

# Helmut Ridder

## Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates\*

Nicht wir ändern uns, sondern die Welt ändert sich von Tag zu Tag. –  
Der unpolitische Mensch in unserem Lande sucht nicht und zweifelt nicht. –  
Fehler der Vergangenheit sind Wegweiser für die Zukunft.\*\*

Paul Lücke

### I

Der Titel ist vage und etwas zaghaft formuliert. Dies beileibe nicht aus einem Gefühl von »hilflosem Antifaschismus«<sup>1</sup>. Jedoch liegt, wenn hier nur Ausführungen »zur« NS-Verfassungsdoktrin angekündigt werden, in dieser Wendung natürlich mehr als der wegen seiner Selbstverständlichkeit überflüssige Hinweis auf den »nicht erschöpfenden« Charakter der Darbietung. Auch ihr (wegen des selbst ein Vierteljahrhundert seit dem Ende der NS-Herrschaft immer noch zu verzeichnenden Ausfalls an kritischer Aufarbeitung des Materials zwangsläufiger) Essayismus war weniger ausschlaggebend als vielmehr die schon bei Beginn der erneuten Durchsicht der Literatur aus der NS-Zeit vorhandene Ungewißheit, ob es »die« (oder auch nur »eine«) Verfassungsdoktrin – darunter verstehe ich nach der in der akademischen Lehre üblichen Weise die Verfassungsrechtslehre mitsamt der sie tragenden, stützenden und umgebenden Theorie – von nazistischer Spezifität überhaupt gegeben habe.

Die Ungewißheit wich schließlich der (negativen) Gewißheit:

Vor 1933 findet sich, abgesehen von winzigen Ausnahmen (etwa *Helmut Nicolai*, über den noch zu handeln ist), keine einschlägige Literatur mit NS-Etikettierung (und seit 1945 hat, wenn schon kein anderes Hindernis, mindestens das Odium des beispiellosen »Zusammenbruchs« jeden Rückgriff auf dies Vokabular ausgeschlossen<sup>2</sup>). Doch schon die Tatsache, daß es, abzüglich des biologischen Zu-

\* Über dieses Thema habe ich im Rahmen des »Studium Generale« der Justus-Liebig-Universität in Gießen am 26. Nov. 1968 referiert und mit den Zuhörern diskutiert. Die vorliegende Niederschrift geht von meinen damaligen Vortragsnotizen aus. Ihre Veröffentlichung in einer Quartalsschrift gestattet mir einige Erweiterungen. Trotzdem muß ich mich auch hier auf die Freilegung einiger Spuren beschränken.

\*\* Diese und andere »Gedanken zur Politik und politische Gedanken« des Stellvertretenden CDU-Vorsitzenden, Bundesinnenministers a. D. und Mitvaters der »Großen Koalition« sind in dem (für Interessenten vielerorts, z. B. in Schulungsstätten für die bundesdeutsche Jugend, ohne eigenen Kostenaufwand zugänglichen) Schatzkästlein: »... kein Sonntagsvergnügen« (Heider-Verlag, Bergisch Gladbach o. J.) gedruckt und aufbewahrt worden. Konservator *Wilhelm Born* daselbst: »Gleich Aphorismen reihen sich die Zitate aneinander, teils ernst, besinnlich, teils heiter und auch ironisch.«

<sup>1</sup> Titel einer bereits zum Rezensionssaltar der »Zeit« emporgehobenen Kritik an einschlägigen Vorlesungsreihen (*Wolfgang Fritz Haug*: Der hilflose Antifaschismus – Zur Kritik der Vorlesungsreihen über Wissenschaft und NS an deutschen Universitäten, 1968; rez. *Heinrich A. Winkler*, Die Zeit, Nr. 41 v. 11. Okt. 1968, S. 63). An dieser Kritik soll hier keine Kritik geübt werden. Denn damit würden wir uns sogleich in das endlose Garn der für die Bemühungen einer demokratischen Verfassungslehre jedenfalls nicht primär wichtigen Kontroverse über den Faschismusbegriff verstricken. Eine demokratische Verfassungslehre wird zuvörderst nach den demokratischen Fehlanzeigen der zu prüfenden Doktrin fragen müssen. Erst danach wird die engere oder weitere Verwandtschaft der dementsprechend zu sortierenden Minusfelder interessant. Angesichts des gegenwärtigen Stands der Faschismuskritik wird man sich vor dem Sortieren jeweils explizit über die Elemente des Kriteriums »faschistisch« vorverständigen müssen, wenn man nicht aneinander vorbeireden will.

<sup>2</sup> Wie auch sog. neonazistische Parteien nach Fehlschlag der SRP und Belehrung durch das SRP-

und Abgangs und des Emigrationsverlusts aus »rassischen« Gründen<sup>3</sup>, ein nahezu identischer Personenkreis gewesen ist, der sich auf dem Gebiet der Verfassungsdoktrin zunächst in der Weimarer Reichsrepublik und dann – in vielen Fällen übrigens mit annähernd gleich starker verbaler Vehemenz – ebensowohl pro wie (post festum) contra NS zu Wort gemeldet und zu Papier gebracht hat, muß auf eine nicht unbeträchtliche Kontinuität von Denkstrukturen und (mehr oder weniger bewußt) favorisierten politischen Vorstellunggehalten schließen lassen. Man mag den Effekt der Rauschartigkeit der »nationalen Revolution« und den Einfluß des akademisch-karrieristischen politischen Opportunismus<sup>4</sup> sehr groß veranschlagen – sie wären keine ausreichende Erklärung dafür, daß Intellektuelle sich selbst von heute auf morgen intellektuell 100%ig desavouierten; es war eben keine 100%ige intellektuelle Selbstverleugnung.

Von dauerhaft irritierender Wirkung und ursächlich für eine letztlich farbenblinde Suche nach der »braunen« Spur ist also post festum der Umstand gewesen, daß die ab Frühjahr 1933 in geil aufschießendem Tintenfluß entstehende bibliothekenfüllende Literatur mit orkanartiger Lautstärke das Lied von der absoluten »revolutionären« Neu- und Andersartigkeit der nunmehr verkündeten Doktrin anstimmte, nach nur wenigen Wochen der Akzentuierung des (»überparteilich«!) »Nationalen« ziemlich einhellig unter der NS-Fahne segelte und die Ankunft des »Dritten Reiches« verkündete<sup>5</sup>. Das all dieser Literatur tatsächlich Gemeinsame liegt in einer großen Negation; es weist zugleich auch das Kontinuum aus: Das Gemeinsame besteht in dem tiefen Erlebnis der Heimholung aus den Irrungen und Verstrickungen des »Liberalismus« (diese Erlösung wurde oft vergleichsweise vorsichtig und nicht ohne Nuancierungen beschrieben, was der Komplexität der bis dahin stattgehabten Rechtsstaatsgenese entspricht) und des

Urteil des BVerfG die verbale NS-Kopie lieber isolierten Narren überlassen, zumal sie aus dem in zwei Dezennien bundesrepublikanischer Politik wieder prall gefüllten Kollektorenbeutel bewährter deutscher Vorurteile bestens versorgt sind.

<sup>3</sup> Dieser Verlust umfaßte, da die Ausscheidung der »Nichtarier« starr gehandhabt wurde (die Fälle der Erhebung zum Ehren-Arier sind ungeachtet des Göring-Worts »Wer Jude ist, bestimme ich« an den Fingern abzuzählen), nicht notwendig politische Gegner, sondern auch die vom damals immerhin flüsternden oppositionellen Studentenmund makaber so genannten »Raus mit uns – Juden«, deren Erkenntnisvermögen sich vielfach so schwer entriegelte, weil der ihnen auch damals gewiß als irrational erscheinende antisemitische Terror zunächst weithin als abbaufähiges Relikt aus der »Kampfzeit« der Nazis angesehen wurde, dessen der »Staatsmann« Hitler schon Herr werden würde. Den ihm gegenüber getanen Ausspruch »Ach lassen Sie nur, der Führer wird's schon machen« aus dem Mund eines deutschnationalen jüdischen Staatsrechtslehrers hat mir ein emigrierter jüdischer Professor als die tiefste ihm damals widerfahrene Verwundung bezeichnet. Über die verzweifelten und individuell meist zu einem tragischen Ende führenden Versuche »nichtarischer« Professoren, doch irgendwie einen Modus der Zusammenarbeit oder jedenfalls der Koexistenz mit dem NS-Regime zu gewinnen, ist sub specie der Humanität verständliches Vergessen und Verschweigen gebreitet worden. Die Ungeschriebenheit dieses Geschichtskapitels gehört indes mit zu den Ursachen fatalster Bewertungsverzerrungen zwischen Verfolgtsein und Widerstand und des Wandels der Rolle der »Wiedergutmachung«, die zur (objektiv untauglichen) Ersatzvornahme für politische Aufarbeitung »umfunktioniert« wurde.

<sup>4</sup> Das freilich in spektakulärer Geschmacklosigkeit schwelgende opportunistische Element – aber auch kaum mehr als dieses – erfaßte der soeben zitierte Studentenmund mit der Wendung von den »treuen Hütern der jeweiligen Verfassung« (deren Vorlesungen wohl vom größeren Teil des kaum politisierten und in seiner sozialstrukturellen Zusammensetzung unveränderten Auditoriums mit der nicht ungewöhnlichen Gefühlsmischung von Belustigung und Examenssorge hingenommen wurden).

<sup>5</sup> Der irdische Vollendung prästendierenden populären Mystik und Apotheose des »Dritten (d. h. u. a. auch letzten und daher mindestens »tausendjährigen«) Reiches« entsprach auch die umgedrehte Palmströmlogik, nach der alles Publiizierte ungeachtet des Fortgangs erbitterter Richtungs- und Methodenstreitigkeiten doch systemkonform sein und aus derselben »Substanz« geschöpft haben mußte; förmliche Distanzierungen oder gar Verdammungsurteile und Veröffentlichungsverbote seitens parteiamtlicher Nachzensurstellen der NSDAP fielen denn auch, gemessen am Gesamtvolumen der Veröffentlichungen, zahlenmäßig nicht ins Gewicht.

»Marxismus« (das ging durchweg in profunder Unkenntnis des genannten Gegenstands und quasi nach Comment in röhrend-rülpfendem Einklang einher). Das Kontinuum wird bereits evident, wenn man sich vergegenwärtigt, daß vom »Marxismus« in die Doktrin der Weimarer Zeit nicht mehr eingegangen war als in die Staatspraxis, nämlich so gut wie nichts, und daß die rechtsstaatliche Domestizierung der »staatlichen« Gewalt (»Liberalismus«) in voller Konkordanz mit der herrschenden Lehre auch in der Republik z. B. vor den den Obrigkeitsstaat konservierenden »besonderen Gewaltverhältnissen« kapituliert hatte: Die vermeintliche Heimholung durch die rettende Tat des »Führers« bestand primär in der Fixierung und (zugleich simplifizierenden) Profilierung schon vorhandener dominanter Tendenzen und politischer Favorisierungen (und eher beiläufig in der Sterilisierung der bescheidenen kritischen Gegenkräfte).

Dabei war schon der erste amtliche Anstoß zum Preisochsengebrüll vom Aufhören aller Gegensätze und Zerrissenheiten in der neuen »Volksgemeinschaft« ausreichend für die einmütige Preisgabe der vormals so hochgehaltenen, nunmehr für zwölf Jahre geächteten und nachmals wieder liebevoll gepflegten Legende vom unpolitischen Charakter der Wissenschaft und vom unpolitischen Wirkenwollen der Wissenschaftler. Was das Eingeständnis eines eigenen »politischen Mandats« angeht, kommt es (nicht bloß) den Bildnern der Verfassungsdoktrin nach Juristenmanier wohl meist darauf an, nämlich auf den konkreten Inhalt der Politik, der sie sich jeweils konfrontiert sehen. 1933 war dem Gros der Autoren die politisch-akklamatorische Funktion ihrer Lehre über Nacht ganz selbstverständlich geworden. Verfassungsrecht und Staatslehre waren ihnen fraglos Dienst am »Neubau des Reiches«, wie die politische Führung ihn verstand<sup>6</sup>.

Es ist eine Binsenweisheit, daß auch eine juristische Verfassungsdoktrin stets politische Funktionen hat und daß sie, je weniger sie ihrer eigenen politischen Rolle inne wird, umso mehr blind-instrumentale Stütze des jeweiligen Regimes ist, dessen Machtstruktur sie verhüllen hilft, indem und soweit sie die zur Norm geronnenen Entscheidungen nicht sozial »hinterfragt« und dadurch nicht in Frage stellt. Schon dieser (im Vulgärmarxismus nicht weiter differenzierte) Sachverhalt wird bei näherem Zusehen verwickelter, kann doch bei zunehmender Verrechtlichung und Justiziabilität des Politischen aufgrund von Geboten der geschriebenen Verfassung die rechtsstaatlich-institutionelle List systeminhärenter Kontrollmechanismen und Rangunterscheidungen (wie die von Verfassungs- und »einfachem« Recht) Emanzipationshilfen für die Doktrin (beispielsweise durch das auch von der Doktrin in Anspruch genommene und nicht als »unjuristisch« denunzierbare »materielle Prüfungsrecht«) und damit Integrationsschranken für das Regime bewirken. Unzweifelhaft ist aber auch in aller Regel von vornherein die politische Rolle der Doktrin in Wirklichkeit komplexer. Nicht nur partizipiert sie als Objekt am »Spiegelcharakter« der von ihr untersuchten rechtlichen Ordnung, sondern sie gestaltet in der Regel vermöge ihres (nachweisbaren) Einflusses auf die Judikatur und die sonstige Staatspraxis dennoch auch diese Ordnung, deren Machtcharakter sie durch die Abbreviaturen des rechtlichen Vokabulars verhüllt, im Rahmen der ihr systemimmanent überlassenen Räume mit (die formal Subsumtions-, tatsächlich jedoch weithin Diskretionsräume sind und wobei der Konformismus der Ausfüllung sich umgekehrt proportional zur Auf-

<sup>6</sup> Diese große Demaskierung von 1933 scheint als solche bisher kaum erkannt zu sein. Jedenfalls ist von ihr nie die Rede. Und jedenfalls haben die mehrzweckdienlichen Legenden vom Märtyrer- und Partisanentum der Doktrinproduzenten (darüber einiges Exemplarisches im Haupttext unter II) den erzieherischen Nutzeffekt allfälliger Erkenntnis von der »Stunde Null« an verteidelt.

geklärtheit der Doktrin verhält). Ein ungewöhnliches Charakteristikum der Rolle der Doktrin im NS-Staat scheint nun zu sein, daß diese letztere Funktion ganz aufhört. Noch nie vorher oder nachher dürfte es für die Staatspraxis so absolut belanglos gewesen sein, was die (von den Machthabern zutiefst verachtete, selbst von einem geschichtlich beispiellosen Prostitutionsenthusiasmus – die vergleichbaren Erscheinungen der bismarckisch-wilhelminischen Ära einschließlich der wissenschaftlichen Kriegskredite bleiben weit dahinter zurück – beflügelte) Doktrin den Machthabern schon vor ihrer Konsolidierung zu offerieren hatte. Des Effekts der kleinen grosso modo systemimmanenten, aber selbstinitiativen Rückkoppelungen völlig beraubt, webt die Verfassungsdoktrin im NS-Staat zunehmend nur an einem Vorhang mit dem obstinaten Motiv des »Führerprinzips«, hinter dem sich Staat und rechtliche Verfassung schlechthin auflösen und durch ein labiles politisches Kompromißsystem der maßgeblichen Kräfte jenseits aller rechtlichen Bindung und Beschränkung abgelöst werden.

