

## Recht und Rechtspflege im Nationalsozialismus<sup>1</sup>

### I

Recht und Rechtspflege im Nationalsozialismus – ein anspruchsvolles Thema, das in einem kurzen Referat gewiß nicht erschöpfend zu bearbeiten ist.

Die Problematik beginnt bereits mit den Begriffen Nationalsozialismus oder Faschismus, wobei diese Verklammerung schon umstritten ist<sup>2</sup>. Nach der sozialistischen Theorie, beispielsweise, ist Faschismus die Verschwörung von Großkapital mit Mittelklasse und Kleinbürgertum gegen die Arbeiterklasse zum Zwecke der Machtausübung oder Machterhaltung und Beherrschung der Arbeiterklasse. Von einem solchen Ansatzpunkt her wird, wer Recht und Rechtspflege im Nationalsozialismus untersucht, diese Theorie verifizieren wollen und das Thema etwa im Hinblick auf den Begriff der Klassenjustiz untersuchen. Klassenjustiz ist nicht Rechtsbeugung und auch nicht politische Justiz<sup>3</sup>; Klassenjustiz<sup>4</sup> bedeutet, daß die Rechtsprechung eines Landes einseitig von den Interessen und Ideologien der herrschenden Klasse beeinflusst wird, so daß trotz formaler Anwendung des Gesetzes die unterdrückte Klasse durch die Handhabung der Justiz beeinträchtigt wird. Für den Marxisten ist die Existenz der Klassenjustiz lediglich eine Erscheinungsform der auf allen politischen Gebieten durch einen nichtsozialistischen Staat garantierten Herrschaft der kapitalistischen Klasse. Auf dem Gebiet der Rechtsprechung wirkt diese Herrschaft nur deshalb besonders kraß, weil die Justiz sich mit dem Nimbus umgibt und umgeben muß, daß sie über den Klassen schwebt, zu einer vorurteilslosen, objektiven Rechtsprechung in der Lage ist oder, anders formuliert, nur vorgibt, Gerechtigkeit zu verwirklichen.

Für den liberal-demokratischen Ansatz, den wir im folgenden unterstellen wollen, ist der Begriff des Totalitarismus<sup>5</sup> wesentlich, der Nationalsozialismus und Faschismus und schließlich auch Sozialismus gleichermaßen in einen Klassifikationszusammenhang bringt. Insofern

1 Vortrag, gehalten anlässlich der Studententagung des Geschichtsvereins und der Akademie der Diözese Rottenburg-Stuttgart in Weingarten am 11. Oktober 1982.

2 Vgl. zu den Begriffen Nationalsozialismus, Faschismus, Totalitarismus KARL DIETRICH ERDMANN, Die Zeit der Weltkriege, in: GEBHARDT, Handbuch der deutschen Geschichte, Band IV/2, 9. Aufl., Stuttgart 1976, 360–370. KARL DIETRICH BRACHER, Zeitgeschichtliche Kontroversen um Faschismus, Totalitarismus, Demokratie, München 1976. DIETER ALBRECHT, Zum Begriff des Totalitarismus, in: Geschichte in Wissenschaft und Unterricht, 26, 1975, S. 135–141. Grundlegend zum Begriff des Nationalsozialismus HANNAH ARENDT, Elemente und Ursprünge totalitärer Herrschaft, Frankfurt a. M. 1955. ERNST FRAENKEL, Der Doppelstaat, 1974. FRANZ L. NEUMANN, Behemoth. The structure and practice of national socialism, London 1942.

3 Vgl. dazu OTTO KIRCHHEIMER, Politische Justiz, Neuwied/Berlin 1965. OTTO KIRCHHEIMER, Politische Justiz, in: Funktionen des Staats und der Verfassung, zehn Analysen (Edition Suhrkamp 548), Frankfurt a. M. 1972, S. 143–185.

4 ERNST FRAENKEL, Zur Soziologie der Klassenjustiz, in: Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–1932, Neudruck Darmstadt 1968; das Zitat S. 37.

