf das Volk thematisiert auch Michael Th. Greven: Der substanzhafte und metaphysische Ansatz des politischen Schriftstellers Carl Schmitt bis 1934, in: Rainer Eisfeld (Hrsg.): Gegen Barbarei. Essays Robert W. Kempner zu Ehren, Frankfurt a.M. 1989, S. 131-152.

21 Carl Schmitt: Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: Deutsches Recht 4 (1934) 10, S. 225-229, hier: S. 228.

Recht, ohne das ein einziges ‚positives‘ Gesetz geändert zu werden brauchte.“²² Frei von den Bindungen einer juristischen Methode, die noch jede vorpositivistische Erwägung aus dem Rechtserkenntnisprozess ausschließen möchte, hält Schmitt nun fest: „Wir denken die Rechtsbegriffe um. [...] Wir sind auf der Seite der kommenden Dinge.“²³

Die ‚kommenden Dinge‘ und das ‚Umdenken von Rechtsbegriffen‘ stellen Schmitt spätestens mit den Ereignissen vom Juni 1934 vor eine große Herausforderung. In dem Text *Der Führer schützt das Recht* rechtfertigte Schmitt das, was die nationalsozialistische Propaganda als Abwehr eines Putsches apostrophierte und was als politische Morde an Gegnern und Konkurrenten Hitlers in die Geschichte einging. Schmitt zitiert zunächst Hitlers Rechtfertigung für die Röhm-Morde, wonach dieser im Augenblick höchster Gefahr Verantwortung für das deutsche Volk übernommen habe und damit „des Deutschen Volkes oberster Gerichtsherr“²⁴ war. Zweifel an dem in dieser Behauptung steckenden Durchbrechen der Gewaltenteilung werden als „Rechtsblindheit des liberalen Gesetzesdenkens“²⁵ denunziert. Denn „[a]us dem Führertum fließt das Richtertum“²⁶. Habe daher in einem liberalen Rechtsstaat der ‚Verbrecher‘ einen Anspruch auf Rechtssicherheit und Berechenbarkeit der Justiz, verkehre sich dieser subjektive Anspruch in einen Nachteil für das Volk, das sein Bedürfnis nach Gerechtigkeit nicht gestillt sieht. Daher habe der Führer jenseits des positiven Gesetzesstaates der Gerechtigkeit zu ihrem Recht verholten. „In Wahrheit war die Tat des Führers echte Gerichtsbarkeit. Sie untersteht nicht der Justiz, sondern war selbst höchste Justiz.“²⁷

Die Aufhebung der Gewaltenteilung und die Außerkraftsetzung der Rechtsordnung rechtfertigt Schmitt mit einem höheren Grund. Im Ausnahmezustand habe der Führer nicht unrecht oder rechtlos gehandelt, sondern vielmehr höherem, vorpositiven Recht zur Geltung verholten. „Das Richtertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt. [...] Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des

22 Schmitt, Über die drei Arten, 1934, S. 49.

23 Schmitt, Rechtsdenken, 1934, S. 229.

24 Carl Schmitt: Der Führer schützt das Recht, in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934) 15, S. 945-950, hier: S. 946.

25 Ebd., S. 947.

26 Ebd.

27 Ebd.

Volkes.“²⁸ Damit verweist Schmitt schließlich auch auf die Rechtsquelle des nationalsozialistischen Rechts, dem sich seine Geltung verdankt.

2.3 Geltungsgrund des Rechts: Gerechtigkeit

„Höheres Recht“ und „Bedürfnis nach Gerechtigkeit“ sind die entscheidenden und letztbegründenden Formeln für Schmitts Behauptung der Geltung nationalsozialistischen Rechts. Auch dieses gilt nicht aus sich selbst heraus. Es verweist auf eine überpositive Rechtsordnung. Schmitt ist Vertreter einer materiellen Rechtsauffassung im „Geist des Nationalsozialismus“²⁹. Nationalsozialistisches Recht ist nur dann legitim, wenn es eine Funktion erfüllt. Dies soll nicht mehr die positivistische Leerformel von der Rechtssicherheit sein. Die Funktion nationalsozialistischen Rechts sei Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit entspringt dem Lebensrecht des Volkes und seinen konkreten Ordnungen.

In dieser Perspektive lautet die Reihe der Letztbegründungen folgendermaßen: die nationalsozialistische Rechtsordnung ist legitim, weil das deutsche Volk seinen Wunsch nach Führertum durch plebiszitäre Zustimmung zum Ausdruck gebracht hat. Das Recht des Führers gilt, weil es in vollständiger Abkehr vom liberalen Recht des positiven Gesetzesstaates gegeben wird. Es artikuliert das „Lebensrecht des Volkes“³⁰. Dieses Recht ist jenseits der Verformungen positivierten Rechts das gerechte Recht der Deutschen. Es fließt aus einer Rechtsquelle, die Schmitt als die Bewegung identifiziert. Das Programm der NSDAP hat diese Rechtsquelle konkretisiert. Juristisch-wissenschaftlich reformuliert, ist dieses Lebensrecht des Volkes als Recht konkreter Ordnungen zu bezeichnen und damit das Gegenteil liberalen Gesetzesrechtes. Das Recht konkreter Ordnungen gilt, weil es die Ordnungen bereits vorpositiv verfasst hat und von den Mitgliedern der konkreten Ordnung schon vor jedem Kodifikationsversuch als „inneres Eigenrecht“³¹ akzeptiert ist. Eine Positivierung dieses Rechts der konkreten Ordnungen ist nicht mehr notwendig. Erfolgt sie dennoch, hat sie vor allem notariellen Charakter mit einem nur begrenzten normativen Geltungsbereich für die positivierten Normen. Das Recht der konkreten

28 Ebd.

29 Carl Schmitt: Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: Juristische Wochenschrift 63 (1934) 12/13, S. 713-718, hier: S. 717.

30 Schmitt, Der Führer schützt das Recht, 1934, S. 947.

31 Schmitt, Über die drei Arten, 1934, S. 42.

Ordnungen ist gerecht, weil es der Lebenslage des deutschen Volkes in seinen ständischen Gliederungen zum Ausdruck verhilft und das Rechtsgefühl umfänglich widerspiegelt. Es gilt, weil es gerecht ist; weil mit ihm Recht und Gerechtigkeit wieder vereint sind.

3 OTTO KOELLREUTTER UND DIE GEMEINSCHAFT DER FRONTSOLDATEN

3.1 Dekonstruktion: Individualismus und völkische Lebensnotwendigkeiten

Koellreutters Dekonstruktion des positivistischen Rechtsbegriffes und seiner Geltungsgründe ist wesentlich weniger ambitioniert als bei Schmitt. Zum Teil trägt er auch dessen Schlüsse nicht mit, wenn er die Rechtssicherheit als einen zentralen Wert der Idee des Rechts annimmt und nicht wie Schmitt als die spezifische Denkform der liberalen Rechtslehre. Koellreutter wirft dem liberalen Rechtsstaatsverständnis zunächst vor, die „Sicherung der individualistischen Position“³² gegenüber den Bedürfnissen der völkischen Gemeinschaft zu stark zu betonen. Dem liberalen Rechtsstaat „gilt eben als höchster Wert der Schutz des individuellen Anspruchs. Hier liegt das Gerechtigkeitsideal des bürgerlichen Rechtsstaates, demgegenüber auch die nationalen Existenzfragen verblassen.“³³ Konsequenz sei eine Schwächung der völkischen Lebensordnung, die mit einem individualistisch gewendeten *fiat justitia, pereat mundus* zum Zusammenbruch von Recht und Staat führen muss. Wendet sich aus dieser inneren Logik der Rechtsgestaltung heraus der liberale Rechtsstaatsbegriff gegen die Interessen der völkischen Gemeinschaft, so zeige die Realität der Weimarer Republik bereits genau diese Verfallsprozesse.