Mit der weit verbreiteten Vorstellung, im NS-Staat seien »Verfassung und Verfassungswirklichkeit«<sup>7</sup> ganz oder doch nahezu kongruent gewesen, sitzt die Gegenwart also immer noch ihrer NS-Vergangenheit auf. Ich vertrete demgegenüber die These, daß das von der Doktrin (der selbst natürlich alles Gesollte zugleich mit seiner Offenbarung auch schon erfüllt war) als »Verfassung« des NS-Staats Prätendierte der politischen Wirklichkeit des Herrschaftssystems jedenfalls in den entscheidenden Punkten in besonders hohem Maße widersprach: An der Spitze des Rechts- und Lehrgebäudes war es die schrankenlose Führergewalt, mit deren »Theorie« der Blick auf die Wirklichkeit des politischen Kompromisses fest und undurchdringlich verstellt wurde.

Damit haben wir nach dem Kontinuum der Doktrin das zweite Phänomen genannt, dem die Bemühungen um die Verfassungsdoktrin im NS-Staat gelten müssen: den rational-instrumentellen Einsatz doktrinärer Irrationalismen zwecks Verdichtung einer Fassade von »Verfassung« vor der Genese von politischen Entscheidungen über krud und unmittelbar durchschlagende Herrschaftsaktionen. Schon zu den dahin gehörenden Fragestellungen kann es erst gar nicht kommen, wenn man das Thema der NS-Verfassungsdoktrin angeht, ohne von dieser politischen Wirklichkeit Notiz zu nehmen; auch hier muß Doktringuelschichte ohne politische Geschichte ihr Ziel verfehlen.

<sup>7</sup> Mit diesem beliebten dichotomischen Topos ist nach *Wilhelm Hennis*: Verfassung und Verfassungswirklichkeit, 1968 (Recht u. Staat, Heft 373/374) ein »deutsches« (und das heißt für Hennis ein moralischer Seelenblähung entstammendes Schein-) Problem bezeichnet. Tatsächlich macht in einer der »normativen Kraft des Faktischen« huldigenden Tradition die Anziehungskraft der »Verfassungswirklichkeit«, die gegenüber einer demokratisch ansetzenden »Verfassung« zwangsläufig eine reaktionäre ist, wenn die Verfassungsgebung nicht mit einer Veränderung der gesellschaftlichen Verhältnisse verbunden war, die Gefährlichkeit der Formel aus, deren zahlreiche Adaptationen auf »Recht und Wirklichkeit« im allgemeinen nicht zuletzt bei gutmeinenden Untersuchungen zum NS-Recht aller Sparten fort und fort ihr ideologisches Unwesen treiben. Vgl. etwa *Bernd Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wechsel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968, S. 5: »Die fundamentale ... Umwälzung des Jahres 1933 tat eine Kluft zwischen dem gesetzten Recht und einer revolutionären neuen politischen Wirklichkeit auf, die von den Gerichten bei der Rechtsanwendung ... überbrückt werden mußte ... die Kluft zwischen der ... kodifizierten Zivilrechtsordnung und den neuen ... politischen Ideen des NS, die über Nacht zur alles beherrschenden Weltanschauung geworden waren«. Diese politischen Ideen beherrschten »über Nacht« doch wohl nur deswegen und insoweit »alles«, weil und wie die Rechtsanwender, denen *Rüthers* heute attestiert, sie hätten überbrücken »müssen«, sich zu einem ohnehin rechtsfeindlichen eigentlichen Selbst befreit fanden oder traditionsgemäß vor einem alles andere als »revolutionären«, vielmehr schlicht usurpatorischen factum brutum in die Knie gingen.

Hinsichtlich der »Bewältigung« der NS-Vergangenheit auf dem Gebiet der Verfassungsdoktrin lassen sich wie in der allgemeinen politischen Entwicklung zwei Phasen konstatieren, die zeitlich stark ineinandergreifen und beide noch nicht völlig abgeschlossen sind.

A. In der ersten wurden die hilflosen Ansätze von Werkanalyse seitens der großenteils selbst ins Getriebe des NS-Staats verwickelt gewesen und der Distanznahme kaum fähigen Zeitgenossen alsbald durch kraftvolle Entfaltung von Individual- und Kollektivapologetik und dementsprechende moralische Reflexionen (auch bloße Meditationen) über individuelle Schuld und Erfolgshaftung erstickt<sup>8</sup>. Statt wissenschaftlicher wurden *pietistische* Kriterien (»gut« und »böse«; profaner: »erfreulich« und »unerfreulich«) gebildet, die ausschließlich von der jeweils sich selbst befragenden Individualmoral konturiert werden, was auch etwa für den kuriosen (nur für ein Abwägen irgendwelcher »Schuld« im forum internum von Gewissen und Beichtstuhl tauglichen) Maßstab des noch vertretbaren »damals Üblichen« gilt. Gänzlich Peripheres, wie etwa die Quantität des Lippendienstes an den von den NS-Machthabern zu Integrationszwecken verbindlich gemachten Kultobjekten, rückte dabei zulasten der inhaltlichen Aussage in den Mittelpunkt der Beurteilung<sup>9</sup>. Die pietistische Bewältigungsliteratur, hier wie auf anderen Gebieten unreflektiert und unpolitisch, lief auch hier auf den nachträglichen Aufstand aller jener honorigen Emotionen hinaus, die das NS-Regime bei der Masse der Bevölkerung zwölf Jahre lang so trefflich anderweit zu instrumentalisieren und programmieren verstanden hatte. Vom Mißbrauch des Idealismus, der Jungen wie der Alten, für verbrecherische Zwecke war nun viel die Rede – und angesichts der Millionen- wie der Gelehrten-anklage der »Entnazifizierung« schlug das idealistische Herz auch bald für neue Opfer, die Opfer dieses barocken Bürokratismus, der doch kein Revolutionsersatz sein konnte und sich mit seinem grotesken Formalismus selbst ad absurdum führte. Wie die davon Betroffenen die Serie der gewiß zu ihrer Zeit gefährlichen kleinen Weigerungen – Nichtentbieten des »Deutschen Grußes«, Ablehnung der »Eintopfspende« für das »Winterhilfswerk« u. a. – zum »Widerstand« hochstilisierten, verhakte sich die pietistische Fachliteratur<sup>10</sup> vielfach an

<sup>8</sup> Anno 1949 beispielsweise hält *Hans Peters* (Lehrbuch der Verwaltung, S. 142) die (von *Ernst Rudolf Huber* im »Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches«, 1939, systematisch vollendete) »volksgenössische Rechtsstellung«, mit der die grundrechtliche Basis des subjektiven öffentlichen Rechts endgültig zerstört wurde, für eine positive Schöpfung des Gesetzgebers (§§ 36 ff. DBG) und einiger weniger (von *Peters* nicht genannter!) »mutiger Theoretiker... um damit das gleiche zu bezeichnen, was bisher subjektives öffentliches Recht genannt wurde«. Es folgt die (zugleich die Mutbehauptung revozierende) Warnung pro futuro: »Solche Umbenennungen schaffen nur Unklarheit und umgehen aus politischer Furchtsamkeit (!) mit faktischen Mitteln die Feststellung einer einwandfrei bestehenden (!) Rechteinrichtung.« Damit ist die unbegriffene Sache erledigt (und beiläufig ein systembedingtes Rechtsinstitut naturrechtlich-willkürlich perpetuiert), sind die Folgen eines Unfalls beseitigt und ist das Wasser auch aus dem Pelz der Schöpfer geschüttelt.

<sup>9</sup> So noch in der (freilich keinen Juristen betreffenden) am 4. Nov. 1964 bekanntgegebenen Erklärung von Dekanen und Altrektoren der Universität Bonn, die den Schriften des in der Presse angegriffenen Rektors *Hugo Moser* gewiß zutreffend bescheinigten: »Die zeitbedingte Diktion geht über das Maß des damals Üblichen und zur Abwehr politischer Verdächtigungen mitunter sogar Notwendigen nicht hinaus; spezifisch nationalsozialistische Begriffe wie »Rasse«, »nordisch«, »jüdisch« usw. fehlen.« Die Universitätsvertreter befaßten sich mit braunem Firnis der Vergangenheit; dem Angreifer (*Walter Boehlich*: Der neue Bonner Rektor – Die Maßlosigkeit und die Mäßigung eines Philologen, *Die Zeit*, Nr. 43 v. 23. Okt. 1964, S. 17) ging es um ein inhaltliches Kontinuum über das Jahr 1945 hinaus.

<sup>10</sup> Die erste mir bekannt gewordene Äußerung dieses Genres stammt von *Fritz von Hippel*: Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, 1946 (*Recht u. Staat*, Heft 129).

verbalen Exzessen. Da sie weder zur Analyse von Interessenlagen noch zur wissenschaftlichen Sublimierung einer Entrüstung, die verständlicherweise zunächst einmal dem NS-System selbst und weniger seiner Literatur galt, fähig war, konnte die von ihr zwar bisweilen gestellte Frage »Wie konnte es dahin kommen?« für sie selbst immer nur eine rhetorische sein, in der das statt einer Antwort folgende große Staunen bereits enthalten war<sup>11</sup>.

Schließlich brachten aufkommende geschichtsblinde, personalisierend-akkusatorische und über das moralische Pathos nicht hinausreichende Tendenzen – diese Torheiten wiederholen sich auch heute noch – die apologetischen Potenzen zur Aktualisierung. Partisanen-, Märtyrer- und Widerstandslegenden entfalteten ihr verzweigtes Rankenwerk zur Salvierung, wenn nicht Monumentalisierung von Autoren, die im finsternen »Bauch des Leviathan« ihre Feder als Waffe benutzt haben sollten oder wollten<sup>12</sup>, und verbanden sich mit dem in der Allgemeinheit durch die »Entnazifizierung« provozierten und popularisierten schönen Glauben an die letztliche Alleinschuld *Hitlers*. Wenn das in keiner Exkulpationsschrift fehlende – für den Strang der Justizexkulpation geradezu leitmotivische<sup>13</sup> – Zitat aus *Hitlers* Reichstagsrede vom 26. April 1942 dessen nachgerade sprichwörtliche Verachtung aller Juristen und Juristerei herauskehrt, so müssen die Juristen schließlich auch mit ihrer Doktrin ausnahmslos Widerständler gewesen sein. Und deshalb ist heute in jeder neuen Entwicklungsphase der Juristenkritik auch jeder Jurist fein heraus, der ehemals kräftig Tribut gezollt hat. Denn es ist »der böse Geist *Hitlers*«, (der sich infolge eines läppischen Versehens mit den Bolschewisten nicht verbündet, sondern verfeindet hat – was nützlicherweise seinen Krieg doch zu einem vaterländischen macht – und) der aus den (heute die Geschäfte des uns gottseidank gegen jeden Knochenerweichung als Feind gesandten Bolschewismus planvoll betreibenden und daher viel schlimmeren) Bösen spricht, die den Juristen am Zeuge flicken wollen<sup>14</sup>. So umwerfend einfach ist das Operieren mit einem – glücklicherweise verstorbenen – gemäß Führerprinzip alleinigen Sündenbock; man muß nur den der NS-Doktrin abgenommenen Märchenglauben an die alleinige Entscheidungsmacht des Führers getreulich bewahren, wie es politischen Kindern jeden Lebensalters wohl ansteht; und so ertragreich für die Diffamierung unliebsamer anderer wie für die makellose Politur des eigenen Ehrenschildes ist der Endausstoß der pietistischen Literaturgattung.

<sup>11</sup> Das gilt auch noch für die sogar symptomatische, nun allerdings ganz auf einen Autor konzentrierte, Glosse *Adolf Schüles* zur ersten *Carl Schmitt*-Festschrift (Eine Festschrift, JZ 1959, S. 729 ff.), deren Verfasser ebenfalls der geflügelte Rezensentenwunsch nach einem »zwar nicht frömmen, wohl aber abgründigeren Herzen« hätte gelten können. Vgl. zum Zusammenhang der Glosse *Helmuth Ridder: Schmittiana*(I), NPL XII (1967), S. 1 ff.; *Ders.: Ex oblivione malum – Randbemerkungen zum deutschen Partisanprozeß*, in: Gesellschaft, Recht und Politik – Wolfgang Abendroth zum 60. Geburtstag, 1968, S. 305 ff. (317 ff.).

<sup>12</sup> Dabei wird gern von der mangelnden Bibelfestigkeit der Mitwelt profitiert. Im Lichte solcher ehrwürdiger Stellen, das erst dann strahlt, wenn man aufschlägt, sinkt der Rationalitätsrang der (vorgeblichen wie der möglicherweise historisch echten) Fälle partisanischer Entschlossenheit beträchtlich ab, heißt es doch im Buche Hiob (40,28): »Meinst du, daß er einen Bund mit dir machen werde, auf daß du ihn immer zum Knechte habest?« Es ist halt wie mit der nicht minder geschätzten Berufung auf die Maximen entlegener französischer Moralisten, die sich nicht selten als manierierte Nachempfindung von *Gracians* »Handorakel und Kunst der Weltklugheit« entzaubern.