5 ERDMANN (oben Anm. 2) S. 365.

sind alle diese Erscheinungsformen totalitärer Herrschaft die Verneinung demokratisch-rechtsstaatlicher Prinzipien, und es wird im folgenden darum gehen, Recht und Rechtsprechung im Nationalsozialismus zu diesen Prinzipien ins Verhältnis zu setzen.

Dann die Begriffe: Recht und Rechtspflege. Die eingangs zitierte allgemeine marxistische Justizkritik – aus dem Jahre 1927, also auf Weimarer Verhältnisse bezogen – meint doch offenbar, daß die Justiz sich zu Unrecht mit dem Nimbus umgibt, über den Dingen zu schweben und vorurteilslose objektive Rechtsprechung zu üben, daß sie in Wirklichkeit aber von der Gerechtigkeit weit entfernt und eigentlich nichts anderes sei als ein ideologisch verkapptes Herrschaftsinstrument – genau das, was wir, um das Ergebnis vorwegzunehmen, von Recht und Rechtspflege im Nationalsozialismus und auch in sozialistischen Staaten sagen.

Damit sind wir schon mitten im Dilemma, genauer: beim Dualismus von Recht beziehungsweise Rechtspflege einerseits und Gerechtigkeit andererseits. Dies ist ein fundamentales und letztlich wohl ungelöstes Problem, an dem auch unsere heutige demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung nicht vorbeikommt.

Dieses Problem müssen wir erkannt haben, wenn wir über Recht im Nationalsozialismus sprechen, und hierzu ist kurz vorzuschicken: Rechtstheoretisch sind im wesentlichen zwei rechtsphilosophisch begründete Strömungen zu unterscheiden, nämlich die naturrechtliche und die rechtspositivistische<sup>6</sup>: Nach der naturrechtlichen Lehre ist das Recht – als verbindliche Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen – in der Natur des Menschen beziehungsweise in seiner Vernunft begründet. Danach sind alle Menschen mit der gleichen Weltvernunft begabt, und deshalb ist das aus der Vernunft fließende und aus reiner Vernunft erkennbare Recht für alle gleich, von Raum und Zeit unabhängig und unabänderlich. Danach gibt es also eine vorgegebene objektive Gerechtigkeit.

Das Problem des Naturrechts ist zunächst das der Legitimität: Lassen sich aus der Natur des Menschen oder aus der Natur der Sache wirklich objektive Gerechtigkeitsmaßstäbe ableiten – die Natur des Menschen kann ja auch unvernünftig, schlecht und ungerecht sein? Unterstellt man hier nicht bereits bestimmte Wertvorstellungen, also ein Bekenntnis, das dann als angeblich rechtliche Erkenntnis deduziert wird?

Das zweite Problem ist das der Geltung: Können Grundsätze der Gerechtigkeit gelten, unabhängig von positiver Setzung? Können solche Grundsätze durch positives Recht, also förmliches Gesetz, außer Kraft gesetzt werden? Ist positives Recht, das in Widerspruch zu solchen Grundsätzen steht, unverbindlich? – Naturrechtslehre im Sinne der legitimierenden Berufung auf überpositive Gerechtigkeitsvorstellungen ermöglicht es, eine bestehende Verfassungs- und Rechtsordnung a) zu konservieren und b) aber auch umzustürzen.

Anders die Lehre des Rechtspositivismus, derzufolge sich der Rechtsbegriff erschöpft im positiven Recht – also im förmlichen Gesetz, welches kraft staatlicher Macht Geltung besitzt. Eine überpositive Gerechtigkeitsvorstellung gehört danach also nicht zum Rechtsbegriff.

Ein Geltungsproblem hat der Rechtspositivismus nicht – aber das Legitimationsproblem: Ist es wirklich möglich, allein aus dem Wortlaut des Gesetzes mit rein intellektuellen Mitteln ohne eigene Wertung die Antwort auf eine Rechtsfrage zu ermitteln, wie der Rechtspositivismus das behauptet? Kann ein förmliches und kraft staatlicher Macht geltendes Gesetz auch dann als Recht anerkannt werden, wenn es unseren Gerechtigkeits- und Moralvorstellungen eindeutig widerspricht?