Koellreutters Kritik am liberalen Rechtsbegriff ist daher zugleich auch zeitgeschichtliche Verfallsdiagnose. So sei jedes Recht und jeder Staat das Produkt einer spezifischen und zu ihrer Zeit dominanten Staatsidee. Der liberale Rechtsstaat und der juristische Positivismus entspringen der liberalen Staatsidee. Sie bringen insbesondere einen Gegensatz zwischen dem vermeintlich gefährdeten Individuum und dem vermeintlich gefähr-

32 Otto Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, Tübingen 1932, S. 6.

33 Ebd., S. 14.

lichen Staat hervor. Solange eine Staatsidee dominant genug ist, um die Einheit der politischen Gemeinschaft sicherzustellen, solange befinden sich auch Staat und Recht in Übereinstimmung mit den grundlegenden Überzeugungen der Zeit. Die liberale Staatsidee habe jedoch keine geistige Kraft mehr. Ihre Eliten begreifen den Staat nur noch als Instrument zur Unterdrückung neuer Staatsideen. Fehlt daher dem liberalen Recht die Übereinstimmung mit der dominanten Staatsidee, kann liberales Recht auch nicht mehr als gerechtes Recht begriffen werden. Die gegenwärtige Staatsform zu Beginn der 1930er Jahre kennzeichnet Koellreutter deshalb als liberalen Machtstaat. Die neue, dominant gewordene Staatsidee, die letztendlich zur Ablösung des Weimarer Systems geführt hat, ist die völkische Staatsidee. Aufgrund ihrer besonderen Herkunft aus dem gemeinschaftsbildenden Frontkämpfererlebnis bedeutet sie eine faktische Verschiebung im Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft.³⁴

3.2 Konstruktion: Die nationale Lebensordnung und das Erlebnis der Volksgemeinschaft

Direkt nach der nationalsozialistischen Machtergreifung beginnt Koellreutter mit der Konstruktion der Geltungsgründe für ein neues Rechtsverständnis. Ausgangspunkt ist der „Ewigkeitswert des Rechtsstaats“³⁵. Auf ihm gründe auch der ‚nationale Rechtsstaat‘ des Nationalsozialismus.³⁶ Nur der nationale Rechtsstaat leiste den notwendigen Ausgleich zwischen individuellen „Forderungen nach Gerechtigkeit wie den nationalpolitischen Lebensnotwendigkeiten“³⁷. Diese Position steht in zweifacher Weise konträr zu Schmitt. Erstens versteht Schmitt Gerechtigkeit nicht als individuel-

34 Vgl. ebd.

35 Otto Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, in: Deutsche Juristen-Zeitung 38 (1933) 8, S. 517-524, hier: S. 517.

36 1933 gebraucht Koellreutter noch den Begriff des nationalen Rechtsstaates. Er schwenkt 1935 auf den Begriff des nationalsozialistischen Rechtsstaates um. Dem war ein polemischer, explizit gegen Koellreutter gerichteter Text Schmitts vorausgegangen sowie eine kontroverse Rezension Forstoffs zu Koellreutters Schrift ‚Der Deutsche Führerstaat‘, Tübingen 1934. Vgl. dazu Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, 1934 sowie Ernst Forsthoff: Otto Koellreutter, Der Deutsche Führerstaat, in: Juristische Wochenschrift 9 (1934), S. 538 und Hans Helfritz: Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat, in: Deutsche Juristen-Zeitung 39 (1934) 7, S. 425-433.

37 Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat, 1933, S. 517.

len Anspruch, der in einem Gegensatz zum „Lebensrecht des Volkes“³⁸ steht. Vielmehr erwächst der Gerechtigkeitsbegriff bei Schmitt gerade aus der konkreten Ordnung eines Volkes. Somit kann Schmitt zweitens aus dem Rechtsgefühl des Volkes jenen Gerechtigkeitsbegriff herausarbeiten, der für ihn den letzten Geltungsgrund einer Rechtsordnung darstellt. Indem Koellreutter einen subjektiven Gerechtigkeitsbegriff entwickelt, der lediglich als Rechtsposition des Individuums gegen die Gemeinschaft gedacht wird, entfällt der Gerechtigkeitsbegriff als externer Bezugspunkt für die Geltung der Rechtsordnung. Wäre diese ‚nur‘ gerecht, würde sie den Fehler der liberalen Rechtsordnung wiederholen und die Ansprüche des Individuums über Bedürfnisse der völkischen Gemeinschaft stellen. Der nationale Rechtsstaat aber ist „die bewußte politische Form einer volklichen Lebensordnung [...]“. Daraus ergibt sich nur, *daß der primäre Rechtswert in ihm in der rechtlichen Gestaltung und Sicherung unserer nationalen Lebensordnung besteht*.³⁹ Daher gelten individuelle Schutzpositionen nur noch unter dem Vorbehalt der Lebensnotwendigkeiten der völkischen Gemeinschaft.⁴⁰ Hier findet sich ein erstes *funktionales Motiv* für die Geltungsgründe einer Rechtsordnung.

Entfällt damit für Koellreutter in einer nationalen Rechtsordnung der Geltungsgrund der Gerechtigkeit, so ist zunächst zu fragen, was für ein Recht, das nicht gerechtes Recht zu sein braucht, auf welche Weise zustande kommt? Und warum soll dieses Recht gelten, wenn es nicht als gerechtes Recht zu verstehen ist? Auch hier führen diese Fragen zum Problem der Rechtsquellen.

Koellreutter begreift die Rechtsordnung nur noch als „Funktion des völkischen Lebens“⁴¹, in der ein Normativismus des Rechts einen geringeren Raum einnimmt als in einer liberalen Rechtsordnung. Genau wie die staatliche Organisation kann dem Recht somit nur noch ein „bedingte[r] Eigenwert“⁴² zugesprochen werden. Rechtliche und staatliche Ordnung gewinnen ihre Legitimität allein durch ihre Bezogenheit auf die völkische Gemeinschaft. Gleichzeitig beharrt Koellreutter aber im Gegensatz zu

38 Schmitt, *Der Führer schützt das Recht*, 1934, S. 947.

39 Koellreutter, *Der nationale Rechtsstaat*, 1933, S. 517 (Hervorhebung StS).

40 Vgl. ebd., S. 519.

41 Otto Koellreutter: *Der nationalsozialistische Rechtsstaat*, in: Hans Heinrich Lammers/Hans Pfundtner (Hrsg.): *Die Verwaltungsakademie*. Bd. 1 [Loseblattsammlung], Berlin 1935, S. 1-15, hier: S. 3.

42 Ebd.

Schmitts Konzeption des absoluten Vorrangs der Politik vor dem Recht auf dem „Eigenwert des Rechtsstaats“ auch für eine völkische Gemeinschaft:

„Die politische Dynamik allein vermag in normalen Zeiten das völkische Leben nicht zu gestalten. Es bedarf dazu der Rechtsnormen, die den Ablauf des völkischen Lebens und des Lebens der Volksgenossen in der Gemeinschaft berechenbarer Gestaltung garantieren. Deshalb erweist sich der Rechtsstaat als Notwendigkeit für die Gestaltung und Entwicklung des völkischen Gemeinschaftslebens.“⁴³

Die Rechtsquellen des völkischen Gemeinschaftslebens weichen jedoch von denen eines liberalen Rechtsstaates ab. So kenne der liberale Rechtsstaat nur formale Rechtsquellen, auf denen eine Rechtsordnung gründe, „die nach der Auffassung des individualistischen Liberalismus nur ein Apparat“⁴⁴ zur Sicherung der Rechtspositionen des Einzelnen gegenüber der Gemeinschaft sei. Demgegenüber rechtfertige sich eine positive Rechtsordnung im Sinne der völkischen Rechtsidee allein „in der rechtlichen Gestaltung des Gemeinschaftslebens [...] und der Konkretisierung des völkischen Rechtsgefühls“⁴⁵. Daraus folgt unmittelbar eine Verschiebung der Rechtsquellen von einer formalen, positiven in eine materielle, überpositive Rechtsordnung: So ist „nach der nationalsozialistischen Weltanschauung oberste Rechtsquelle ‚das Recht‘ und nicht ‚das Gesetz‘“⁴⁶. Damit könne insbesondere die Einheit von Recht und Moral wiederhergestellt werden, die in einem „entarteten Liberalismus“⁴⁷ gerade verloren gegangen sei. Für die Auslegung von Recht bedeutet dies, dass nicht mehr die korrekte Anwendung der Rechtstechniken entscheidend sei, sondern die Verwurzelung des Juristen in der überpositiven, völkischen Rechtsordnung. Die Zugehörigkeit zu dieser völkischen Rechtsordnung wird nur über die essentiellen Faktoren ‚Blut und Boden‘ vermittelt und muss darüber hinaus von jedem einzelnen Volksgenossen erlebt werden. Dieses Erlebnis ist das Spezifikum von Koellreutters völkischer Rechtsanschauung und verweist als *geschichtliches Motiv* bereits auf die zweite von ihm behauptete Geltungsressource des Rechts.