<sup>13</sup> Z. B. bei *Hubert Schorn: Der Richter im Dritten Reich*, 1959. – Offensichtlich ist die Produktionskraft des Leitmotivs unerschöpflich. Soeben erscheint *Hermann Weinkauff: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Bd. 1, 1968; rez. *Michael Kirn*, FAZ, Nr. 44 v. 21.2. 1969, S. 11, und *Richard Schmid, Krit. Justiz* 1969, S. 102 ff., der freilich selbst an einer entscheidenden Stelle das Interesse auf »die Moral und den Charakter der Richter« konzentriert (S. 104), anstatt die ungleich interessantere Frage nach der historischen Durchgängigkeit von Vorstellungsserien der Richter aufzuwerfen, ohne die sich die Anfälligkeit nicht restlos erklären läßt.

<sup>14</sup> *Eberhard Schmidt: Zur Demokratisierung der Justiz, Der Staat* 8 (1969), S. 65 ff. (77).

Es sollte nicht verkannt werden, daß mitursächlich für die Entstehung des wissenschaftlich untauglichen Pietismus der Literatur die oberflächliche »Entbräunung« der deutschen Legalordnung durch die besatzungsrechtlichen Eingriffe gewesen ist, an denen sich zunächst die deutschen Gerichte orientierten, wenn sie weiteres Normenwerk als »typisch nationalsozialistisch« auszusortieren hatten. Sie erfaßten meist nur das plakativ sich so Gebärdende (wie gesetzliche Bezugnahmen auf die NS-»Weltanschauung«, glatt und brutal diskriminierende Antisemitismen u. ä.). Alles übrige, zumal wenn es durch den Alliierten Kontrollrat oder die Zonenbefehlshaber in »entbräunter« Fassung neu promulgiert worden war (wie das nazistische Ehegesetz), galt gern als vollinhaltlich demokratisch approbiert; und jedenfalls schlossen »Entbräunung« nazistisch gesetzten Rechts und Restauration auf den Status von 1933 tieferes Eindringen der Judikate in die politische Herkunft der Normenschichten aus. Von der Rechtsprechung her wurde also die Literatur nicht zur Analyse stimuliert, wenn man von einer kurz aufschäumenden Woge des Naturrechtsepigonentums absieht, das seither an intellektueller Schwäche dahinsiecht.

Im Pietismus der Fachliteratur hat das NS-Regime wie in der Rechtsprechung und im Bewußtsein der Bevölkerung einen seiner posthum-mabusischen Triumphe gefeiert – letzte Konsequenzen der Irrationalisierung der Rechtswissenschaft, exzessivster Instrumentalisierung der Rechtsprechung und pseudopolitischer verdummender Entpolitisierung eines ganzen Volkes, dem nun alles bis zum Halse stand, was nach Politik auch nur aussah und wovon sich abzuwenden es nun die Freiheit erhalten hatte.

B. Die zweite, erst Jahre später einsetzende Phase des Fehlschlagens der »Bewältigung« möchte ich die *historisierend-archivistische* nennen (auch hier deckt sich das Erscheinungsbild der Fachliteratur in seinen Grundmerkmalen mit dem der allgemeinen politischen Entwicklung, in der die Historienmalerei allerdings noch mehr das anekdotische Element favorisiert). Diese Phase überdeckt sich, an-schwellend, mit dem Auslaufen des Pietismus, der sich allmählich mit dem Generationenwechsel erledigt. Zur Zeit gehören manche fachliche Arbeiten durchaus noch beiden Kategorien an<sup>15</sup>. Der Archivismus nennt sich bisweilen selbst »Zeitgeschichte«, will aber gerade nicht in die Gegenwart laufende Entwicklungsgeschichte betreiben, sondern immer noch mit *Ranke* ergründen, »wie es eigentlich gewesen«, was ja einen geschätzten traditionellen Ausweis für »voraussetzungslose«, »objektive« oder »reine« Forschung darstellt. Das späte Einsetzen des Archivismus erklärt sich sicher zu einem guten Teil daraus, daß sowohl der größere Teil der nie »amtsverdrängten« als auch die nach pietistisch geführten Zunftdebatten wieder in Forschung und Lehre tätigen (»tragbar« erschienen der Zunft, die sich mit einem Beichtstuhl verwechselte, diejenigen, die ihren Kollegen und Zeitgenossen persönlich nichts »Böses« angetan hatten) Staatsrechtler selbst aus verständlichen Gründen nicht einmal auf eine Geschichte zur Episode umfälschende »Aufarbeitung« erpicht sein und Aufhaltsamkeiten beim Vergessen eigener episodischer Rollen nicht schätzen konnten.

Der durchweg von persönlich nicht mehr vom NS betroffenen oder irgendwie in sein politisches System einbezogen gewesen Wissenschaftlern initiierte »neutrale« Archivismus, der die gesellschaftlichen Bedingungen und Folgen des Forschens verleugnet, entsteht aber aus dem Klima, in welchem das Werk der Ausklammerung der NS-Epoche aus dem geschichtlichen Fluß bereits nahezu vollbracht worden war. Das Duodezennium von 1933 bis 1945 (personalisierend

<sup>15</sup> Wie etwa das genannte Werk von *Weinkauff* (vgl. oben Fußnote 13).

gekennzeichnet durch »Wahnsinn« und »Verbrechen« von Machthabern auf der einen, »Mut«, »Widerstand«, »List«, »Anpassung« oder »Kapitulation« von Wissenschaftlern auf der andern Seite) ist als »Katastrophe« nur noch wie durch Nadelöhre mit der Vor- und Nachgeschichte verbunden<sup>16</sup>. Wenn nun innerhalb der so isolierten Epoche vornehmlich unter der Maßstäblichkeit des formellen Rechtsstaats bloß der Verfallsgeschichte einzelner Institute nachgegangen wird<sup>17</sup> – wobei wertvolle Ergebnisse von sekundärer Bedeutung anfallen können –, so hat das die fatale Folge einer Aufwertung der »normativen Kraft des (jeweiligen) Faktischen«, die in der Abschirmung vor dem rechtswissenschaftlichen Zugriff bei sehr viel gravierenderen Erscheinungen besteht und mit der das Publikum sich beruhigt<sup>18</sup>. Das ist dieselbe verlogene akribische historische Wahrheit, die »zeitgeschichtliche« Magazinserien und Bildschirmporträts<sup>19</sup> kennzeichnet

<sup>16</sup> Aus dem Amalgam von Pietismus und Archivismus erheben sich dann ridiküle Fragen wie die nach Hitlers »Größe« (Nikolaus Benkiser: War Hitler groß? – Bemerkungen zu einer Fernsehsendung, FAZ Nr. 84 v. 11. 4. 1969, S. 2), die aus dem die Politik abriegelnden Horizont von Blumenzucht und Adalbert Stifters Vorrede zu den »Bunten Steinen« selbstverständlich und mit aller nur wünschenswerten Selbstenthüllung »klassischer« Irrationalismen zu verneinen ist: »Noch immer wirkt das Auftauchen, der Erfolg und die Katastrophe dieses Namens ... weit mehr wie ein gigantischer Verkehrsunfall der Geschichte ...«. Gewiß, alleine hätte »der wildgewordene Patriotismus-Spießer aus Braunau« es nicht geschafft, am »Eingangstor zu einer neuen beunruhigenden ... Epoche den deutschen Apfelkarren« umzuwerfen. Da »springt uns ... immer wieder das Rätsel an, wie dieser Mensch in einem hochzivilisierten Volk wie dem deutschen zu dem Mann werden konnte, dessen Stellung durch den adulatorischen Satz seines Stellvertreters gültig formuliert wurde: Wenn Sie handeln, handelt Deutschland.« Doch wenn auch immer »etwas Rätselhaftes, etwas Unheimliches übrigbleibt«, so ist immerhin der Hauptschuldige leicht zu ermitteln, nämlich in Gestalt der »siebzig Millionen Deutschen«. Damit ist dann anno 1969 das nicht unbelohnt gebliebene Steigbügelhalten als »ungelöstes Geheimnis« wegeskamotiert und die Berechtigung tiefster Soupçons gegen alles Demokratisierungsgerede erfrischend dargetan. Bleibt nur mit Rivarol daran zu erinnern, daß, wie die Geschichte lehrt, die Politik als Sphinx beim Verschlingen derjenigen, die ihre Rätsel nicht lösen, undifferenziert zugreift. Das muß dann wohl als »echte, erschütternde Tragödie« bezeichnet werden.

<sup>17</sup> Vgl. etwa zum Publikationsproblem der »Führerbefehle« (deren Verbindlichkeit als »Recht« nach der generellen Anerkennungstheorie von der Publikation abhängt) im Jahrgang 1964 der NJW Welzel, Roesen, Redeker, A. Arndt u. Baumann (S. 521; 133; 1111; 1097; 487; 1311; 1398).

<sup>18</sup> Dem Zorn dieses Publikums wird dann etwa ein Richter Oske überlassen, der – ein völlig normales, durchgehende Tendenzen signalisierendes Produkt landläufiger Juristenausbildung – staatliche Ordnungen beliebigen Herrschaftscharakters durch abschreckende Strafen zu schützen geneigt ist, »die in keinem Verhältnis zur Schuld stehen«, wie es in politicis des Landes stets der Brauch war. Die ungleich interessantere Argumentation der Staatsanwaltschaft, die lebenslang Zuchthaus für Rehse forderte, da dessen »sieben Todesurteile selbst gegen die damals geltenden Terrorgesetze verstießen und somit (!) glatter Mord waren« – und wie, wenn sie nicht gegen die »Terrorgesetze« verstoßen hätten? – bleibt unbeachtet (wörtl. Zitate nach dem Bericht »Überraschender Freispruch für Nazi-Richter Rehse« in der Frankfurter Rundschau, Nr. 285 v. 7. 12. 1968). – Auch unsere eidgenössischen Nachbarn, deren humanitäres Verhalten angesichts der vergangenen NS-großdeutschen Gegenwart heute hie und da durchleuchtet wird, huldigen wohl immer noch der strengen Legalitätsdifferenzierung nach abstrakter Rechtsstaatlichkeit. So erfahren wir aus einem brav parzellierenden Blatt etwas von dem lähmenden Entsetzen, das sich einer akademischen Teerunde auf die Nachricht von der extralegalen Bartholomäusnacht nach dem angeblichen Röhmputsch bemächtigte (H. F. Pfenniger: Carl Schmitt und der »Partisan« Rousseau, Neue Züricher Zeitung, Nr. 204 v. 28. 7. 1962, Fernausgabe, Bl. 6), während anderthalb Jahre der Tee nicht kalt wurde, als Kommunisten und Gewerkschaftler (jüdische oder »arische« ohne Unterschied) ohne eine einzige Offerte einer Harakiri-Pistole von »legalen« Staatsorganen zu Tode getrampelt und »auf der Flucht erschossen« wurden. Derartiger Geneigtheit zu Differenzierungen mag es förderlich sein, daß die letztgenannten Morde doch dem großen Werk der Errichtung des abendländischen »Bollwerks gegen den Bolschewismus« dienten und die erstgenannten an richtigen Menschen begangen wurden.

<sup>19</sup> Die Darstellung des Martyriums eines Ossietzky z. B. verschweigt, daß Ossietzky wie vor und nach 1933 so auch in der Bundesrepublik wegen »Verrats illegaler Staatsgeheimnisse« bestraft worden wäre. Die Präsentation der Ehrenrettung des Staatsmanns Friedrich Ebert (ob in sich zulänglich oder nicht, ist hier irrelevant) verschweigt, daß die Kräfte, die heute das famose Rettungswerk vollbringen, in der politischen und sozialen Konstellation an die Stelle derjenigen getreten sind, die vor mehr als vierzig

und mit der problemverdrängenden Euphorie des Wiedergutmachungsbetriebes<sup>20</sup> korrespondiert.

Juristische oder mindestens (unter Einbeziehung rechtlicher Fragestellungen) verfassungstheoretische – Arbeiten, die die Abschottung der NS-Ära aufbrechen, sind erst jüngsten Datums<sup>21</sup>.

C. An größeren brauchbaren Gesamtdarstellungen und Deutungen des NS-Systems selbst und seiner Verfassungsdoktrin besitzen wir – und das ist schon zuviel gesagt, weil es sich nicht um Darstellungen aus dem Nachkriegsdeutschland handelt –, wenn ich recht sehe, ganze drei, alle drei bezeichnenderweise im Ausland entstanden:

a) *Ernst Fraenkel*: The Dual State – A Contribution to the Theory of Dictatorship, New York-London-Toronto 1941<sup>21a</sup>;

b) *Franz Neumann*: Behemoth – The Structure and Practice of National Socialism, 1. (nicht öffentliche) Aufl. London 1942; 2. Aufl. 1944; 3. Aufl. New York 1963<sup>21b</sup>;

c) *Franciszek Ryszka*: Państwo stanu wyjątkowego – Rzecz o systemie państwa i prawa trzeciej rzeszy (Der Staat des Ausnahmezustandes – Zu dem Staats- und Rechtswesen des Dritten Reiches), Wrocław – Warszawa – Kraków 1964.

Die beiden ersten Autoren, die ihre Arbeiten noch während des Krieges abgeschlossen haben, sind so bekannt, daß zum Werk im allgemeinen und zur Biographie hier nichts nachzutragen ist. *Ryskas* Arbeit, die leider nicht ins Deutsche übersetzt worden ist<sup>22</sup>, ist im deutschen Schrifttum unbeachtet geblieben (weswegen die einzige mir bekannte deutsche Rezension<sup>23</sup> von »einer Entdeckung« berichten kann). Es handelt sich bei allen drei Arbeiten, die in das Gewebe des interalliierten Bürgerkriegs gegen die Achsenmächte verflochten waren bzw. (*Ryszka*) der Ära des Kalten Krieges entstammen, um standpunktorientierte und -orientierende – vulgo professoraliter »einseitige – Literatur, d. h. Literatur, in deren relativ fester Perspektive das Forschungsobjekt weniger an Festigkeit einbüßt als in der meist unbewußten Perspektivenrotation sich selbst aus der Welt ausklammern wollender »objektiver« Wissenschaft, die regelmäßig der machtmäßigen Einseitigkeit der Entstehung der sozialen Phänomene zum Opfer fällt, die sie gerade durchleuchten will. Der juristische Verfassungstheoretiker findet in den drei Untersuchungen, von denen mir *Neumann* am weitesten zu führen scheint<sup>24</sup>, jedenfalls fruchtbare Ansatzpunkte für die Entwicklung eigener Me-

Jahren den »landesverräterischen Sattlergesellen« außer Gefecht setzen wollten. Sollte solcher Wandel nicht eher eine Änderung der Interessensicht aufgrund von Integrationsvorgängen im Machtzentrum als demokratische Bußfertigkeit und Sauluserlebnisse anzeigen?