43 Ebd., S. 7.

44 Otto Koellreutter: Quellen des nationalsozialistischen Staatsrechts, in: Lammers/Pfundtner, Die Verwaltungsakademie, 1935, S. 1-15, hier: S. 2.

45 Ebd.

46 Ebd.

47 Ebd.

3.3 Geltungsgrund des Rechts: Das Gemeinschaftserlebnis als Kategorie des Politischen

Besteht erstens das funktionale Motiv einer Rechtsordnung darin, die Lebensnotwendigkeiten einer völkischen Gemeinschaft abzubilden und kann zweitens allein das geschichtliche Motiv die völkische Rechtsanschauung begründen, so stellt sich die Frage nach dem Ursprung der völkischen Gemeinschaft und den sich daraus ergebenden Prämissen für die Rechtsgestaltung. In der Antwort auf diese Frage liegt nicht nur eine Behauptung über die Geltungsgründe des Rechts, die das Recht selbst transzendiert. Koellreutter vermag zugleich mit der Antwort auf die Frage nach dem Ursprung der völkischen Gemeinschaft in einer biographischen Volte Carl Schmitt von der Quelle richtiger nationalsozialistischer Rechtskenntnis auszuschließen.

Die Auseinandersetzung über den Ursprung der völkischen Gemeinschaft beginnt Koellreutter mit einer Diskussion von Schmitts Begriff des Politischen, der in dessen Schrift *Staat, Bewegung, Volk* zur zentralen Kategorie für die Bestimmung des Verhältnisses von Rechtsordnung, staatlicher Organisation und nationalsozialistischer Ideologie gerate.⁴⁸ Darin aber bestehe ein grundlegender Fehler. Denn Schmitts Freund-Feind-Denken sei eine rein formale Kategorie, die von ihm inhaltlich nicht gefüllt werde. Ihre Ausrichtung am Feind als Bezugsgröße der Gemeinschaftsbildung lasse jeden Sinn dafür vermissen, was den Zusammenhalt eines Volkes ausmache.⁴⁹ Im Kern jedoch ist dieser Vorwurf mangelnder politischer Substanz der Versuch, Schmitt die zentralen Erkenntnisquellen des völkischen Gemeinschaftslebens abzuschneiden. Er habe keinen Zugang zur Kategorie des Freundes. Der Freund aber sei die historisch nachweisbare Grundkategorie des Denktypus des Nationalsozialismus und damit Ausgangspunkt sämtlicher Überlegungen über den Staat, das Führertum und das Recht. Die zentrale Freundschaftserfahrung liegt für Koellreutter im Gemeinschaftserlebnis der Frontsoldaten des Ersten Weltkriegs. Dieses

48 Vgl. Otto Koellreutter: *Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus*, Berlin 1935.

49 Koellreutter interpretiert Schmitt in einigen Passagen sinntestellend, wenn er beispielsweise darauf abhebt, dass bei Schmitt „der Kriegszustand aber der eigentliche politische Zustand“ sei (Koellreutter, *Volk und Staat*, 1935, S. 8) oder die Feindkategorie ihren „Sinn in der Betonung des rein individualistischen Kampfmoments“ sieht (ebd., S. 7).

Erlebnis habe eine Intensität, die gemeinschaftsbildend sei. „Nicht der Feind, sondern der ‚Kamerad‘ als der geistige Typus des Trägers der Gemeinschaft bildet deshalb für ein völkisches politisches Denken den eigentlichen politischen Begriff.“⁵⁰

Indem Koellreutter auf das Fronterlebnis abstellt, verschließt er Schmitt gerade die zentrale Erkenntnisquelle für den Denktypus der völkischen Idee, da Schmitt im Gegensatz zu Koellreutter „nie eine Kugel pfeifen“ hörte, und stattdessen in der Etappe „Schriften voll schwülstigen Aesthetizismus“⁵¹ verfasste. Daher auch Koellreutters Schluss: „Träger des heutigen politischen Denkens und politischer Gestaltung können deshalb nur Menschen sein, denen das Gemeinschaftserlebnis wirklich zuteil geworden ist.“⁵²

Ist die „völkische Gemeinschaft der Kern des Politischen“⁵³, so kommt es Koellreutter anschließend darauf an, zu zeigen, wie sich das Verhältnis zwischen Volk einerseits und Staat und Recht andererseits bestimmt. Während Schmitt das Volk als die unpolitische Seite der politischen Einheit begreift,⁵⁴ besteht Koellreutter gerade auf dem Freund-Status des Volks als Ausgangspunkt für alles Politische. Das Volk bestehe konstitutiv als Einheit aus ‚Blut und Boden‘. „Diese Wesenseinheit bildet die Grundlage für die Gestaltung des Volkes als politischer Willensgemeinschaft, der Nation.“⁵⁵ Daher können Staat und Recht nur als sekundäre Ergebnisse der politischen Einheitsbildung begriffen werden.⁵⁶ Für das Recht als völkisches Recht bedeutet dies, dass es allein auf einer völkischen Grundlage aufruhe. Völkisches Rechtsdenken soll nach Koellreutter eminent politisch sein, im Gegensatz zum sich selbst unpolitisch gebenden liberalen Rechtsdenken und im Gegensatz zum sich an der irrigen Feind-Kategorie orientierenden Denken Schmitts.

Die Kategorie des Politischen gerät daher bei Koellreutter zum zentralen Geltungsgrund des Rechts. Eine völkische Gemeinschaft gibt sich

50 Ebd., S. 9.

51 Beide Zitate finden sich in einem Brief Koellreutters an Werner Weber vom 12.06.1937, zitiert nach Jörg Schmidt: Otto Koellreutter: 1883-1972. Sein Leben, sein Werk, seine Zeit, Frankfurt a.M. 1995, S. 86.

52 Koellreutter, Volk und Staat, 1935, S. 9.

53 Ebd., S. 10.

54 Vgl. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1993, S. 12.

55 Koellreutter, Volk und Staat, 1935, S. 11.

56 Vgl. ebd., S. 12.

Recht, das seine Geltung aus funktionalen und geschichtlichen Motiven begründet, dann, wenn sie sich zu einer politischen Willensgemeinschaft zusammenfindet. Dafür wird das mythische Gemeinschaftserlebnis letzter Bezugspunkt der Argumentation. Das Recht dieser völkischen Gemeinschaft hat dann eine funktionale Balance zwischen subjektiven Gerechtigkeitsansprüchen und völkischen Lebensnotwendigkeiten herzustellen. Es kann aber auch nur von den Angehörigen einer völkischen Gemeinschaft als legitimes Recht erlebt werden. Die Angehörigkeit zu einer völkischen Gemeinschaft bestimmt sich dabei nicht allein über die Voraussetzung einer Gemeinschaft in ‚Blut und Boden‘. Notwendige Bedingung für die Legitimität des völkischen Rechts ist das subjektive Erlebnis der völkischen Gemeinschaft. Erst diese subjektiv erlebte Teilhabe an einer Kultur- und Schicksalsgemeinschaft in besonderen historischen Krisensituationen ebnet den Weg für eine völkische Willensgemeinschaft. Wem dieses völkische Gemeinschaftserlebnis nicht zu teil wurde, dem bleibt auch die Legitimität des völkischen Rechts verschlossen.⁵⁷

4 REINHARD HÖHN UND DAS RASSISCH GEWENDETE RECHTSDENKEN

4.1 Dekonstruktion: Die juristische Staatsperson und die formale Konstruktion von Werten

Höhn ist von den drei analysierten Autoren aus der Zeit des Nationalsozialismus der ‚unjuristischste‘. Er zeigt wenig Interesse an systematischen Fragen der Rechtsgeltung. So gerät ihm seine Dekonstruktion der

57 Konträr zu diesen Ergebnissen steht die Systematik politischer und vitalistischer Verfassungslehren von Majer, *Rechtstheoretische Funktionsbestimmung*, 2002, S. 7. Danach sind Koellreutter und Reinhard Höhn Vertreter der sogenannten „vitalistischen Verfassungslehre“, derzufolge kontingente kulturelle und geschichtliche Faktoren der Gemeinschaftsbildung ausgeblendet werden und die „Frage nach der einheitsbildenden Kraft im Staat“ (ebd.) von Koellreutter nicht beantwortet wird. Koellreutter (*Der Deutsche Führerstaat*, 1934, S. 7) spricht aber beispielsweise von der „Kultur- und Schicksalsgemeinschaft“ als Voraussetzung für die Einheitsbildung eines durch ‚Blut und Boden‘ zusammengehörenden Volkes. Dazu zähle insbesondere das Kameradschafts- und Fronterlebnis des Ersten Weltkrieges als Erweckungserlebnis der nationalsozialistischen Bewegung. Diese Merkmale lassen Koellreutter als einen Vertreter einer politischen Verfassungslehre erscheinen.

Geltungsgründe des liberalen Rechts auch wenig innovativ. Er schließt einerseits an die von Koellreutter vertretene Meinung an, wonach jede Zeit ihr eigenes Denken mit eigenen Ideen und Anschauungen hervorbringt und damit maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung von Staat und Recht nimmt. Sobald sich dieses Denken verändere, stünden Staat und Recht dazu in einem Widerspruch, was eine Anpassungsleistung herausfordere. Andererseits bedient er sich bei der Darstellung der neuen Ideen und Anschauung dem Begriffsarsenal des konkreten Ordnungsdenkens von Carl Schmitt. Gleichzeitig zeigt Höhn eine interessante Distanz zu jenen rechtsphilosophischen Erwägungen, die bestehende Rechtsordnungen unter Verweis auf überpositive, ewige Rechtswerte kritisieren.

Originell ist Höhn jedoch in seiner ideen- und rechtsgeschichtlichen Herleitung des Widerspruchs zwischen dem neuen gemeinschaftsbasierten Rechtsdenken einerseits und den alten Staats- und Rechtsstrukturen andererseits. So nimmt Höhn zwar ebenfalls das individualistische Denken als den Ausgangspunkt des Problems liberal-demokratischer Rechtsstaatlichkeit.⁵⁸ Er begreift das individualistische Rechtsdenken jedoch nur als den markantesten Ausdruck eines übergreifenden Problems der souveränen Staatlichkeit. Erst souveräne Staatlichkeit mache den Individualismus mit seinen Rechtsansprüchen und Rechtspositionen möglich. Souveräner Staat auf der einen Seite, Individuen auf der anderen Seite müssen so als Erscheinungsformen einer notwendigen geschichtlichen Entwicklung verstanden werden, an deren Ausgangspunkt die solidarische Volksgemeinschaft stand.⁵⁹ Gerade die souveräne Allmacht von Fürst und Staat habe die Entwicklung individueller Rechtspositionen gegen den Staat notwendig

58 Vgl. Reinhard Höhn: Vom Wesen der Gemeinschaft, Berlin 1934, S. 15-16.

59 Höhn begreift diesen Aspekt nicht systematisch, sondern geschichtlich. Dabei folgt er einem historiographischen Phasenmodell, an dessen Beginn die unverstellte germanische Volksgemeinschaft steht. Diese wird dann in verschiedenen Entwicklungsstufen vom souveränen Fürsten über den souveränen Staat als juristischer Persönlichkeit abgelöst. Hier habe die liberale Entgegensetzung von subjektiven Schutzrechten und allmächtiger Herrschaftsform ihr historisches Recht. Vgl. zu diesem geschichtlichen Entwicklungsmodell Reinhard Höhn: Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, S. 21-24. Ausführlicher ist dies nachzulesen in ders.: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, Hamburg 1934, S. 13-33; ders.: Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson, Berlin 1935 sowie ders.: Volksgemeinschaft und Rechtsgemeinschaft, Hamburg 1935.

gemacht. Darin liege das Verdienst des liberalen Denkens.⁶⁰ Jedoch verkomme das liberale Denken zu einer leeren Idee, die von der neuen Idee der Volksgemeinschaft verdrängt werde.

Dieser Verdrängungsprozess ist für Höhn eine schwierige Phase des Umbruchs, in der die Begriffe neu geordnet werden müssten. Sämtliche juristische Begriffe bedürften danach einer Neubewertung auf der Grundlage einer „gemeinschaftsmäßigen Grundhaltung“⁶¹. Fehler seien dabei unausweichlich. So versuche sich das neue Rechtsdenken durchaus von Vorstellungen des Individualismus zu lösen und die Begriffe auf gemeinschaftliche Vorstellungen umzupolen. Diese Strategie sei jedoch zum Scheitern verurteilt, wenn die übergreifende Vorstellung von der juristischen Staatsperson als zentraler liberaler Staats- und Rechtsgedanke nicht auch verabschiedet werde.⁶² In einer nationalsozialistischen Volksgemeinschaft gebe es keinen Gegensatz mehr zwischen den Einzelnen und der Gemeinschaft, folglich sei es auch nicht mehr notwendig, Konstruktionen von Individuum und Staat zu verwenden. Es sei sogar schädlich, weil es die Weiterentwicklung des Rechtsdenkens hemme. Dies zeige der Versuch, die Volksgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft zu denken. Gerade der Begriff der Rechtsgemeinschaft atme den Geist des Gegensatzes von Individualismus und souveräner Staatlichkeit. Verständlich wird diese Behauptung Höhns nur vor dem Hintergrund der Annahme, dass die – pejorativ gemeinte – Rechtsgemeinschaft lediglich atomisierte Individuen zusammenfasse, die als einander Gleiche vor dem Recht begriffen werden. Dieses ‚Begreifen‘ als intellektuelle Tätigkeit führt für Höhn, wie alle Vorstellungen des liberalen Rechts in formale Konstruktionen, die nichts mit dem Leben der Volksgemeinschaft zu tun haben. Insofern verschärft er Schmitts konkretes Ordnungsdenken als Gegenentwurf zum juristischen Positivismus des 19. Jahrhunderts noch einmal. Rechtswerte sind nur noch idealisierte, und damit: inhaltsleere Bestimmungen. „Gerechtigkeit als Wert“⁶³ existiert nicht. Ein solcher Rechtsnihilismus wendet sich konsequent in die Parolen

60 Höhn gibt sich in der Bewertung des Liberalismus sehr viel konzilianter als Schmitt, der eine historische Leistung des Liberalismus aus seiner konservativen Gegnerschaft heraus nur schwer anzuerkennen vermag.

61 Höhn, *Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken*, 1934, S. 42.

62 Vgl. ebd., S. 15.

63 Höhn, *Volksgemeinschaft*, 1935, S. 80.

„Volksgemeinschaft statt Rechtsgemeinschaft“⁶⁴, konkrete Ordnung statt positivem Recht, Gemeinschaftsrecht statt subjektivem Rechtsschutz.

4.2 Konstruktion: ‚Blut‘

Höhn behandelt die Geltungsgründe eines ‚gemeinschaftsmäßigen‘ Rechts der konkreten Ordnungen des deutschen Volkes aus einer anderen Perspektive, als dies bei Schmitt und Koellreutter mit der Rechtsquellenlehre geschieht. Stattdessen erarbeitet sich Höhn einen Zugang zum Problem der Rechtsgeltung über die staatsrechtliche Frage nach der politischen Einheit. Sämtliche bereits bestehende Ansätze, seien dies die Integrationslehre von Smend,⁶⁵ die Repräsentationstheorie von Gerhard Leibholz⁶⁶ oder die Schicksalsgemeinschaft von Koellreutter, werden als formale Konstruktionen einer lebensfernen Anschauung, die bloß Werte und Ideen vorstellen, zurückgewiesen.⁶⁷ „Eine Gemeinschaft, die lediglich in einer Welt der Vorstellungen vorhanden ist, ist nicht in der Lage, den Menschen voll zu erfassen und will es auch nicht.“⁶⁸

Oder um es mit den Worten eines anderen Autors der Zeit zu sagen: „Blut, nicht eine Idealität“⁶⁹ ist der Ursprung der politischen Einheit. Somit kann nur die rassistisch homogene Volksgemeinschaft die legitime Größe im Prozess der Einheitsbildung sein. Ihre Ordnung als „konkrete Gemeinschaft ist der Ausgangspunkt des Rechts“⁷⁰. Damit macht sich Höhn auch in dieser Hinsicht anschlussfähig für das konkrete Ordnungsdenken von Carl Schmitt, ohne im Einzelnen dessen Schlussfolgerungen zu übernehmen. Stattdessen konkretisiert er das Ordnungsdenken, indem er die Grundbegriffe der Gemeinschaftsbildung auf „Blut und Boden, Volk, Gemeinschaft und Führer“⁷¹ begrenzt. Das Recht ist dann nicht mehr identisch mit positiv

64 Ebd., S. 72.

65 Vgl. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1994.

66 Vgl. Gerhard Leibholz: Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems. Ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre, Berlin 1929.

67 Vgl. für die Kritik an Smend und Leibholz die Passagen in Höhn, Volksgemeinschaft, 1935, S. 46-47 und für die Kritik an Koellreutter ebd., S. 73.