<sup>20</sup> Äußerlich manifestiert durch eine prosperierende Israeltouristik und Einweihung von Synagogen, die mangels Gläubiger weniger Gotteshäuser als vielmehr steinerne Denkmäler erfolgreicher Entpolitisierung der »Bewältigung« sind.

<sup>21</sup> Ein Beispiel für den konkret sehr breiten Durchbruch nach rückwärts ist *Werner Hill*: Gleichheit und Artgleichheit, 1966. Wie unsicher und schmal noch der Durchbruch nach vorn ist, zeigt die (in der Durchführung auf das Privatrecht abstellende) Arbeit von *Peter Thoss*: Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung – Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, 1968. Zum Inhalt beider Arbeiten im übrigen kann hier nicht Stellung genommen werden.

<sup>21a</sup> Vgl. die Besprechung in diesem Heft S. 319.

<sup>21b</sup> Vgl. die Besprechung in diesem Heft S. 317.

<sup>22</sup> Das Buch enthält nur eine – sprachlich wenig gelungene, deswegen gelegentlich irritierende – »Zusammenfassung« in deutscher Sprache auf wenigen Seiten (S. 485 bis 490), deren Verständnis sich allerdings mit Hilfe des englischen »Summary« (S. 479 bis 484) erleichtern läßt.

<sup>23</sup> Rez. *Helmuth Wagner*, PVS 9 (1968), S. 302 ff. *Wagner* erwähnt eine weitere einschlägige Untersuchung *Ryskas*, jedoch nicht dessen wichtigen Aufsatz in Polish Western Affairs 1962 Vol. III Nr. 2, S. 261 ff.: The Principle of Leadership in the Legislation of the Nazi Third Reich.

<sup>24</sup> Auf die differenzierende Würdigung der drei Arbeiten nach Anlage und Methode muß hier

thoden, die ihm die Umsetzung des Ertrags der kaum noch übersehbaren politik- (und in den letzten Jahren auch wirtschafts-<sup>25</sup>)geschichtlichen Literatur über das »Dritte Reich« ermöglichen können.

### III

Die am 4. Januar 1933 im Hause des Bankiers von *Schroeder* von Unterhändlern mit soliden Bevollmächtigungen vereinbarte<sup>26</sup> und nach Ausräumung der letzten Bedenken des »alten Herrn« durch die Ernennung *Hitlers* zum Reichskanzler vom 30. Januar 1933 zustande gekommene »Regierung der nationalen Konzentration« stieß mit ihrer antiparlamentarischen und gegen »Weimar–Genf–Versailles« gerichteten Polemik offene Türen ein. Sie vermochte das seit 1930 evident gewordene »politische Machtvakuum« (*K. D. Bracher*) unter Bündelung aller traditionellen und zeitgenössischen antidemokratischen Strömungen augenblicklich zu füllen (wobei schon in den Reichstagswahlen vom 5. März 1933 zur peinlichen Überraschung der Steigbügelhalter offenbar wurde, daß vor allem die NSDAP das große Sammelbecken auch des traditionellen Antidemokratismus geworden war) und propagandistisch den (über den »Tag von Potsdam« großpreußisch vermittelten) »neuen Staat« als Gesamtrepräsentation einer zusammengeschweißten »Volksgemeinschaft« plausibel zu machen. Denn sowohl über die Unheilbarkeit der »Krise des Parlamentarismus« als auch über die Notwendigkeit der Ablösung des alten Herrschaftssystems hatte – während die zerspal-

verzichtet werden. Das ist besonders bedauerlich im Hinblick auf *Fraenkel's* Deutung des von ihm so genannten »Dual State« als eines koexistenziellen, bis tief in die Kriegszeit hinein durch indemnifizierende Legalisierungen (typisch nach den Mordtaten zur angeblichen Liquidierung des fiktiven Röhm-Putsches oder im Zusammenhang mit der – in abgründiger Inhumanität heute noch so genannten – »Reichskristallnacht«) immer wieder ausbalancierten Mit- und Ineinander von Normativismus und Prärogativismus (rationaler Gesetzes- und irrationaler Maßnahmenstaat), die der ohne Zugang zu ausländischen Quellen noch bis Ende 1938 in Deutschland als Rechtsanwalt tätig gewesene Autor primär aus der Binnenoptik der Gerichtspraxis gewonnen hatte. Der exzellente Rechtssprechungsbericht setzt indes die Rolle der Justiz, die eine Büttelrolle par excellence geworden war, zu hoch an und bricht vor allem den Blick auf die reale Machträgerschaft des Regimes und seine Kompromißprozeduren hinter dem Vorhang von Rechtsetzung, Rechtsprechung und Doktrin, wenn *Fraenkel* das Regime auch keineswegs zu einer bloßen Hausdienerschaft am deutschen Monopolkapital (dessen eigene technisch-rationalen Ordnung tatsächlich bis Kriegsende gesichert blieb und dessen Kasse wieder stimmte wie einst im jungen Lenz) simplifiziert.

<sup>25</sup> Von diesen Untersuchungen seien genannt *Arthur Schweitzer*: *Big Business in the Third Reich*, 1964; *Berenice A. Carroll*: *Design for Total War – Arms and Economic in the Third Reich*, 1968; *Dieter Petzina*: *Autarkiepolitik im Dritten Reich – Der nationalsozialistische Vierjahresplan*, 1968 (durch Personalisierung auf die Figur *Görings* an der Essenz – »Modellbeispiel... enger Zusammenarbeit von Staat und Großwirtschaft« [S. 197] – prompt vorbeizensiert durch *Wilhelm Treue* in *FAZ* Nr. 296 v. 20. 12. 1968, S. 9.).

<sup>26</sup> Die entscheidende Bedeutung dieser Unterredung (dazu *Eberhard Czichon*: *Wer verhalf Hitler zur Macht? – Zum Anteil der deutschen Industrie an der Zerstörung der Weimarer Republik*, 1967, S. 24 ff.) für die Unterdrückung des verzweifelten Versuchs *v. Schleichers*, auf breiter Plattform einen New Deal ins Werk zu setzen, ist allmählich außer Streit. Zur Kontroverse über den späteren »Primat der Industrie im Kartell der nationalsozialistischen Macht« vgl. *Tim Mason*, *Eberhard Czichon* und *Dieter Eichholtz* u. *Kurt Gossweiler* in: *Das Argument* (Berliner Hefte für Probleme der Gesellschaft) 41, S. 473 ff., u. 47, S. 168 ff., 193 ff., 210 ff. Sehr schwer wird ex post auszumachen sein, ob etwa der Durchbruch der bis zum Krieg massiv nur in die Polizei eingedrungenen SS, deren »ordensstaatliche« Systemopposition jahrelang auf fast hobbymäßige Junkeraufzucht und die Artikulation im »Schwarzen Korps – Blatt der Schutzstaffeln« (soeben erschien im Scherz-Verlag ein von *Helmut Heiber* u. *Hildegard von Kotze* herausgegebener Faksimilequerschnitt; zutreffende Kritik der Herausgeberperspektive von *Hans Dieter Müller*, *Der Spiegel* Nr. 30 v. 21. 7. 1969, S. 114 f.) beschränkt gewesen war, zum konkurrierenden Aufbau eines eigenen Wirtschaftsimperiums bereits vom Systemkoma bedingt war (was mit Sicherheit von der SS-Okkupation einzelner Wehrmachtsbereiche nach dem 20. Juli 1944 und der Liquidierung des Chef *H. Rüst* u. *BdE Fromm* gesagt werden kann).

tene Linke sich selbst paralyisiert hatte – ungeachtet der Uneinigkeit von ständestaatlicher, faschistischer und bonapartistisch-großbürgerlicher Verfassungskritik weitestgehend Einigkeit unter den politischen Gruppen bestanden: Weimar, die mit der Hineinnahme von Sozialdemokratie und Gewerkschaften in das System von der Koalition der Friedensresolution unter einem Hauch von Revolution links von den intakt gelassenen gesellschaftlichen Strukturen angesetzte Verfassung, war in der »Verfassungswirklichkeit« ab 1930 über ihren Ansatz zurückgerollt und wurde 1932 nur noch von den längst wieder exmittierten sozialdemokratisch-gewerkschaftlichen Kräften festgehalten, die den Kairos von *Schleichers* New Deal-Offerte nicht wahrnahmen und deren Unfähigkeit zu mehr als verbalem Widerstand vollends zum 1. Mai 1933 sichtbar wurde, als sich die »März-« und »April-Gefallenen« aus diesen Reihen zum ersten Mal scharenweise in neuen Mitgliedschaften und Funktionen der Öffentlichkeit präsentierten.

Die Verfassungsdoktrin der Wechseljahre war Überbau von der gesteigerten Spiegelgenauigkeit einer involutionären Schlußphase. Das (von der Forschungsabteilung der »Deutschen Hochschule für Politik« veranlaßte) interdisziplinäre Sammelwerk »Zum Neubau der Verfassung«<sup>27</sup> (abgeschlossen am 15. Januar 1933, d. h., wie der Herausgeber vorbemerkt, bevor »die Entwicklung aus verhältnismäßiger Statik in stärkste dynamische Bewegtheit übergegangen« war) suchte z. B. noch den »konstitutiven Weg zur Verfassungsreform« zu ertasten, *solange* der »konstitutionelle Weg« zu einem System mit »überparteilicher Staatsführung« und »zielbewußt eingesetzter Verbandsmacht« im »Geiste der Wirtschaftsfriedlichkeit«... »nicht gangbar« erschien<sup>28</sup> – will sagen: solange das usurpatorische Abstreifen der mit erhöhtem Rechtsrang ausgestatteten lästigen institutionellen Verfassungsfesseln den (vorab mit der integrationsauflösenden Wirtschaftskrise laborierenden und) auf den Staatsapparat des Präsidialsystems durchschlagenden Kräften rechtsstaatlich anrühig zu sein und auf erhebliche demokratische Resistenzreste in der Volksmeinung zu stoßen schien. Kurz darauf hatte der Nationalsozialismus – nach Abgang des *Strasser*-Flügels in den »Sachfragen« der Wirtschaft weniger denn je festgelegt, von Kenntnissen nicht getrübt und daher ein geradezu idealer Partner – die Sache mit der rechtsstaatlichen Revolutionsphobie durch Kreierung und erfolgreiche Durchführung des »revolutionären« Parts im »nationalen« Komplott mit der Wirtschaft zu einem guten Ende gebracht (=Löschung der »Schande« der »schmutzigen« Revolution von 1918 durch eine saubere junge Generation). Ferner hatte sich erwiesen, daß der Versuch der Weimarer Verfassung, den im 19. Jahrhundert in Westeuropa für die Repräsentation der besitzbürgerlichen Interessen und ihren Ausgleich erprobten Parlamentarismus zum Repräsentations- und Ausgleichsverfahren für die konfligierenden Interessen einer ganzen nationalen industriellen Massengesellschaft zu

<sup>27</sup> Herausgegeben von Fritz Berber; mit Beiträgen von Fritz Berber, Otto Koellreutter, Max Hildebert Boehm, Sigmund Neumann, Heinz Brawweiler, Arnold Köttgen, Theodor Heuss, Carl Joachim Friedrich, Carl Düssel, Johannes Popitz; unter Mitarbeit von Karl Lehmann und Michael Freund.

<sup>28</sup> Carl Düssel: Der konstitutive Weg zur Verfassungsreform, a. a. O. S. 171 ff. – Parallel Carl Schmitt im Hauptvortrag auf der Tagung »Gesunde Wirtschaft im starken Staat« des »Vereins zur Wahrung der gemeinsamen wirtschaftlichen Interessen in Rheinland u. Westfalen« (Langnam-Verein) am 23. Nov. 1932: »Die Regierung soll sich aller verfassungsmäßigen Mittel, aber auch aller verfassungsmäßigen Mittel bedienen, die ihr zur Verfügung stehen...« nach der Vorabverkündung seiner »ganz persönlichen Privatmeinung«: »Das deutsche Volk hat keinen Beruf zur Verfassungsgesetzgebung... Institutionen... verbauen... uns wahrscheinlich einen Weg, der frei bleiben muß... Eine Verfassung... wenn sie einmal da ist... wird man... nicht leicht wieder los; sie ist dann nämlich eine Quelle der Legalität« (Orig. gesp.); vgl. »Mitteilungen des Vereins...«, Jg. 1932 Nr. 1 (NF 21. Heft), S. 30 f.

machen, auch in der Volksmeinung keinerlei Wurzel hatte schlagen können<sup>29</sup>. Für die Verfassungsdoktrin waren, nachdem die Verfassung »legal« zur Disposition der Regierung gestellt war, die ärgerlichen Barrieren gegen die Säuberung der antidemokratischen Politik vom Recht entfallen. Sie konnte – unter Einhaltung des zeitgemäßen Rituals – mit allen tradierten Varianten des Nichtverständnisses von Demokratie ihren freien Lauf nehmen – soweit sie sich nicht etwa im Ernst Verbindlichkeit anmaßte. Und das tat sie in der Regel nicht, weil sie dergleichen unziemliche Ansprüche spätestens je am Ende wieder aufgab, indem sie in das zugleich zum Ritual gehörende staatsrechtliche Institut des – letztlich bindungslosen – Führerprinzips einmündete. Die politische Praxis hat auch recht bald jeden Zweifel an der völligen Unverbindlichkeit der Doktrin behoben (das mußte ein *Carl Schmitt* nicht minder schmerzlich erfahren als die kleinen Größen aus den NS-Reihen, die die Stunde für die rechtliche Zementierung ihres »völkischen« Unsinn in einer »neuen Verfassung« gekommen sahen und mit derlei Illusionen baldigst abgeführt wurden).