68 Höhn, Volksgemeinschaft, 1935, S. 74.

69 Andreas Pfenning: Gemeinschaft und Staatswissenschaft. Versuch einer systematischen Bestimmung des Gemeinschaftsbegriffes, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 96 (1936), S. 299-318, hier: S. 313.

70 Höhn, Volksgemeinschaft, 1935, S. 61.

71 Ebd., S. 70.

gesetztem Recht. Höhn begreift stattdessen „Recht als Gemeinschaftsordnung“⁷², Recht also, das sich vorfindbar aus bereits bestehenden, etablierten und in Krisenzeiten bewährten Ordnungen herausarbeiten lässt. Höhn kann somit in Übereinstimmung mit Diemut Majers Systematik als ein Vertreter einer vitalistischen Verfassungslehre gekennzeichnet werden, die Aussagen allein auf organisch gedachte Volksgemeinschaften bezieht und dabei ‚Blut und Boden‘ zum Ausgangspunkt des Rechtsdenkens nimmt.⁷³

Mit der Beschränkung auf das Blut als entscheidendem Faktor der Volksgemeinschaft löst Höhn ein Problem der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft, das Koellreutter mit der Kultur- und Schicksalsgemeinschaft implizit in die Diskussion eingespeist hat: In der Schicksalsgemeinschaft der Frontsoldaten sind auch Deutsche jüdischen Glaubens und jüdischer Herkunft enthalten. Das euphemistisch genannte Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums von 1933 sah sich ebenfalls dieser Problematik ausgesetzt.⁷⁴ Aus Sicht der Nationalsozialisten löste das Gesetz diese Schwierigkeit durch Ausnahmetatbestände (§ 3 Abs. 2) für jene Beamte, die dieser Schicksalsgemeinschaft der Frontsoldaten faktisch angehörten. Dass die Ausnahmetatbestände lediglich als Zugeständnis an das Gerechtigkeitsempfinden der Zeit begriffen werden müssen, zeigt die Praxis der Anwendung des Gesetzes, das in vielen Fällen durch Funktionsträger der Nationalsozialisten hintertrieben wurde.⁷⁵ Trotzdem blieben jüdische Beamte ein Problem für die nationalsozialistische Ideologie. Mit der Beschränkung auf den Faktor ‚Blut‘ sind schließlich auch als ‚volksfremd‘ bezeichnete Frontsoldaten aus der Volksgemeinschaft ausgeschlossen.

72 Ebd., S. 16.

73 Vgl. für diese Zuordnung Majer, Rechtstheoretische Funktionsbestimmungen, 2002.

74 Vgl. Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, RGBl. I 34, S. 175-177.

75 Anna Maria Gräfin von Lösch zeigt diese Praxen paralegaler Vertreibung jüdischer Professoren aus ihren Ämtern am Beispiel der Berliner rechtswissenschaftlichen Fakultät. Vgl. dazu Anna-Maria Gräfin von Lösch: Der nackte Geist. Die Juristische Fakultät der Berliner Universität im Umbruch 1933, Tübingen 1999, S. 143-219 und S. 301-375.

4.3 Geltungsgrund des Rechts: Rassisches Gemeinschaftsdenken

Der Geltungsgrund des Rechts findet sich bei Höhn im Gemeinschaftsdenken. Diese Geltungsgründe sind ganz und gar unjuristisch. Höhn macht sich auch nicht die Mühe, diese Geltungsgründe in eine juristische Sprache einzufassen. Stattdessen wird das Gemeinschaftsdenken, wie Michael Stolleis bemerkt hat, mythisch überhöht und nie präzise definiert.⁷⁶ Die Werte der Gemeinschaft sind bei Höhn so unklar, wie absolut verbindlich. Gemeinschaftsrechte können nur den Gemeinschaftsgenossen zuteilwerden, die das Gemeinschaftsrecht „gefühlsmäßig auf Gemeinschaftsboden“⁷⁷ stehend anerkennen. Aus der Exklusivität von ‚Blut und Boden‘ bezieht Gemeinschaftsrecht seine stabilisierende Funktion für die konkreten Ordnungen. Die Bindungswirkungen des Gemeinschaftsrechts begründet Höhn nicht etwa wie Koellreutter mit dem Versuch einer rationalistischen Begründung eines faktisch stattgefundenen Gemeinschaftserlebnisses. Vielmehr sieht er die völkische Persönlichkeit bereits von einem Gemeinschaftsgeist durchdrungen.

„Die Einzelperson legt in der Gemeinschaft ihre Einzelpersönlichkeit ganz ab, sie fühlt sich nicht mehr als Einzelperson, sie geht auf im Gemeinschaftsgeist und handelt aus dem Gemeinschaftsgeist heraus. Sie wird Träger dieses Geistes und ist dann auch bereit, zu opfern und zu dulden, selbst wenn ihre einzelpersönlichen Interessen dadurch auf das schwerste geschädigt werden.“⁷⁸

Die Opferbereitschaft des Individuums ist hier noch das deutlichste Zeichen für die Legitimität der Geltungsgründe des Rechts, dessen Charakter sich seinerseits vollkommen wandelt. Dieser begriffliche Wandel wird am Verhältnis von Volksgemeinschaft und Führer deutlich.

In einer Volksgemeinschaft besteht ein – nicht durch demokratische Wahlen zu durchschneidendes – Band zwischen Gemeinschaft und Führung. Hitler ist so weder ein demokratisch gewählter, noch „souveräner Herrscher, er ist Führer und kann als solcher keine Untertanen, sondern nur

76 Vgl. Michael Stolleis: Gemeinschaft und Volksgemeinschaft, in: ders.: Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Frankfurt a.M. 1994, S. 94-125, hier: S. 121-125.

77 Höhn, Vom Wesen der Gemeinschaft, 1934, S. 14.

78 Ebd., S. 15.

Gefolgsleute haben“⁷⁹. Die Verbindung zwischen Volk und Führer besteht aus Befehl und Gehorsam, Autorität und Vertrauen. Dem Führer obliegt es, dem Willen der Volksgemeinschaft zum Ausdruck zu verhelfen. Er handelt „im Geiste der Gemeinschaft“⁸⁰. ‚Gemeinschaftsgeist‘ und ‚Geist der Gemeinschaft‘ tauchen so in verschiedenen Kontexten auf, werden auf das konkrete Recht konkreter Ordnungen bezogen und sollen erklären helfen, warum die Volksgemeinschaft nicht nur ihrem eigenen, bereits vorhandenen und praktizierten Ordnungsrecht Verbindlichkeit zuspricht, sondern auch, warum dem Führer Gehorsam für seine im Geiste der Gemeinschaft gegebenen Befehle bis zur Selbstaufgabe gebührt. Gemeinschaftsdenken wird somit Mittel und Zweck der Argumentation.⁸¹ Als Mittel ist das Gemeinschaftsdenken jene Ressource, die den Gemeinschaftsgeist im Einzelnen und dessen Opferbereitschaft hervorrufen soll. Das Gemeinschaftsdenken soll aber gleichzeitig auch der Zweck sein, den der Führer im Auge hat, wenn er seiner Gefolgschaft jene Befehle gibt, die erst „das ganze Volk zur Volksgemeinschaft“⁸² verbinden sollen.

Diese Ambivalenz des Geltungsgrundes zwischen Mittel und Zweck ist das Ergebnis einer Argumentation, die sich von klaren Begrifflichkeiten fernhält und stattdessen mythische Untiefen auslotet. Kelsen, der diese geistige Strömung schon am Abend der Weimarer Republik erfasste, kritisiert an ihr die Geeignetheit zur Verschleierung der dann ins monströse kippenden Herrschaftstechniken der Nationalsozialisten:

„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.“⁸³

79 Höhn, *Die Wandlung*, 1934, S. 36.

80 Ebd., S. 40.

81 Diese Ambivalenz, wonach die völkische Anschauung einerseits als Voraussetzung der politischen Gemeinschaft gedeutet wird, andererseits aber die völkische Anschauung unter den Volksgenossen ein anzustrebende Ziel nationalsozialistischer Politik sei, findet sich auch bei Koellreutter und Schmitt. Bei Höhn gerät das Gemeinschaftsdenken zum zentralen Geltungsgrund des Rechts.

82 Höhn, *Die Wandlung*, 1934, S. 35.

83 Hans Kelsen: *Verteidigung der Demokratie*, in: ders./Norbert Leser (Hrsg.): *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, Wien 1967, S. 60-69, hier: S. 61.

5 KARL POLAK UND DER HISTORISCHE MATERIALISMUS

5.1 Dekonstruktion: Formalismus in Recht, Demokratie, Staat

Aus der Perspektive des wissenschaftlichen Marxismus ist die bürgerliche Staats- und Rechtswissenschaft in ihrem Klassenstandpunkt gefangen. Als Instrument der Bourgeoisie diene sie zwar zunächst der Befreiung des Individuums von feudaler und absolutistischer Herrschaft. Jedoch wende sie sich dann in eine wissenschaftsferne Apologie, wenn die bürgerliche Klasse einmal die Macht über Staat und Recht errungen hat.⁸⁴ Die Wissenschaft der bürgerlichen Klasse „beschränkt sich auf die Darlegung der Formen der Herrschaft ihrer Klasse, auf die bloße Deskription der äußeren Erscheinungsformen, in denen sich die Abstraktionen der gesellschaftlichen Entwicklung ausdrückt“⁸⁵. Da sie nicht die Einsichten in die historischen Notwendigkeiten habe und daher in ihrem Bewusstsein als bourgeoise Wissenschaft gefangen bleibe, stellt sie sich sowohl der geschichtlichen Entwicklung entgegen, als sie auch der Entwicklung der sozialistischen Staats- und Rechtswissenschaft hinterherläuft.⁸⁶ Dabei wird eine Doppelstrategie verfolgt: Erstens versuche die bürgerliche Staats- und Rechtswissenschaft sich den wissenschaftlichen Einsichten der geschichtlichen Entwicklungsprozesse mit dem Argument einer reinen Rechtswissenschaft, die streng von metajuristischen, politischen und weltanschaulichen Erwägungen zu trennen sei, zu verschließen. Zweitens werden mit dem strategischen Beharren auf der Abstraktion allgemeiner Begriffe und den Ewigkeitswerten ‚Recht‘ und ‚Staat‘ die realen Entwicklungstypen von Recht und Staat der Erkenntnis entzogen.⁸⁷ Mit der „Widerspiegelung der Entwicklung des Klassenbewußtseins der Bourgeoisie“⁸⁸ in ihren allein deskriptiven Ansätzen würde lediglich der *status quo* aufrecht erhalten.

Die Geltungsgründe des Rechts der bürgerlichen Gesellschaft stellt Polak in eine historische Entwicklungsperspektive. Zunächst habe die

84 Vgl. Karl Polak: Marxismus und Staatslehre, in: ders.: Zwei Aufsätze zur Staats- und Rechtstheorie, hrsg. von Max Fechner, Berlin 1948, S. 5-42, hier: S. 29.

85 Karl Polak: Zur Dialektik in der Staatslehre, Berlin 1963, S. 213.

86 Vgl. ebd., S. 204-213.

87 Vgl. ebd., S. 214.

88 Ebd., S. 213.

bürgerliche Staats- und Rechtswissenschaft den Staat aus Geltungsgründen der ‚Vernunft‘ oder der ‚Natur‘ abzuleiten versucht. Diese Begründungsversuche, die auf Geltungsressourcen außerhalb der Ordnung verweisen, erscheinen dem juristischen Positivismus auf dem Höhepunkt seiner Macht wie „‚Kinderkrankheiten‘ der Staatsrechtslehre“⁸⁹. Jedoch kann der dann voll ausgebildete Positivismus auf jene Geltungsgründe verzichten, die außerhalb des Geltungszusammenhangs von Recht und Politik liegen. Dies ist aber nicht deswegen möglich, weil der Positivismus eine bessere, immanente Begründung der Ordnungsgeltung gefunden habe. Die Geltungsgründe werden stattdessen durch die gesellschaftliche Entwicklung, deren Analyse der juristische Positivismus gerade verweigert, hervorgebracht. Es ist die, durch die politische Macht des Bürgertums gesicherte Evidenz der Ordnung, die nicht mehr hinterfragt wird:

„Die Ideologen des Positivismus halten die Herausbildung des bürgerlichen Staates für den Endpunkt der Entwicklung. In dem Augenblick, wo das Resultat da war und der ‚Staat‘ seine ganze Macht durchzusetzen vermochte, hielt man solche Stützen und Rechtfertigungen für überflüssig. Der Staat rechtfertigt sich selbst durch seine Existenz und die Wirksamkeit seines Rechts.“⁹⁰

Das Recht ist jedoch nur eine historische Erscheinungsform und spezifisches Machtinstrument der jeweils herrschenden Klasse. Die bürgerliche Rechtswissenschaft gehe zwar von abstrakten Normen und vom Ewigkeitswert des Rechts aus. Dies sei jedoch eine Strategie der Herrschaftssicherung und Unterdrückung der Arbeiterklasse. Denn: „Es gibt kein Recht ‚an sich‘.“⁹¹ Besondere Merkmale des bürgerlichen Rechts sind seine Formalität, sein Beharren auf der Rechtsgleichheit und der Annahme der Neutralität des Rechts als Instrument zur Steuerung und Kontrolle staatlichen Handelns.⁹² Polaks Bestimmung des Wesens des bürgerlichen Rechts bewegt sich dabei in bemerkenswerter Nähe zu Carl Schmitt. Danach ist das bürgerliche Recht nur „eigentlich Gesetzesrecht“⁹³. Im Unterschied zum Recht hat das Gesetz die Eigenschaft der Formalität: „Das Gesetz [...]

89 Ebd., S. 216.

90 Ebd., S. 216-217.

91 Ebd., S. 264.

92 Ebd., S. 287.

93 Polak, *Marxismus und Staatslehre*, 1948, S. 39. Schmitt spricht vom „Gesetzesstaat“, der dem Recht entgegengesetzt ist. Vgl. dazu Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, 1934 sowie Schmitt, *Über die drei Arten*, 1993.

abstrahiert vom realen Leben, von den wirklichen Beziehungen der Menschen zueinander.“⁹⁴

Die Allgemeinheit des Gesetzes, die die Gleichheit der Bürger vor dem Recht gewährleisten soll, kehrt sich hier in den Vorwurf des Formalismus um. Abstraktes Recht produziert so formales Recht. Es erfasst nicht mehr die Lebensumstände der Rechtsunterworfenen, und ist stattdessen nur noch Herrschaftsinstrument.

„Der wirkliche Mensch, die konkret-gesellschaftlichen Beziehungen des wirklichen Lebens verschwinden aus diesem Recht. Es ist beherrscht von bloßen Fiktionen, von in abstrakte Formen gebrachte Beziehungen abstrakt gefaßter Individuen – eine Geisterwelt, in der abstrakte Gesetze herrschen statt des lebendigen Lebens.“⁹⁵

5.2 Konstruktion: Recht als Instrument der Politik

Der Ausgangspunkt eines sozialistischen Staats- und Rechtsbegriffes ist für Polak die intensive Auseinandersetzung mit dem bürgerlichen Recht. Der Kampf um „sozialistische Organisationsformen in Staat und Recht“ ist ein Kampf „mit der bürgerlichen Methode des Staats- und Rechtsdenkens“⁹⁶. Allgemeingültigkeit und Ewigkeitsanspruch bürgerlichen Rechtsdenkens und bürgerlicher Rechtswerte sind allein schon dadurch in Frage gestellt, dass die Einsicht in den Klassenstandpunkt sowie die geschichtlichen Gesetzmäßigkeiten die „zeitliche Bedingtheit“⁹⁷ des bürgerlichen Rechts aufgedeckt haben.

„Die abstrakt normative Methode, die vielfach heute noch als ‚juristische‘ überhaupt gilt und überall dort angewandt wird, wo von rechtlichen Institutionen die Rede ist und juristisches Denken gefordert wird, muß an ihren historischen Ort gestellt und als das erkannt werden, was sie wirklich ist: die *bürgerliche* Methode, Fleisch vom Fleische der bürgerlichen Staatsmacht, der Macht des Kapitals, die Methode der Unterwerfung der Gesellschaft und der Praxis der Menschen unter diese Macht. Die

94 Polak, Marxismus und Staatslehre, 1948, S. 39.

95 Ebd. Polaks Formulierung von der ‚Geisterwelt abstrakter Begriffe‘ steht Schmitts Formulierung von der „Gespensterwelt von Allgemeinbegriffen“ gegenüber. Vgl. Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, 1934, S. 225.