Das seit und infolge der Liquidierung der *Röhm*-Krise für einen überschaubaren Zeitraum in etwa »konsolidierte« und für eine terroristische Machtentfaltung hinreichend, wenn auch ohne normative Sicherungen ausbalancierte NS-Regime selbst ist mit *Franz Neumann* und in diametralem Gegensatz zur zeitgenössischen Doktrin und zu seiner Selbstdarstellung *nicht* als kohärente *Wirkungseinheit*, sondern als *Koalition* mehrerer quasi-autonomer vertikaler Machtsäulen und -apparate – Partei nebst »Gliederungen« etc., »staatliche« Bürokratie, Wehrmacht, »Wirtschaft« – zu begreifen<sup>30</sup>. Die Kraft der »Bewegung« hatte

<sup>29</sup> Schon zur Zeit der Prosperität konnten die Massen gegen »Parteiengetzänk« und parlamentarischen »Schwatzbudenbetrieb« allergisiert und zu Wählern des »zeitlos deutschen« Reichspräsidenten *v. Hindenburg* gemacht werden. Bereits anlässlich seiner Vereidigung vor dem Reichstag am 12. Mai 1925 legte der »greise Feldmarschall und Sieger von Tannenberg« klar, unter welchen Voraussetzungen der organisatorische Teil der Reichsverfassung überhaupt funktionieren könne, nämlich »wenn auch in diesem Hohen Hause der Streit der Parteien nicht um Vorteile für eine Partei oder einen Berufsstand gehen wird«, sondern der Reichstag – übereinstimmend mit der »überparteilichen Zusammenfassung aller arbeitswilligen und aufzubereiten Kräfte unseres Volkes« in der Person des Volkssouveränität verkörpernden Reichspräsidenten – darum ringt, »wer am treuesten und erfolgreichsten unserem schwer geprüften Volke dient« (zit. nach *Poetzsch-Heffter*: Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung, Jahrb. d. öffentl. Rechts, Bd. XVII [1929], S. 82, b. *Berber* a. a. O. S. 195). Die Programmansage enthielt von der Perhorreszierung der Gruppenkonflikte bis zur Einfügung der Vorsehung, die ein Volk mit ihren Prüfungen überkommt, sämtliche Elemente, mit denen sich die »Formierung« einer Gesellschaft ins Werk setzen läßt.

<sup>30</sup> Am klarsten und einfachsten liegt von vornherein die durch Inkompatibilität von Wehrmachtzugehörigkeit und politischen Mitgliedschaften, Beibehaltung des militärischen Grußes u. v. a. m. symbolisch verdeutlichte Quasi-Autonomie der als hocheffizienter antidemokratischer »Staat im Staate« aus der Weimarer Republik übernommenen Reichswehr am Tage, die als unentbehrliches und erst einmal zu umwerbendes Expansionsinstrument bis zum 20. Juli 1944 Usurpationsversuche von parteilicher Seite mit relativer Leichtigkeit abwehren konnte. – Verwickelt und vielfältig schwankend waren die Beziehungen zwischen Parteisäule und »staatlicher« Bürokratie, die auch durch Personalunionen und für viele untere und mittlere Beamtenränge durch faktischen Zwang zur Mitgliedschaft in den Parteigliederungen gekennzeichnet waren. Viel Material hierzu bei *Hans Mommsen*: Beamtentum im Dritten Reich, 1967, und *Peter Diehl-Thiele*: Partei und Staat im Dritten Reich – Untersuchungen zum Verhältnis von NSDAP und allgemeiner innerer Staatsverwaltung, 1969 – zwei Schriften, die im übrigen Musterbeispiele des technisch vervollkommenen objektiv apologetischen Archivismus sind und sich auch offensichtlich viel darauf zugute halten, nicht »mit der linken Hand heruntergeschrieben« (*Diehl-Thiele*) zu sein.

*Mommsen* reitet die altbekannte Polemik gegen die 131er-Entscheidungen des BVerfG mit dem altbekannten Argument der »Staats-Treue des Beamtentums, das der Situation von 1932/33 mit »hoffnungsvoller Erwartung« begegnet sei (was sicher stimmt), gegen weitergreifende Pläne der Partei zur Umgestaltung des öffentlichen Dienstes ein schönes Stück weiter. Nach *Diehl-Thiele* blühten im Garten der um eine »korrekte« und »Sachzwängen verpflichtete Verwaltungsführung« bemühten NS-Bürokratie nur Blumen des Widerstands – nach Art des *Stuckardt-Globke*-schen Kommentars zu den Rassegesetzen von Nürnberg. Natürlich läßt sich die Rivalität zwischen der antidemokratisch-etatistischen (und somit domestizierenden) Bürokratie und

zwar ausreicht, die großbürgerlichen Steigbügelhalter daran zu hindern, nach gemeinsam vollbrachter Republik- und Verfassungszerstörung allein die Zügel in die Hand zu nehmen. Verfassungsorganisatorisch wurden ihre Verdienste nur äußerst mager mit einigen Hospitantenplätzen bei der NSDAP-Fraktion im Reichstag und protokollarisch mit einigen braunen Orden honoriert. Aber für ihre und für die Verdrängung von Bürokratie und Wehrmacht aus ihren Betätigungsräumen reichte die Kraft bei weitem und schon deswegen nicht aus, weil an Ersatz aus den eigenen Reihen nicht zu denken war. Man wird freilich das von *Neumann* erarbeitete Bild des »vertikalen Pluralismus« der herrschenden Machtapparate und des spezifischen Antagonismus von totalitärem »Staat« und totalitärer »Bewegung«, das Bild von *Behemoth* (nach der »Permanenz des Terrors in einer nicht stabilisierten Herrschaftsstruktur«<sup>31</sup>) statt *Leviathan*, noch vorsichtig nach *Otto Kirchheimers* Beschreibung des charakteristischen Kompromißcharakters ergänzen müssen, der aus der in manchen Fällen auch tatsächlich in Anspruch genommenen – und nur durch eine imperialistische Expansionspolitik ermöglichten! – Führerautorität resultiert<sup>32</sup>. Dabei darf nicht vergessen werden, daß es sich bei dieser Inanspruchnahme – von ganz vereinzelt Fällen abgesehen – nicht um die Verwirklichung einsamer inhaltlicher Entschlüsse des »Führers« und/oder seines engsten Kreises, sondern um schiedsrichterliche Entscheidung zu (oder zwischen rivalisierenden) Offerten aus dem Bereich der Machtsäulen gehandelt hat.

Das »Schema« des »Systems« ist denkbar einfach. Es ist das Un-Schema eines Nicht-Systems: Die vier Machtgruppen, die, einig im Willen zur Zerstörung von Demokratie und Reichsverfassung, die Zerstörung mit unterschiedlichen Beiträgen vollbracht hatten, fanden ihren eigenen Interessenausgleich nun nicht mehr

der antidemokratisch-nihilistischen »Bewegung« leicht zum Kampf der Ordnungsmächte gegen das Chaos stilisieren. Man muß nur die Demokratie herauslassen (oder sie mit *Hans Buchheim*, von dem *Diehl-Thiele* auch die inspirierende Deutung des *Globkeschen* Widerstands übernommen hat, als »Demokratismus« entschieden zum Abfall werfen); dann ist jede nicht-nihilistische Position Widerstand (im »Mitmachen, um Schlimmeres zu verhüten«). Daß dieses Mitmachen der »Bewegung« aufgeholfen hat, muß als bedauerlicher Betriebsunfall erscheinen.

In hochgradiger Autonomie wiederum erstarkte sehr bald ungeachtet der unvermeidlichen Selbstauflösung ihrer früheren Interessenverbände, der Deutschnationalen Volkspartei usw. die (von der Großwirtschaft repräsentierte) Säule »Wirtschaft«. Spätestens unter *Schacht* waren die vereinzelt Parteieinbrüche der ersten Stunde bereinigt oder abgeriegt. »Arisierungen« von Unternehmen wurden nicht nur geduldet, sondern boten auch im Zuge der zunehmenden Privatisierung nicht unwillkommene Bereicherungschancen. Von KZ-Arbeitern, Kriegsgefangenen- und »Zuchtlager«-Insassen-Zwangsarbeit wurde gern profitiert. Die in der »Kampfzeit« von der Partei konservierte Mittelstandsideologie (NS-HAGO) fiel dem Monopolismus früh zum Opfer; die leidige gewerkschaftliche Tarifmacht war bald beseitigt. Der (Groß-)Unternehmer als »Wirtschafts- (später »Wehrwirtschafts-)führer« wurde zum Prototyp des erfolgreich-kraftvollen Handelns ideologisiert (»Das Reich – Deutsche Wochenzeitung«, das von *Goebbels* im Krieg für Snobs und Anspruchsvolle kreierte Blatt, pflegte mit besonderer Liebe das Industriellenporträt). Und die Prototypen durften auch – wie das Offizierskasino – »unter sich« sein: beim Reichsgründungssessen am 18. Januar, mit einem großzügigen Konzessionsraum für politische Witze über »Goldfasan«-Parvenüs (in Extremfällen, die für schlichte »Volksgenossen« KZ oder Zuchthaus eingebracht hätten, mit einer Sonderspende für das »Winterhilfswerk« abzugelten), ohne Zwangsmitgliedschaften (NSV genügte bei pünktlicher Flaggenhissung und sonstigem Wohlverhalten durchaus), ohne Publikationsverpflichtungen (doch boten sich besonders während des Krieges übergenug Anlässe, in Sachen Expansion spontan zur Feder zu greifen) und im Kriege mit UK-Stellungen, die an Härte sogar die Dollarwährung weit hinter sich ließen; und in den heimgeholten Ostgebieten korrespondierten die »Herren von der Wirtschaft« auf dem Fuß voller Gleichberechtigung mit den »Herren von der SS« über Unzuträglichkeiten bei der Abgrenzung ihrer Jagdbezirke.

<sup>31</sup> *Gert Schäfer*: Demokratie und Totalitarismus, in *Gisela Kress u. Dieter Senghaas* (Hrsg.): Politikwissenschaft – Eine Einführung in ihre Probleme, 1969, S. 105 ff., bes. S. 129 ff. (131).

<sup>32</sup> *Otto Kirchheimer*: Changes in the Structure of Political Compromise, *Studies in Philosophy and Social Science* IX (1941), S. 264 ff.; jetzt auch in *Otto Kirchheimer*: Politics, Law and Social Change – Selected Essays (Hrsg. *Frederic S. Burin u. Kurt L. Shell*), 1969, S. 131 ff.

in öffentlichen und veröffentlichten, institutionalisierten, verfahrensmäßig normierten Übereinkünften, sondern in gestaltlosen und kaum präjudiziellen<sup>33</sup> ad hoc konzertierten Aktionen, ggf. eben mit Anrufung der Schiedsinstanz des »Führers« (der kein monomanischer Teppichbeißer, sondern ein kühler Zyniker war, der immer noch seine wohlberechtigten Temperamentsausbrüche in der Öffentlichkeit so einstudierte, wie *Lion Feuchtwanger* es – neben anderen packenden Schilderungen aus dem bayerischen Politikumpf – unnachahmlich in seinem Roman »Erfolg« beschrieben hat). Nicht nur die Verfassung, sondern auch der »Staat« war aufgelöst. Die Machtgruppen in sich selbst repräsentierten keine Interessen »von unten nach oben« (was nach Anlage, Organisation und Herkunft bei der Plebejer rekrutierenden Partei möglich gewesen wäre; doch auch sie wurde ausschließlich Herrschaftsapparat [mit dem dominierenden Ressort der Weltanschauungspflege<sup>34</sup>]). Was die Wehrmacht z. g. T. schon mitgebracht hatte, gewannen – mit gewissen sachbereichsbedingten Unterschieden – Partei<sup>35</sup> und Wirtschaft in schneller Folge: eigene »Hoheitsgewalten«, das privilegium de non appellando, eigene Vollstreckungsmacht usw.

Die Auflösung von Staat und Verfassung begann an der Spitze der Institute eines rechtsstaatlich-liberalen Verfassungswesens mitteleuropäischer Tradition damit, daß der Vorrang der Verfassung als Gesetz vor dem »einfachen« Gesetz über Bord ging (und es mußte in nicht allzu ferner Folge die ganze Pyramide der Rangunterschiede von Rechtsnormen, schließlich in der Agonie des Regimes auch der Unterschied von Norm und Handlung zusammenbrechen).

Zwar sprach das noch im Horizont von Weimar als Ausnahmeregelung (und nach Auffassung der nachhaltig düpierten deutschnationalen Regierungspartner nicht auf unbeschränkte Verstetigung<sup>36</sup>) angelegte »Ermächtigungsgesetz« vom 24. März 1933 von der Befugnis der Reichsregierung, mit der ihr übertragenen Gesetzgebungsgewalt von der Reichsverfassung »abzuweichen« (Art. 2). Es war also noch an der Irregularität des Ausnahmezustandes orientiert: Das »abweichend« von der Verfassung Gesetzte konnte danach aus tradiert rechtsstaatlicher Perspektive *noch nicht* beanspruchen, selbst »Verfassung« zu sein. Art. 4 des »Neuaufbaugesetzes« vom 30. Januar 1934 hingegen sprach der Reichsregierung bereits die Befugnis zu, »neues Verfassungsrecht zu setzen« (nachdem im Früh-

<sup>33</sup> Planungsfeindlichkeit und -unfähigkeit sind ein durchgängiges Phänomen der ganzen NS-Ära und hatten für den Vierjahresplan und die übrige Kriegs- und Rüstungswirtschaft ruinöse Folgen. *Berenice A. Carroll* (a. a. O. S. 250) kommt zu dem Schluß: »... we may speculate that Germany's Third Reich was more »totalitarian« in effect – through self-persuasion – than could be guessed from its administrative confusion.«

<sup>34</sup> So oblag es ihren gleichzeitig als Abhörorganisation funktionierenden »Amtsverwaltern« u. a., die Nichteinhaltung des Parteiprogramms von Haus zu Haus plausibel zu machen und Eltern durch die Übermittlung der Nachricht vom Kriegstod ihrer Söhne in den Zustand »stolzer Trauer« zu versetzen.

<sup>35</sup> Von *Gottfried Neefe*: Führergewalt – Die Entwicklung und Gestaltung der hoheitlichen Gewalt im Deutschen Reich, 1940, wurden frühe (schon in den 20er Jahren gelegte) »Bausteine ... für eine künftige Ausgestaltung der hoheitlichen Stellung der Partei im Reich« (S. 45) zwecks Konstruktion einer im »Führer« ruhenden »Hoheitsgewalt des nationalsozialistischen Reiches« gefunden, die »ursprünglich, nicht von irgendeiner anderen hoheitlichen Gewalt abgeleitet« (S. 47) zu sein hatte. Diesem fruchtbaren Autor, der seine Feder ausschließlich in den Dienst der Parteigarde gestellt hatte, ging es um die Herabstufung des »Staats« und die Emanzipation der »Führergewalt« aus dem »Staat«, durch dessen rechtliche Ordnung der kleine bürgerliche Komplize das Fabeltier der Bibel doch in einen Kettenbund hätte zwingen können.