96 Polak, Dialektik, 1963, S. 201.

97 Ebd.

bürgerliche Methode entwickelt sich und wurde in dem Maße herrschend, wie die bürgerliche Klasse sich entwickelt hat und herrschend wurde.“⁹⁸

Für die Politik der Partei würde ein Beibehalten dieser Methode zu dramatischen Konsequenzen führen. Wissenschaft und Praxis der marxistischen Herrschaft würden auseinanderfallen. Klar ist, dass die Wissenschaft dies durch eine Anpassungsleistung verhindern muss. Sie habe sich auf die Einsichten der historischen Gesetzmäßigkeiten umzustellen, wo sie dies noch nicht geleistet hat und deswegen der voranschreitenden Partei nur hinterher eilt.

Das erkenntnistheoretische Problem der bürgerlichen Rechtsanschauung sei ihre statische Sichtweise, die sie daran hindert, zu erkennen, dass die Gesellschaft sich in einem historischen Entwicklungsprozess befinde. Daher hält sie „den bürgerlichen Staat und sein Recht für *den* Staat und *das* Recht überhaupt“⁹⁹. Solange Teile der sozialistischen Staatsrechtswissenschaft dieses Erbe der bürgerlichen Rechtswissenschaft nicht überwinden, entfernen sie sich von der Praxis der marxistisch-leninistischen Partei. Eine Hinwendung bestehe jedoch nicht einfach in der empirischen Reflektion der praktischen Arbeit der Partei. Polak spricht der Rechtswissenschaft stattdessen eine Führungsrolle in der geschichtlichen Entwicklung zu: Aufgabe der Staats- und Rechtswissenschaft sei es „die Leitung des gesellschaftlichen Umwälzungsprozesses vom Kapitalismus zum Sozialismus“¹⁰⁰ zu übernehmen. Daher ist es „Aufgabe der Staatswissenschaft, die geschichtliche Notwendigkeit und Gesetzmäßigkeit dieser Bewegung darzulegen“¹⁰¹. Danach bestimmt sich der Begriff des sozialistischen Rechts als ein Instrument der Politik zur Durchsetzung der historischen Gesetzmäßigkeiten. Dieses Instrument wird von der Staats- und Rechtslehre entwickelt und in die Hände der Partei der Arbeiterklasse gelegt. Rechts- und Staatsbegriff sind so zunächst den Mystifikationsversuchen der bürgerlichen Rechtswissenschaft zu entziehen. Das Recht dürfe nicht mehr als neutrales Instrument der Steuerung von Staat und Gesellschaft begriffen werden. Ein ‚neutraler Staat‘ wäre ein bürgerlicher Klassenstaat, der weiterhin mit seiner Bürokratie herrschen würde. Ein solcher Klassenstaat gehört jedoch dem alten System antidemokratischer, reaktionärer und auto-

98 Ebd. (Hervorhebung im Original).

99 Ebd., S. 202 (Hervorhebung im Original).

100 Ebd., S. 203.

101 Ebd.

ritärer Staatlichkeit an, die Kriege vorbereite, Völker unterdrücke und ausbeute sowie demokratische Rechte und Freiheiten negiere. In dieser Hinsicht sei der Staat nicht neutral. Deswegen muss die sozialistische Staats- und Rechtswissenschaft einen neuen Staat errichten, der ebenfalls nicht neutral ist und der auf wahrer Volksdemokratie aufruhe. Die alten bürgerlichen, formal-demokratischen Einrichtungen müssten beseitigt werden. Dieser sozialistische Staat habe zu allererst das Wohl des Volkes zu befördern und damit vor allem die Arbeiter zu bevorzugen. Sein Recht könne damit gar nicht nach dem Prinzip der Gleichheit operieren.¹⁰²

5.3 Geltungsgrund des Rechts: historische Gesetzmäßigkeit und der Genius des Tatmenschen

Wenn das sozialistische Recht seine Geltung nicht aus Rechtswerten, wie Gleichheit bezieht; und wenn die Rechtssicherheit, konsequent gedacht, ebenfalls als Geltungsgrund wegfällt, da Recht keinen Wert an sich hat, zeitlich bedingt ist und immer nur der Durchsetzung der jeweils herrschenden Klasse dient, dann muss der Geltungsgrund des Rechts für Polak außerhalb der Rechtsordnung liegen. Sozialistisches Recht ist demnach legitim, weil und solange damit die Politik der Arbeiterklasse durchgesetzt wird. Es ist ein Instrument in den Händen der Politik, dass den jeweiligen historischen Entwicklungsstufen der Arbeiterklasse angepasst werden muss. Die Politik der Arbeiterklasse beruht auf der wissenschaftlichen Einsicht in die Notwendigkeiten. Diese Notwendigkeiten ergeben sich aus den von Marx erkannten historischen Gesetzmäßigkeiten. Indem das Recht im Einklang mit diesen historischen Gesetzmäßigkeiten steht, erfüllt es die ihm spezifische Aufgabe für die Vollendung der Geschichte.

Ein Problem bleibt jedoch: Das Problem von Theorie und Praxis. Zwischen dem Moment der richtigen Einsicht in die Notwendigkeiten und dem Moment der faktischen Umsetzung dieser Notwendigkeiten tut sich für Polak ein breiter Graben auf. Die einen wissen es besser, die anderen können es besser. Die Lösung hierfür liegt zunächst in der politischen Entscheidung der Wissenschaft, die Führungsfunktion der Partei der Arbeiterklasse anzuerkennen. Doch auch dies ist nur eine theoretische Lösung für ein praktisches Problem. Die praktischen Probleme aber häuften sich in

102 Vgl. Karl Polak: Die Entwicklung unserer Staatslehre durch Walter Ulbricht, in: Demokratischer Aufbau 7 (1953), S. 245-248, hier: S. 245f.

einem Maße, dass die Rechtswissenschaft an den Rand ihrer Problemlösungskapazität kam. Dafür stehen zwei Ereignisse der jungen DDR, die auf besonders deutliche Weise den geringen normativen Wert des Rechts herausstellten. Das ist zum einen die Abschaffung der verfassungsrechtlich gesicherten Länder zwischen 1952 und 1953.¹⁰³ Und das ist zum anderen der Aufstand vom Juni 1953, bei dem besonders deutlich wurde, dass das verfassungsrechtlich gesicherte Streikrecht¹⁰⁴ keine normative Schranke für die Machthaber darstellte. Für Polak zeigte sich hier auf dramatische Weise, dass die Rechtswissenschaft ihre Orientierungsfunktion für die Gesellschaft einbüßt. Die Lösung allein darin zu suchen, die Wissenschaft unter die Partei der Arbeiterklasse zu stellen, reichte nicht aus, um den Graben zwischen Theorie und Praxis hinreichend zu schließen. Die Legitimität der Politik der Arbeiterklasse erschien dadurch, dass sie dem Recht regelmäßig ‚enteilt‘, gefährdet. Polak findet für dieses Problem eine Lösung, die im Juli 1953 inmitten einer massiven Legitimitätskrise in der Zeitschrift ‚Demokratischer Aufbau‘ veröffentlicht wird.

Theorie und Praxis werden im Genie und politischen Führer Walter Ulbricht versöhnt. „Mit genialem Blick sieht Walter Ulbricht“¹⁰⁵, in welchem Entwicklungsstadium sich die sozialistische Gesellschaft gegenwärtig befindet. Er zieht daraus zuallererst die richtigen Schlüsse, welche die Notwendigkeiten der Politik der Arbeiterklasse sind. Gleichzeitig aber ist Ulbricht derjenige, der auch die politische Durchsetzungskraft hat, um die Einsicht in die Notwendigkeiten in politische Taten zu verwandeln. Ulbricht ist der „Bahnbrecher“¹⁰⁶ der Ideen des Sozialismus. Gerade weil in der Person Ulbricht diese Fähigkeiten zusammenfallen, ist das sich wandelnde Recht, das auf seine Einsichten in die Theorie und seine Fähigkeiten in der Praxis zurückgeht, das legitime, das historisch notwendige und schließlich: das richtige Recht.

„Walter Ulbricht schuf die Grundlagen unseres Staates durch die konkrete Anwendung der Theorie von Marx, Engels, Lenin und Stalin. Walter Ulbricht entschied die

103 In der Verfassung der DDR fand sich keine explizite Gewährleistung der Länder. Ihre Existenz wurde durch die Regelungen der Art. 71-80 Verf-DDR vorausgesetzt.

104 Vgl. Art. 14 Verf-DDR: „Das Streikrecht der Gewerkschaften ist gewährleistet.“

105 Polak, Die Entwicklung unserer Staatslehre, 1953, S. 246.

106 Ebd., S. 245.

Staatsprobleme als der große politische Führer, [...] der von dem Bewusstsein durchdrungen ist, daß die Befreiung des Volkes nur durch die demokratische Selbstgestaltung seines ökonomischen und politischen Lebens möglich ist, und das seine Staatsmacht einsetzen muß, um diese Selbstbefreiung zu verwirklichen.“¹⁰⁷

Polak mag diese Unterordnung unter Ulbricht als führender, aber durch Ränkespiele allgegenwärtig bedrohter Rechtstheoretiker der DDR vermutlich nicht allzu schwer gefallen sein, da er mit Ulbricht besonders eng verbunden war und diesen in allen Rechtsfragen beriet.¹⁰⁸ Im Ergebnis aber wird der Graben zwischen Theorie und Praxis nicht durch die wissenschaftspolitische Unterordnung der Rechtswissenschaft unter die Partei der Arbeiterklasse geschlossen. Vielmehr schüttet Polak den Graben behelfsmäßig zu, indem der politische Führer kurzerhand zum ersten Wissenschaftler des Landes erklärt wird.

6 ZUSAMMENFASSUNG

Die destruktiven Entwertungen der immanenten Letztbegründung des juristischen Positivismus haben eine Gemeinsamkeit: Sie verweisen auf Gründe oder auf eine Bezugsgröße, die jenseits des Geltungszusammenhangs von Politik und Recht liegen. Indem die hier diskutierten Autoren den inneren Verweisungszusammenhang der Legeshierarchie des Rechts sprengen, überantworten sie die Geltungsgründe des Rechts einem Bezugspunkt, der außerhalb des Rechts *und* außerhalb demokratischer Politik liegt. Als metaphysischer Geltungsgrund ist dieser damit nicht mehr im Bereich des verhandelbaren Geltungszusammenhangs von Politik und Recht angesiedelt. Der Versuch, diese Geltungsgründe zu prüfen, zu kritisieren und in Frage zu stellen, wird damit nicht nur für einen demokratischen Diskurs unmöglich. Auch die wissenschaftliche Diskussion kann so zum Lackmustest der Gesinnung werden. Deutlich sichtbar wird dies an den zunehmend verschärften Geltungsbehauptungen, die in der wissenschaftlichen Konkurrenz der Staatsrechtslehre jeweils unhintergehbare, nur noch steigerbare Bezüge kennt. Damit erklärt sich auch die Tendenz zur Selbstauflösung der Rechtswissenschaft als Wissenschaft: die Geltungsgründe, die sie anruft, sind nicht mehr ihr Metier.

¹⁰⁷ Ebd., S. 248.

¹⁰⁸ Vgl. Howe, Karl Polak, 2002.

Als transzendente Geltungsgründe werden so zum einen die Verweise auf eine materielle Rechtsordnung vorgestellt, die der Rechtspositivismus mit guten Gründen inhaltlich unbesetzt lassen muss. Transzendente Geltungsgründe können zum anderen auch außerrechtliche Ordnungen oder metaphysische Bezugsgrößen, wie die ‚Lebensnotwendigkeiten des Volkes‘, das ‚Blut‘ oder die ‚historischen Gesetzmäßigkeiten‘ sein, die der angegriffene Rechtspositivismus nicht ausreichend berücksichtigt. Materielle Rechtsvorstellungen sind bei Schmitt das ‚Lebensrecht des Volkes‘, das in den konkreten Ordnungen Ausdruck findet. ‚Recht‘ und ‚Gerechtigkeit‘ werden dort wieder vereint, wo sie der Rechtspositivismus fälschlicherweise getrennt habe. Außerrechtliche Ordnung kann, wie im Fall Koellreutters, die gemeinsam erlebte Kameradschaft der Frontsoldaten sein. Die sich im wechselseitigen ‚Erleben des Kameradschaftsgefühls‘ bildende politische Gemeinschaft entwickelt ein Rechtsverständnis von den Lebensnotwendigkeiten dieser sich erst im Erlebnis zusammenfindenden Gemeinschaft her. Individuelle Ansprüche werden so zugunsten des Überlebens der Gemeinschaft zurückgedrängt. Die metaphysische Bezugsgröße kann aber auch die essentielle Annahme gemeinsamen ‚Blutes‘ sein, wie dies bei Höhn der Fall ist. Inklusion und Exklusion wirken hier durch die Vermeidung kontingenter Faktoren umso trennschärfer. Die homogene Volksgemeinschaft gewährt nur dem ‚Artgleichen‘ das Recht, welches im Gemeinschaftsdenken seine Legitimitätsressource findet und damit den totalitären Zugriff – das Opfer für die Gemeinschaft – auf den Einzelnen rechtfertigt. Eine metaphysische Bezugsgröße kann schließlich auch die ‚objektive Gesetzmäßigkeit der Geschichte‘ sein, der das Recht, ob es will oder nicht, zu folgen hat, wie dies von Polak behauptet wird.

In allen vier Fällen wird das Recht zur Disposition einer undemokratischen und illiberalen Politik gestellt. Recht wird so zu einer Funktion für eine andere Größe degradiert, sei es das Lebensrecht des Volkes, die Lebensnotwendigkeiten der völkischen Gemeinschaft, das notwendige Opfer für die Gemeinschaft oder schließlich die Vollendung der Geschichte. Diese Verfügbarmachung des Rechts für die Politik kann aber von Seiten der Rechtswissenschaft selbst nicht mehr kontrolliert und beschränkt werden. Es ist daher bemerkenswert, das zwei der vier Autoren trotzdem von einem gewissen Normativismus nicht lassen können.¹⁰⁹ Sowohl

109 Ähnliche Schlüsse zieht Rüthers, *Geschichten und Legenden*, 2000, S. 2870, demzufolge „auch die systemloyalen Juristen wegen ihrer normativen Denk-

Schmitt als auch Koellreutter geben das Recht nur mittelbar in die Hand der Politik, wenn sie die Politik an den höheren Geltungsgrund der Gerechtigkeit, siehe Schmitt, oder an den Ewigkeitswert des Rechtsstaates, siehe Koellreutter, binden wollen. Faktisch ist die Gerechtigkeit eine äußerst schwache Bindung für die totalitäre Herrschaftspraxis der Nationalsozialisten, zumal auch ihre Ausdeutung allein in die Hand der Politik gelegt wurde. Ähnliches ist über Koellreutter zu sagen: Sein Beharren auf dem Ewigkeitswert des Rechtsstaates, an dem auch der nationalsozialistische Staat Anteil haben müsse, um politische Macht und rechtliche Ordnungskraft zu einem Ausgleich zu bringen, stellt ebenfalls einen normativen Standpunkt dar, mit dem faktische Erscheinungen kritisiert werden konnten.¹¹⁰

Bei Polak stellt sich die Situation noch einmal anders dar. Hier wird ebenfalls ein normativer Standpunkt entwickelt, der die Rechtsordnung transzendiert. Dieser normative Standpunkt begreift sich selbst aber nicht als mythische Tiefe, sondern klarste Objektivität und Wissenschaftlichkeit. Einsichtsfähigkeit ist hier die Grundvoraussetzung, um nur noch das zu vollziehen, was die geschichtliche Gesetzmäßigkeit ohnehin einfordern werde. Die Übereignung des Rechts in die Hände der Politik wird so als das Ergebnis notwendiger wissenschaftlicher Erkenntnis dargestellt.

Das, für konstitutionelle Demokratien, typische Spannungs- und Balancierungsverhältnis von Politik und Recht wird in jedem analysierten Fall als Fessel begriffen und zugunsten eines Primats der Politik aufgelöst. Keine der hier vorgestellten Konstruktionen gibt sich die Mühe, das Recht als eine autonome Größe neben der Politik zu behaupten und zu begründen. Keine der hier vorgestellten Konstruktionen sieht im Recht einen Eigenwert, dessen Behauptung gegenüber der politischen Macht als lohnenswertes Ziel ausgegeben wird.

weisen fast regelmäßig irgendwann Probleme mit den jeweiligen Machthabern“ bekamen.

110 Genau dieses kritische Potential wurde Koellreutter auch von Forsthoff mit Blick auf die Konzentrationslager vorgeworfen, denen Koellreutter in Verkenning der neuen Machtlage einen außerrechtlichen Zustand attestiert habe. Vgl. dazu noch einmal Koellreutter, *Der Deutsche Führerstaat*, 1934 sowie Forsthoff, Rezension Koellreutter, 1934.