<sup>36</sup> *Hugenberg* hat bei seinen ersten Rücktrittsdrohungen (die sich durch Beschwichtigung erledigten) pointiert auf die Bindung der Ausnahmeermächtigung des Gesetzes vom 24. März 1933 an die »gegenwärtige« (ihn als Reichsminister einschließende) Reichsregierung (Art. 5 Satz 2) hingewiesen. Bei seinem definitiven Rücktritt blieb der Pfeil im Köcher. Vgl. *Friedrich Frhr. Hiller von Gaertringen*: Die deutschnationale Volkspartei, in *Erich Matthias u. Rudolf Morsey* (Hrsg.): Das Ende der Parteien 1933, 1960, S. 543 ff.

jahr 1933 jede Anregung der nichtnationalsozialistischen Reichsminister zur baldigen Schaffung eines neuen »Staatsgrundgesetzes« in der noch nicht uniformierten Reichsregierung überspielt worden war). Dieses »neue Verfassungsrecht« aber war schon *nicht mehr* Verfassungsrecht i. S. des höherrangigen Verfassungsgesetzes. Die »Verlängerungen« des »Ermächtigungsgesetzes« – das Gesetz, die letzte formale Verdünnung des Rechtsstaats zum Zwecke seiner Überwindung, war von *Carl Schmitt* in äußerster Dürftigkeit »aus dem guten deutschen Sinn für Ordnung« begründet worden – waren bereits Legalitätsfarce für Bürokraten und für eine Justiz, die schlichten Gemüts und gedrosselter Hoffnung nach der »als ob«-Philosophie einer bloßen Grundrechtssuspension durch die Reichstagsbrandverordnung judizierte.

Der ständige Nichtbegreifer vom Dienst, *Franz v. Papen*, hatte in seiner »Marburger Rede« vom 17. Juni 1934 immer noch nicht begriffen, was das Bündnis von »Staat« und »Leben« (= NSDAP) bedeutete<sup>37</sup> (und ist auch durch die wenige Tage später erfolgte Ermordung Dr. *Jungs*, des Verfassers der Rede, nicht klüger geworden). Um so schwieriger waren für die Nicht-Begriffsstutzigen unter den Staatsrechtlern, die dem Sturz von »Weimar-Genf-Versailles« vorgearbeitet hatten, um gegen die »totalen Parteien, die statt des totalen Staates in Deutschland herrschen, den Gedanken zur Geltung zu bringen, den der Herr Reichsfinanzminister [im November 1932] ... in einer ... überaus schlagenden und glücklichen Formulierung von seinem Sachgebiete her entwickelt und dahin zusammengefaßt hat, daß er sagt: Ein starker Staat in [...] einer freien Wirtschaft«<sup>38</sup>, die dauerhafte Wahrung der bei der Wirtschaft aufgehobenen wahren Interessen der Nation und die damit korrespondierenden verfassungsrechtlichen und -theoretischen Konstruktionsprobleme geworden. Einerseits hatte man nicht nur alle früheren demokratischen Institutionen glücklich vernichtet, sondern fuhr auch mit den besten Ernteaussichten und auf Plätzen erster Klsase des deutschen Apfelkarrens durch eine triumphale Gegenwart. Andererseits mußten ohne Domestizierung der als Ein-Partei noch »totaleren« NSDAP-Säule das Gleichgewicht labil und die Zukunft von den grauen Wolken quälender Ungewißheit verhangen bleiben. (Eine neugriechische Erfahrung zeigt, welchem völlig überflüssigen rasanten kreditschädigenden, u. U. sogar selbstmörderischen Rechtsstaatsverschleiß man ausgesetzt sein kann, wenn man Obersten anstelle der Generäle putschen läßt: das Dilemma ist aber zweifellos minimal im Vergleich zu den Schwierigkeiten, die eine antidemokratische plebejische Massenpartei mit ehrgeizigen Führern als Komplize bereiten kann.)

So reüssierten die wissenschaftlichen Äußerungen der ersten Stunde, selbst wenn

<sup>37</sup> »Die Zeitwende als totaler Begriff entzieht sich ... bis zu einem gewissen Grade der staatlichen Formung. Nicht alles Leben kann organisiert werden, weil man es sonst mechanisiert. Der Staat ist Organisation, das Leben Wachstum ...« (zit. nach *Walter Hofer* [Hrsg.]: *Der Nationalsozialismus – Dokumente 1933–1945*, 1957, S. 67). Die als Widerstandsdokument unter der Hand zirkulierende Rede opponierte nur – und zwar sehr bescheiden und mit der Motivation der Wirkung auf das Ausland – gegen die Kreise der »neuen, arteigenen, religiösen Einigung« (für die *Hitler* ein mildes Augurenlächeln übrig hatte, weil sie dem Klerus Ärger machten).

<sup>38</sup> *Carl Schmitt*: *Konstruktive Verfassungsprobleme* (Rede, gehalten am 4. Nov. 1932 auf der Hauptversammlung des Vereins zur Wahrung der Interessen der chemischen Industrie Deutschlands e. V., einschließlich der gut orientierenden Beifallsbekundungen »als Manuskript gedruckt«), S. 10. Der spontan dem Reichsfinanzminister der Präsidialregierung nachvollzogene und weit bis in die Bonner Ära der Zeit vorausseilende Einbau des »Staats« in die »Wirtschaft« dürfte auf den beifallsfreudigen *genius loci* zurückzuführen sein. *Carl Schmitt* hielt sonst damals – auch in dieser Rede – noch mehr vom »spannungsreichen Zusammenarbeiten von »Staat« und »Wirtschaft«, von der kraftvollen Wiedergeburt des den Bismarckschen Staat tragenden Bündnisses aus der Asche demokratischer Zwänge. Doch wurde das Präpositional-Verhältnis großzügig gehandhabt (vgl. oben Anm. 28: »Gesunde Wirtschaft im starken Staat«).

sie sich dem Rechtsnihilismus weit öffneten, nicht, wenn und soweit sie auch nur bescheidene institutionelle *Festlegungen* vorsahen<sup>39</sup>. Sie verfehlten die aktuelle Machtlage, die Parteimeriten, die via Jugenderziehung und langsamer institutioneller Infiltration des Staatsapparats auf die Zukunft setzenden Hoffnungen der (freilich durch tiefe innere Zwistigkeiten empfindlich behinderten) Parteisäule und die der Doktrin allein zugedachte Rolle des blinden *Nachvollzugs* von politischen Entscheidungen, denen keine juristischen Stolperdrähte gelegt werden dürfen<sup>40</sup>. Richtete man sich aber besser auf die gegebene Situation ein, so verhielt man sich affirmativ zum gesamten Irrationalismus der rechtsentbundenen programmatischen Programmlosigkeit, die sich zwangsläufig ergibt, wenn die großen säkularen Postulate unseres Verfassungszeitalters – Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit – durch die Hohlformen Hierarchie, Autorität (Ordnung), Disziplin ersetzt und demzufolge Liberalismus, Demokratie und Sozialismus (Marxismus) unversöhnlicher Kampf angesagt ist (wobei im Anlauf die Ersatzbilder oft als »wahre« oder »eigentliche Demokratie«, »besserer Rechtsstaat« usw. bezeichnet werden)<sup>41</sup>; ja man mußte sein eigenes Denken bewußt irrationalisieren.

<sup>39</sup> Wie der als *Carl Schmitt*-Schüler vom »Staat« nicht lassen könnende Dozent *Ernst Forsthoff* mit der Programmschrift »Der totale Staat«, 1933, der sich mit der Beschworung *Hitlers* als »Führer des Reiches« gegen *Hitler* als »Führer der Bewegung« mitten in die Nesseln der »Bewegung« setzte (auf knappem Raum gut herausgearbeitet b. *Gert Schäfer* a. a. O. S. 131 f., Anm. 85).

<sup>40</sup> An all das mußte denn doch von Zeit zu Zeit in angemessenem Tonfall erinnert werden: »Wir kommen los von der alten Sucht des Rechtsgelehrten, alles möglichst schnell in Paragraphen zu fassen. Für das kommende deutsche Staatsrecht sind wichtiger als alle Paragraphen die grundlegenden Verkündigungen des Führers, wie er sie z. B. auf der Schlußrede des Nürnberger Kongresses 1935 ausgesprochen hat. Das neue Staatsrecht ist Gott sei Dank noch kein Paragraphenrecht, es gibt noch wenig Anlaß zu Kommentierungen und Deutungen. Die einfache und klare Redeweise des Führers schließt solches wohl für die Zukunft überhaupt aus. Seine Gedanken und seine Worte werden an die Stelle eines paragraphenmäßig verschlüsselten Staatsrechtes treten. Die Partei hat ihr eigenes blutfrisches Leben niemals in Paragraphen zwingen lassen ... Die Partei ... ist ... gegen den früheren Staat entstanden, und der heutige Staat verdankt ihr sein Leben, nicht umgekehrt. Das Verhältnis Partei und Staat wird in Zukunft noch mancher Abgrenzung bedürfen, hier wird der Führer ebenso die richtige Grenzziehung finden, wie er sie bisher gefunden hat. Eines steht nach seinem Willen aber jetzt bereits fest, die Partei wird niemals im Staate aufgehen ... müßig ist es aber auch gelehrte Abhandlungen über das Wesen des neuen Staates zu schreiben, auch hier kratzen die Federn vergebens. Wie der neue Staatsaufbau nach 10 Jahren aussehen wird, weiß heute nur einer, der Führer allein, und er wird sich in diesem Wissen von noch so gelehrten Schreibern nicht beeinflussen lassen« (*Walter Sommer*: Die NSDAP als Verwaltungsträger, in *Hans Frank* [Hrsg.]: Deutsches Verwaltungsrecht, 1936, S. 166 ff. [174 f.]). Daß auch die deutschnationalen Pamphletisten, die gegen Weimar (nicht nur) mit der Feder gewütet hatten, dergleichen Schmähungen von Staat und Staatsenthusiasmus einsteckten, ohne mit der Feder zu zucken, läßt auf ein beträchtliches Maß an Opferfähigkeit schließen. Frohnaturen von der Professorenspielwiese der »Akademie für Deutsches Recht« taten sich da dank ihrer politischen Organlosigkeit leichter: »Verlockend könnte es scheinen, die *Verfassung des Staates* in Paragraphen oder Artikel zu gießen und dies als führendes Gesetzbuch herauszustellen ... Es ist vielleicht einer der eigenartigsten und weitblickendsten Züge in der Staatslenkung Adolf Hitlers, daß er zwar der Partei und darüber hinaus dem ganzen Volke ein Programm von unerhörter Stoßkraft verliehen, dieses führende Werk aber [zugunsten des Volksgesetzbuchs] nicht in eine formale, unter die Marke »Gesetz« gestellte Verfassungsurkunde gegossen hat« (*Justus Wilhelm Hedemann*: Das Volksgesetzbuch als Fundament großdeutschen Rechtslebens [Festvortrag zur Eröffnung der Verwaltungsakademie für das »Generalgouvernement« in Krakau], Heft 8 der Schriften des Reichsverbandes Deutscher Verwaltungs-Akademien [Hrsg. *H. H. Lammers*], 1942, S. 10).

<sup>41</sup> Vielleicht kann man – ungeachtet der gesteigerten Schwierigkeit, im übrigen verlässliche Kriterien eines nicht national beschränkten Phänomens »Faschismus« festzulegen – insoweit von genuin faschistischen Merkmalen des NS-Regimes sprechen. Auf die entsprechende Gemeinsamkeit von italienischem Faschismus und deutschem Nazismus hat schon unter Weimar *Hermann Heller*: Europa und der Faschismus, 2. veränd. Aufl. 1931, hingewiesen und die symptomatische ehrliche Antwort *Mussolinis* in seiner Rede in Udine vom 20. Sept. 1922 auf die Frage nach dem Programm (»Sehr einfach, wir wollen Italien regieren«) und die ebenso symptomatische Kampf- und Vernichtungsansage des faschistischen Parteiphilosophen *Rocco* gegen die mit *Buchanan* und *Althusius* beginnenden und mit *Marx*, *Wilson* und *Lenin* endenden Lehren zitiert. »Faschi-

Das Nonplusultra an intellektuell auf die Spitze getriebenem *sacrificium intellectus* dürfte dabei mit dem ungeschminkten Postulat der »Begrenzung des Denkens durch das Denken« beim Denken über den Führer erreicht worden sein, das sich ohne die Verflüssigung des rechtsstaatlichen Normativismus durch die *Smendische Integrationslehre* und deren ungeschützte Selbstauslieferung an jeweilige »Verfassungswirklichkeiten« nicht erklären läßt<sup>42</sup>. *Carl Schmitt* und die ihm methodisch wie in den Identifikationen mehr oder weniger nahestehenden Zunftgenossen oberhalb eines bestimmten Pegels von Einsichtsfähigkeit waren mit der Verbreiterung und Verallgemeinerung der Ausnahmegehalt<sup>43</sup> und dem Wegfall des Gegners, gegen dessen »Mißbrauch sämtlicher verfassungsmäßiger Befugnisse« die vornazistische Anwendung von Art. 48 II WRV nur »loyale Gegenwehr« bedeutet habe<sup>44</sup>, gewissermaßen ihrer eigenen Doktrin zum Opfer gefallen. Die Legitimation am Ausnahmezustand konnte nur zeitlich begrenzt – für wenige Jahre –, dafür freilich mit einer vom Unwohlsein intensivierten Polemik, Antisemitismen usw., fortgesetzt werden und stieß sich immer mehr mit der parteiseitig forcierten Frisur des Außernormalen auf Normalität und Dauer. Man war dogmatisch im selbstgezogenen Zirkel gefangen, ohne zur Quadratur des Zirkels kommen zu können. *Carl Schmitts* eigener Ausbruchversuch vom Dezisionismus zum »konkreten Ordnungsdenken« mißlang, da keine Dialektik imstande ist, eine Potenzierung und Regelhaftmachung des Ausnahmezustandes plausibel zu machen. Auch dies trug zu seinem allmählichen freiwillig-unfreiwilligen Rückzug von der Bühne der Verfassungsdoktrin bei, auf der es angesichts des praktisch fortwuchernden Dezisionismus auch nichts mehr zu bestellen gab, wohingegen andere Angehörige seiner Schule die Leere unter Beschwörung der fritzisch-fichtisch-hegelisch-bismarckischen Traditionsströme mit wortreicher Spiegelfechtere und in ständiger Kreisbewegung übertönten<sup>45</sup>, noch andere nach

stische« Usurpation mit perpetuierlicher Bindungslosigkeit kann danach als verewigter Ausnahmezustand mit einem Rechtswert und Rechtssicherheit nicht prinzipiell in Frage stellenden, wenn auch temporär während der gesellschaftlichen Umschichtung die Rechtsbindung lockernden »revolutionären« Regime scharf kontrastiert werden.

<sup>42</sup> *Herbert Krüger: Führer und Führung, 1935* (in der Tat mit dem einleitenden Bekenntnis zur »Abhängigkeit von der Sozialtheorie« *Rudolf Smends, S. 13*): Die »Absetzung und Abgrenzung« [von dem, was der Führer »nicht ist«] ... verhindert, daß der Führer um seine Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit gebracht, das heißt seiner Persönlichkeit beraubt wird ... daß der Führer das Kernstück der neuen Verfassung, der Verfassung in Bewegung, bleibt, die Mitte, von der aus die Bewegung immer wieder nach allen Richtungen hin vorwärts getragen wird ... Die Gefahren der Verallgemeinerung und Versachlichung, die der Persönlichkeit des Führers vom Gedanken her drohen, werden durch das Denken selbst überwunden. Das Durchdenken der Fragen des Führers und der Führung hat nämlich nicht mehr wie früher den Zweck ... durch ... Begriffsbestimmung Führung und Führer festzulegen ... sondern gerade alle diese Folgen des Denkens sollen verhindert werden. Das Denken hat hier die Aufgabe, das Denken von diesem Gegenstand fernzuhalten, das heißt sich selbst zu beschränken. Mit dem einfachen Ausschalten des Denkens und dem Übergang zum gedankenlosen Gefühl sind Führer und Führung nicht vor der Rationalisierung durch den Gedanken gerettet ... Dieses Weiterwirken [des Gesetzmäßigkeitsdenkens] läßt sich nicht durch einfaches Ableugnen, sondern nur durch ein entsprechendes Gegenmittel aufheben. Dieses Mittel ist das Denken selbst ... (S. 47 f.). Der Fall läßt eine enge Verbindung von Romantik, Elementen der Jugendbewegung und einem Irrationalitätsdurst etwa in der Größenordnung der in *Xenophons Anabasis* einen Fluß trocken trinkenden Heerhaufen bei einem bestimmten Teil der Weltkrieg I-Generation erkennen.

<sup>43</sup> Unfreiwillige Witzbolde von nicht sicherem Pegelstand stellten die Frage nach der weiteren Anwendungsfähigkeit von Art. 48 II WRV, um sie beispielsweise mit der Kunstlauffigur des doppelten Rittbergers zu »lösen«: Art. 48 II WRV verleiht Diktaturgewalt. Diktatur, Zeichen volksfremder Zwangsherrschaft, verträgt sich nicht mit per definitionem volksverbundener Führung (auch *Carl Schmitt* wehrt sich gegen solche Trübung spezifisch deutscher und NS-Begriffe). Der Führung stehen aber sowieso alle geeigneten erscheinenden Maßnahmen zu Gebote (*Erich Becker: Diktatur und Führung, 1935, S. 39 f.*).

<sup>44</sup> *Carl Schmitt a. a. O. S. 14.*

<sup>45</sup> So vor allem *Ernst Rudolf Huber* in zahlreichen Schriften: Praktisch ist die »neue«, »völkische« Verfassung eine »elastische Verfassung. Doch gibt es einen Kernbestand unantastbarer Ver-

Überschreiten des Höhepunktes der imperialistischen Machtentfaltung, ohne zwangsläufig einen riskanten Kollisionskurs steuern zu müssen, wieder an die effizienz-steigernde Nützlichkeit formalrechtsstaatlicher Ordnungselemente wie Kompetenzeindeutigkeit und Rechtssatzverkündung erinnern konnten<sup>46</sup>.

Auch gegenüber den Versuchen aus den eigenen Reihen der Partei, die politische Ordnung rechtlich zu fixieren, reagierte die (nur) insoweit in der Koalitionsdiktatur der Säulenspitzen von Anfang an dominierende »Bewegung« allergisch. Obwohl das von der NSDAP und ihren »Gliederungen« eingebrachte Juristenpotential winzig klein war<sup>47</sup>, hatte das Regime doch, weil die verdienstvollen »alten Kämpfer«, denen der blanke Zynismus ihrer Führung abging, nicht so kurzerhand zur pragmatischen Raison zu bringen waren, noch längere Zeit mit der Liquidierung ihrer Beiträge zum Aufbau einer genuin »nationalsozialistischen« Staats- und Rechtslehre zu tun. Mit den »alten Kämpfern« (denen für Putsch- und Stuhlbeineinsatz in der »Kampfzeit« der »Blutorden«, für Mitgliedschaft der Nummern 1 bis 100 000 in der NSDAP das »Goldene Ehrenzeichen der NSDAP« verliehen wurde), deren einschlägiger Ausstoß vielfach von einem selbst unter den gegebenen Umständen peinlichen Niveau war, mußte behutsamer verfahren werden als mit den hakenkreuzbonbonverkaufenden Krämer des Frühjahres 1933. Exemplarisch ist der Fall des (oben schon erwähnten) Dr. jur. *Helmut Nicolai*, dessen bereits 1932 (im Parteiverlag Franz Eher Nachf., München) erschienene »Rassengesetzliche Rechtslehre – Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie« nach der höchst irrigen Einschätzung des Autors »in überraschend kurzer Zeit wissenschaftliche Beachtung gefunden [hatte] und auf den deutschen Universitäten als Lehrstoff verwendet [wurde]«<sup>48</sup>.

*Nicolai*, geb. 1895, war nach mehreren Disziplinarverfahren wegen seiner politischen Betätigung im Mai 1931 aus dem Staatsdienst bei der Regierung in Oppeln ausgeschieden und hatte mit anderen aus dem öffentlichen Dienst ausgeschiedenen Beamten Beruf und Lebensunterhalt bei der Reichsleitung der NSDAP gefunden, wo er aus Dilettantismus und »völkischer« Barbarei<sup>49</sup> für

fassungsgrundsätze, die jeder Aufhebung entzogen sind: das sind die großen politischen Gedanken der nationalsozialistischen Bewegung, die im Wege der Verfassungsgesetzgebung ausgestaltet, in ihrer grundsätzlichen Geltung aber nicht erschüttert werden können« (Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 56) – und über deren Inhalt, weil »Führung« und »Bewegung« wesentliche »Grundbegriffe der Verfassung sind« (Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, 1935, S. 81 ff., 84 ff.), durch »Führung« und »Bewegung« je entschieden werden kann. Mit der »gefährlichen Nähe eines soziologischen Verfassungsbegriffs, der jede soziale Machtlage, allein weil sie existiert, schon als geltende Ordnung anerkennt« (S. 41) hat das nichts zu tun, weil von der Macht usurpation behauptet werden kann, sie sei aus dem »Recht zur Revolution« entstanden (S. 77). Das Ganze nennt sich auch – à la *Carl Schmitt* feindorientiert – »politischer Verfassungsbegriff« und ist in rätselhaft-vulgarisierter Weise einheitliche und gedoppelte Seins- (nämlich »gewachsene«, S. 19) und Sollensordnung (S. 53).

<sup>46</sup> So *Werner Weber*: Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942.

<sup>47</sup> Allerdings figurierte im Heiligenkalender der »Blutzeugen« der »Bewegung« auch ein Jurist, der beim Feldherrenhallenputsch ums Leben gekommene bayerische Richter *von der Pfordten*, auf dessen Patronat sich die ab März 1933 den NS-Formationen anfallenden beamteten und richterlichen Juristen der unteren bis mittleren Ränge gegen das abgrundtiefe Mißtrauen der »alten Kämpfer« berufen mochten (für die Ministerialränge war – über das Reichsarbeitsministerium unter *Seldte* [vgl. *Ramm*, Krit. Justiz 2/1968, S. 144] hinaus – nach der Ende 1933 für geraume Zeit feststehenden Entscheidung gegen die Fusion von Partei und Staatsbürokratie der Erwerb von NS-Mitgliedschaften vielfach nicht von ausschlaggebender Bedeutung).

<sup>48</sup> *Helmut Nicolai*: Grundlagen der kommenden Verfassung – Über den staatsrechtlichen Aufbau des Dritten Reiches, 1933. In Vorahnung von Konflikten ist die Arbeit »Adolf Hitler dem Führer des Dritten Reiches in unwandelbarer Treue« gewidmet (S. 17).

<sup>49</sup> Vorbereitet durch die Tätigkeit im »Kampfbund für deutsche Kultur« (zwei Stimmen aus der zitierenden Verlagswerbung für *Nicolais* frühere Schrift »Oberschlesien im Ringen der Völker«: »Hier bietet der »Kampfbund für deutsche Kultur« eine ... Schrift ... die erschöpfend und zu-

den Tag X der Machtübernahme lehrhafte Denkschriften, Gesetzes- und Verordnungsentwürfe fertigte. Seine »Planung für den gesamten Neuaufbau des Dritten Reiches« entbehrte keineswegs einer »bestimmten Richtung«, wie neuerdings behauptet worden ist<sup>50</sup>; auch scheiterte *Nicolai* nicht etwa nur an seiner Intention, das »dualistische Nebeneinander von Partei und Staat« durch »Verschmelzung« der NS-Formation in Reichswehr und Bürokratie aufzulösen<sup>51</sup>. Von ausschlaggebender Bedeutung für den Sturz<sup>52</sup> des zunächst zum Regierungspräsidenten in Magdeburg Ernannten, dann ins Reichsinnenministerium Berufenen (seit Februar 1934 als Ministerialdirektor Leiter der politischen Abteilung), noch bevor mit den »Nürnberger Gesetzen« einer der Hauptpunkte seiner Wunschliste in Erfüllung ging, war auch nicht die Qualität des von ihm verabreichten »völkischen« Suds<sup>53</sup>. Sein unverzeihlicher Fehler lag vielmehr darin, daß er diesen als Massenopiat geeigneten ganzen Nonsens munter in die festlegende Tat einer »neuen Verfassung« umsetzen wollte, von der gewitztere akademische Autoren noch Jahre später ein langes Ausbleiben prognostizierten<sup>54</sup>. Und in seinen Vorschlägen war nicht nur die weiche Mixtur aus dem von Oberlehrern an der blauen Kerze gewärmten VDA-Erbe, phrasenhafter *iustitia fundamentum regnorum*, Wahnvorstellungen über orientalisch-jüdische Mächte der Finsternis, Gretchenzopf, Blockflöte und -absatz usw. usw. Im Vorwort zu den »Grundlagen der kommenden Verfassung«, die auf einer parteiinternen Denkschrift von 1931 fußten, betonte *Nicolai* zwar den nichtamtlichen Charakter des Buchs; trotzdem war die konkrete Programmatik bedrängend dicht und umfassend. Es wurde nicht nur die baldige Auflösung der Partei nach der baldigen Erfüllung ihrer Aufgaben angekündigt, sondern auch von dem deutschrechtlichen Grundsatz, daß das Recht über dem Staate steht, so nachhaltig gefaselt, daß unmittelbare Folgen zu befürchten waren. Ehrengerichte (nicht etwa Haus- und Blockwarte) sollten über die Lebensführung der Reichsbürger wachen, Frauen vom germanischen Reichsbürgerrecht ausgeschlossen sein<sup>55</sup>, gar ein gestaffeltes Räte-

verlässig und nur bestens zu empfehlen ist« [*»Verbandsnachrichten für die Mitglieder des Reichsverbandes für die Katholischen Auslandsdeutschen«*]; »Die sachlich fundierte Kritik an dem Verhalten des Zentrums [!] macht das ... Buch auch zu einem Kampfmittel für unsere Bewegung ...« [*»Schlesischer Adler – Nat. Soz. Wochenblatt in Oppeln«*]].

<sup>50</sup> Gerhard Schulz in Karl Dietrich Bracher – Wolfgang Sauer – Gerhard Schulz: Die nationalsozialistische Machtergreifung – Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933/34, 2. durchges. Aufl. 1962, S. 412.

<sup>51</sup> Diesen Eindruck vermittelt die in der Wiedergabe der Fakten und der Anfeindungen *Nicolais* von Parteiseite höchst exakte Darstellung von Schulz, insbes. S. 604 ff, wonach *Nicolai* als Mann der staatlichen Bürokratie erscheint.

<sup>52</sup> *Nicolai* schied im Frühjahr 1935 aus dem Reichsinnenministerium aus, eröffnete ein Wirtschafts- und Steuerberatungsbüro in Berlin und verschwand für immer von der politischen Bühne (gest. 1955 in Marburg); Schulz a. a. O. S. 594 Anm. 44.

<sup>53</sup> Für »nordische Weltanschauung«, »Rechtsgeist des Bismarckreiches«, »männlichen Charakter eines deutschen Staatswesens« und alles sonstige »organisch Gewachsene« mit *de Lagarde & Co.* – gegen das »schmutzig-graue Gemisch von Pazifismus, Menschheitsglauben, Humanität, Geschäftsgeist, Selbsterniedrigung, Völkerverbrüderung, Ehrlosigkeit, Feigheit ... Demokratie ... Verjudung ...« (Lese aus »Grundlagen der kommenden Verfassung«).

<sup>54</sup> »Der Führer hat ... angekündigt ... und wiederholt, daß es das Ziel der nationalsozialistischen Aufbauarbeit ist, die politische Grundordnung des deutschen Volkes in einer Verfassungsurkunde feierlich abzuschließen. Das Volk selbst soll durch Abstimmung sein Bekenntnis zu dieser Verfassungsurkunde ablegen. Bis dieser Abschluß des nationalsozialistischen Verfassungsbaus erreicht sein wird, stehen die einzelnen Grundgesetze des Verfassungslebens an der Stelle der in Aussicht genommenen Verfassungsurkunde« (Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht ... S. 57).

<sup>55</sup> So weit konnte schon wegen des voraussehbaren kriegswirtschaftlichen Bedarfs an weiblichen Arbeitskräften aus sozialpsychologischen Gründen praktisch nicht gegangen werden, wenn auch *Nicolais* allgemeine Beurteilung des »Geschreis nach Frauenemanzipation als Entartungserscheinung bedenklichster Art« (Grundlagen, S. 62 f.) Gemeingut der NS-»Weltanschauung« war. Selbst die »Reichsfrauenführerin« Gertrud Scholz-Klink – dringend empfohlene Anrede: »Hohe

system (Räte gewiß nur im Sinne von führerberatenden Räten, aber immerhin!) aufgrund von *Wahlen* (Kandidatenauswahl) gebildet werden, die Reichsstatthalter – deutschrechtlich = »mit dem Schimmer der Heiligkeit«! – auch ihr Reichsland *gegenüber* dem Führer vertreten und jeder einheitsstaatliche Zentralismus ausgeschlossen sein.

Mit solchen Naivitäten konnten die eifernden *Nicolais* der ersten Garnitur, »die nicht in den Erbfehler des Liberalismus verfallen wollten, Kenntnisse vor die Erkenntnis zu stellen«, in diesem Staat keinen Staat mehr machen, wenn sie zu penetrant wurden. Sie waren denn auch nach etwa zwei Jahren kaltgestellt. In der 1933 durch *Nicolai* mit Heft 1<sup>56</sup> eröffneten Schaeffer-Reihe »Neugestaltung von Recht und Wirtschaft« waren Name und Spuren *Nicolais* allerdings endgültig erst mit der 5. – durch *Hermann Messerschmidt*<sup>57</sup> »vollkommenen neu bearbeiteten« – Auflage getilgt; und in den akademischen Hallen, in denen *Nicolai* seinen Geist wehen gewöhnt hatte, wurde seiner gelegentlich mit kurzem Achtungsschlucken als eines schon entrückten Vorläufers gedacht.

IV. In dem Film »Les jeux sont faits« gestattet die Direktion des Jenseits den aus dem Diesseits abberufenen Hauptakteuren eine Rückkehr probenhalber – und sie handeln wie vorher. Eine gültige Erfahrung? Befragen wir die Zeichen von Vergangenheit und Gegenwart der deutschen Verfassungsdoktrin eindringlich!

Unlängst ist in löblicher Absicht eine Sammlung von NS-Gesetzen herausgebracht worden<sup>58</sup>. Der Herausgeber bejaht die Bedürfnisfrage, weil ihm – immerhin – zweifelhaft ist, ob die Feststellung »Es ist aus mit der Nazi-Zeit« ganz zutrifft. Information »über jene finsternen Zeiten« hält er für nützlich »in einem Zeitpunkt, in dem sich in Deutschland wieder gewisse rechts- und linksradikale Tendenzen bemerkbar machen«. Bearbeiter und Herausgeber der Sammlung glauben, daß »die unfrisierte Wiedergabe der nationalsozialistischen Gesetze deren Teufelsfratze« und »die totale Diktatur« *Hitlers* sichtbar macht. Die »barbarisch-skandalöse Gesetzgebung« in der »Judenfrage halten sie für verwurzelt in *Hitlers* »manischem Antisemitismus«. – Man kann den Benutzern des begrüßenswerten Produkts nur wünschen, daß ihre Perspektive nicht von diesem gutmeinenden Parzivalismus getrübt wird, aber man darf es angesichts solcherart grassierender politisch und wissenschaftlich letaler Klischees leider kaum hoffen. Dabei brauchte zur Analyse der vermeintlichen »Diktatur« der Einzelperson

Fraule – deutete in einer Ansprache höchst offiziellen Charakters im Oktober 1936 zart gewissermaßen den politisch-mikroökonomischen Bezug des fraulich geleiteten Haushalts an, indem sie in den Mittelpunkt von »Verpflichtung und Aufgabe der Frau im nationalsozialistischen Staat« (Schriften der Deutschen Hochschule für Politik I – Idee und Gestalt des Nationalsozialismus – Heft 23, S. 12 f.) die Erwägung stellte: »Wie wär's, wenn wir auch hier einmal das Praktische mit dem Notwendigen verbinden und z. B. zum Gegenstand eines Reichsberufswertkampfes für Frauen die Aufstellung wunderbarer Speisezetteln machen würden mit viel Gemüse, Kartoffeln und Salaten ohne bzw. weniger Fleisch? ... dann braucht sich der Führer mit seinem ganzen Wirtschaftsstab den Kopf nicht mehr so sehr zu zerschlagen.« 1942 berichtete *Justus Wilhelm Hedemann*: »Gewiß sieht gerade der Nationalsozialismus in der Ehefrau zu allererst die Hausfrau und Mutter. Aber die Augen dürfen sich nicht verschließen vor den anderen harten Notwendigkeiten, die die Frau in einen Wirkungskreis außerhalb des Hauses hineintreiben ...« (a. a. O. S. 17). Der Anschluß an die Faktizität der Kriegswirtschaft war erreicht, der weitere Vorstoß zur Frauenwehrpflicht – infolge des jahrelangen Germanenkults – freilich »nicht mehr drin«.

<sup>56</sup> »Der Staat im Nationalsozialistischen Weltbild« (»Leitfaden des Nationalsozialistischen Staatsdenkens für Jedermann«).

<sup>57</sup> Voll firmierend als »Gaurechtsamtsleiter, Gauführer des NSRB., Lehrbeauftragter für staatspolitische Erziehung an der Universität Göttingen, Mitglied der Akademie für Deutsches Recht«.

<sup>58</sup> Gesetze des NS-Staates, zusammengestellt von *Uwe Brodersen*, mit einer Einleitung (S. 11 ff.) von *Ingo von Münch* (Gehlen-Texte, Hrsg. *Ingo von Münch*, Bd. 2), 1968.

Hitler nicht sonderlich viel nachgearbeitet werden<sup>59</sup>, und eine kurze Reflexion über den »manischen Antisemitismus« des alleinschuldigen Oberteufels könnte die Einsicht darin beflügeln, welche Rolle der total ausschöpfende exemplarische Einsatz des 2000jährigen tief im Abendland verwurzelten antisemitischen Theologumenon für eine hinreichend zynische, unanständige und antidemokratische Politik des Stimmenfangs, der paradigmatischen Auflösung des demokratischen Gleichheitsprinzips (bedarfsweise an der Ungleichheit von Männern und Frauen, Ariern und Nichtariern, Deutschen und Polen, Führern und Gefolgschaft, anständigen Deutschen und Marxisten usw. durchexerziert), der Vorbereitung und Durchführung imperialistischer Beutezüge nach innen und nach außen u. v. a. m. spielt. Man muß sich freilich dazu durchringen können, als Verfassungsjurist solche »politischen« Erkenntnisse nicht auf sich beruhen zu lassen. Das kann man nur, wenn man die Darstellung der Einseitigkeit des machtmäßig Vorhandenen nicht als Einseitigkeit – und daher »unwissenschaftlich« – mißversteht. Dies wiederum ist nur möglich, wenn man nicht nur als Bürger, sondern auch als Wissenschaftler Demokrat ist.

Kurt Sonthheimer bemerkt in einem lockeren Überblick über die politische Ideenwelt der Reichsrepublik: »Es bleibt das mögliche Mißverständnis energisch abzuwehren, die damalige Staatsrechtslehre sei generell antidemokratisch gewesen. Davon kann nicht die Rede sein, wohl aber ist sie besonders *symptomatisch* für die geistige und politische Lage der Weimarer Zeit«<sup>60</sup>. Das ist richtig, aber so – symptomatisch – verkürzt gesagt, daß Mißverständnisse der Leser nicht nur möglich, sondern sehr wahrscheinlich sind. Das besonders Symptomatische an den Staatsrechtslehrern von Weimar bestand nämlich darin, daß sie zum weitaus größeren Teil soweit nicht antidemokratisch, immerhin *als Staatsrechtler* a-demokratisch waren (was auf denselben antidemokratischen Effekt hinausläuft). Die ganz wenigen, wie zulänglich auch immer demokratischen Gelehrten, für die stellvertretend hier noch einmal Hermann Heller genannt sei, emigrierten. »Politisch« wie sie waren die antidemokratischen Gelehrten, die, wie wir am Beispiel der Carl Schmitt-Schule sehen, soweit ihr klassen- oder interessengebundener Etatismus um der interessenwahrenden technischen Rationalität willen inhaltlich nicht völlig und endgültig preisgegeben wurde, allmählich abtraten, nachdem sie ihren übergroßen Beitrag an Verfassungszerstörung geleistet hatten (»typisch nationalsozialistisch« war daran nichts). Wer von ihnen die Preisgabe ganz geleistet hatte oder als deutschnationaler Oberlehrer intellektuell nichts preiszugeben hatte, umschrieb bis zum Ende – nicht anders als die von ihm verachteten »Positivisten« und ungeachtet vielen Geredes über »revolutionäre« Legitimation bei den einen und mancher Stilverlegenheit bei den anderen – affirmativ den jeweiligen politischen status quo (auch das ist nicht »typisch nationalsozialistisch«, sondern schlechte alte, eben »positivistische« Tradition). Die expliziten Positivisten, auf reinliche Scheidung von Politik und Wissenschaft bedacht, hatten es eh am leichtesten – oder waren am hilflosesten: Sie konnten mit einigen verbalen Anreicherungen ihr Werk fortsetzen – oder aus Gründen des Anstands verstummen. Wie sehr der Antiliberalismus der Smendschen Schule »richtig lag«, bedarf kaum der Ausführung. Alles in allem: Reinhard Höhns

<sup>59</sup> So könnte man sich anstelle der oben genannten größeren Arbeiten zur Einführung etwa mit 20 Druckseiten von Otto Kirchheimer: *The Legal Order of National Socialism, Studies in Philosophy and Social Science IX* (1941), S. 456 ff., jetzt auch in *Selected Essays*, S. 88 ff., begnügen.

<sup>60</sup> Kurt Sonthheimer: *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik – Die politischen Ideen des deutschen Nationalismus zwischen 1918 und 1933* (Studienausg.), 1968, S. 64.

Resümé ist nicht von der Hand zu weisen: »Die Aufsätze und Veröffentlichungen, die von staatsrechtlicher Seite nach der Nationalen Revolution erschienen sind, enthalten zwar die Vokabeln der neuen Zeit in weitgehendem Maße: Gemeinschaft, Führer, Volksgemeinschaft, Rasse, Blut und Boden. Wenn es aber darauf ankommt, staatsrechtlich nunmehr diese neuen Prinzipien zur Auswirkung zu bringen, geht man weiter in den bisherigen Gedankenbahnen...«<sup>61</sup>. Die von ihm erstrebte »Wandlung im staatsrechtlichen Denken«, mit der durch Auflösung der juristischen Staatsperson dem hektischen Irrationalismus der »Bewegung« weiterer Vorschub geleistet werden sollte, war indes selbst alles andere als neu, vielmehr – *Höhn* hatte seinen politischen Ausgang vom Jungdeutschen Orden genommen – schiere (Neo-) Romantik der Staatslehre. Diese enorm popularisierungsfähige und popularisierte biedermeierliche Ideenwelt war auch der fruchtbarste Boden für die weite Verbreitung des Glaubens an den Führer als Transsubstantiation des Volkes, Sammelpunkt der unreflektierten Restbestände eines pervertierten demokratischen Bewußtseins: Im Führer konnte das Volk sich – mit allen Attributen des Personenkults – selbst verehren<sup>62</sup>. Diesen Vorhang zerreißen wollten die Antidemokraten und konnten die A-Demokraten unter den deutschen Staatsrechtlern im Lande nicht; und somit unterblieb, was jedenfalls in den Anfängen des NS-Regimes als wahre Widerstandsleistung dieser Wissenschaft möglich gewesen wäre.

*Rudolf Smend*, der immer ein großer Gelehrter gewesen ist und dessen Integrationslehre am Ausgang von Weimar objektiv eine so verhängnisvolle Rolle der Mitverhinderung einer demokratischen Staatstheorie gespielt hat, konstatiert – und erweist sich damit auch als ein großer Humanist –, daß die – dadurch demokratische – Staats- und Verfassungslehre »am Menschen in seiner gesellschaftlichen, politischen Lage« einsetzen muß (wofür die Weichen des Jahres 1867 fehlgestellt wurden), daß das Staats- und Rechtsdenken in der Bundesrepublik indes »zu keiner befriedigenden Theorie der Demokratie als Kernstruktur der Verfassung gelangt ist. Ein Schmerzenskind der deutschen Staatstheorie ist die Demokratie allerdings überhaupt.«<sup>63</sup> Die bundesdeutsche Verfassungsdoktrin kann für sich zwar in Anspruch nehmen, technisch insgesamt und auf wichtigen Einzelfeldern, etwa des Verwaltungsrechtsschutzes und der verfassungsrechtlichen Durchdringung des Verwaltungsrechts überhaupt, auch inhaltlich respektable Leistungen der Praxisbeeinflussung vollbracht zu haben. Gleichzeitig hat sie jedoch ihren zentralen Auftrag – die Entwicklung einer demokratischen Verfassungstheorie – verfehlt, weil sie sich aus der hundertjährigen Gefangenschaft in den Türmen des politischen Schweigens nicht befreien konnte und wollte. Deshalb zerrinnt ihr der *zentrale* Gegenstand, die Verfassung selbst – welche heute in einer rapiden Transformation der Entdemokratisierung begriffen ist, die nach (faktischen und strategischen) Fehlern der Vergangenheit nicht mehr mit den primitiven Mitteln pauschalster Exekutivermächtigungen vollzogen wird – ungreifbar zwischen ihren Fingern. Heute wie früher bezieht sie den in einer geschichtlichen Stunde nicht erkannten Wahrheit von hoher Warte proklamierten »Appell an das deutsche Gewissen« des Volkes<sup>64</sup> auch auf sich selbst.

<sup>61</sup> *Reinhard Höhn*: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, 1934, S. 15; *ders.*: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935 – für die Ablösung der ersten durch die letztere, *ders.*: Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit, 1936 – für die romantische Überhöhung der national-liberal versetzten einfachen Romantik Gierkes.

<sup>62</sup> »... dem Führer einmal ins Auge sehen dürfen« (speziell für Frauen); »... wenn das der Führer wüßte« (speziell für – rechtschaffen-»realistische« – Männer).

<sup>63</sup> *Rudolf Smend*: Deutsche Staatsrechtswissenschaft vor hundert Jahren und heute, in Festschr. f. *Adolf Arndt*, 1969, S. 451 ff. (460).

<sup>64</sup> »Das Endziel – ich betone, das ausgesprochen konservative Endziel der deutschen Revolution

Das zulässige Maß an Hoffnung bestimmt sich heute im wesentlichen nach der Maßgabe dieses Befundes; denn die rechtsstaatliche Durchdringung des öffentlichen Rechts kann mit dem Transformationsprozeß der Verfassung nicht Schritt halten.

243

ist die Entpolitisierung des deutschen Volkes . . . Proletarisierung, Demokratisierung, Politisierung sind verschiedene Worte für den nämlichen Zustand. Ein Volk soll politisch sein, aber nicht politisiert. Völker, die durchpolitisiert sind, verfallen immer in chronische innere Kämpfe, Bürgerkrieg, Chaos und Ohnmacht. Völker mit einer stabilen Herrschaft hingegen setzen sich in der Geschichte durch« (*Franz von Papen: Appell an das deutsche Gewissen – Reden zur nationalen Revolution, 1933, S. 103*).