Wegen der ausschließlich formalen Definition einerseits, der Abhängigkeit des Rechts von staatlicher Macht andererseits wirkt der Rechtspositivismus danach konservierend, und leugnet er ein Widerstandsrecht, muß er den gelungenen Staatsstreich jedoch anerkennen.

6 Vgl. zu Naturrecht und Rechtspositivismus MAX MÜLLER ET AL., Art. »Naturrecht«, in: Staatslexikon, Band 5, Freiburg 1960, Sp. 929–984. ERNST V. HIPPEL, Art. »Rechtspositivismus«, in: Staatslexikon, Band 5, Freiburg 1960, Sp. 674–679, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

Lassen Sie mich aus der Sicht eines Rechtsanwalts, der nicht über die Höhen der Rechtsphilosophie wandelt, sondern sich seit Jahren in den Niederungen forensischer Praxis abplagt, noch folgendes anmerken: Jedenfalls das Recht, mit dem wir es in der Praxis zu tun haben, ist eine sehr menschliche, durchaus relative und mitunter unzulängliche, vor allem aber eine höchst politische Sache: Gesetze werden schließlich in den Parlamenten gemacht, das heißt, es sind Mehrheitsentscheidungen beziehungsweise demokratische Kompromisse mehr oder weniger kompetenter Berufspolitiker, die ihre nach der jeweiligen Couleur unterschiedlichen oder sogar entgegengesetzten politischen Vorstellungen und Programme zur Geltung – das heißt in Gesetzesform – bringen wollen. Wenn Sie sich manches Gesetzeswerk ansehen, kommen Ihnen in der Tat Zweifel daran, daß alle Menschen mit der gleichen objektiven Weltvernunft ausgestattet sein sollen.

Die Rechtsanwendungspraxis, das heißt die Rechtsprechung, ist keineswegs objektiver. In einer richterlichen Entscheidung wirken genauso politische Anschauungen und persönliche Wertvorstellungen mit, und als Praktiker macht man sehr schnell die Erfahrung, daß sich eine Rechtsentscheidung eigentlich nur sehr selten klar und eindeutig, juristisch und logisch zwingend, direkt aus dem Gesetzeswortlaut deduzieren ließe. Wenn Sie nur ein einziges Beispiel – unter einer Vielzahl – hierfür haben wollen: Ob ein Boykott bei der Bezahlung von städtischen Stromrechnungen, motiviert durch eine Ablehnung der Atomkraft, rechtens ist oder nicht, steht, genau besehen, weder im Bürgerlichen Gesetzbuch, noch in verwaltungsrechtlichen Vorschriften, geschweige denn im Grundgesetz. Die Richter werden je nach der politischen Einstellung entscheiden und zur Begründung eines Urteils jeweils unterschiedliche rechtliche Argumente aufsuchen und ohne jeden Zweifel auch finden.

Bei diesen Ausführungen ging es mir weniger um eine Skizze des rechtstheoretischen Hintergrunds als darum, deutlich zu machen, daß Recht und Gerechtigkeit in der Rechtstheorie und in der Rechtspraxis keineswegs objektive, eindeutige und klare Sachen sind, wie dies von Nichtjuristen gemeinhin wohl angenommen wird. Der Relativität, Bedingtheit und Unsicherheit des Rechts sollten wir uns bewußt sein, wenn wir uns nun im folgenden dem Recht im Nationalsozialismus zuwenden.

## II

Dem Nationalsozialismus war eine theoretisch durchdachte, philosophisch begründete und praktisch konsequent angewendete Rechtstheorie von vornherein fremd<sup>7</sup>. Seine Rechtsauffassung wurde im wesentlichen bestimmt durch die Ablehnung jeder überpositiven Rechts- und Gerechtigkeitsidee, ebenso wie durch die Nichtanerkennung auch des formalen Geltungsanspruchs des Gesetzes. Aus diesem Grunde ist es, trotz anderslautender Ankündigungen, weder zur Durchführung großer gesetzgeberischer Reformvorhaben noch zur Proklamation einer neuen nationalsozialistischen Verfassung gekommen. Indem der Nationalsozialismus jede Selbstbindung an Recht und Gesetz zurückwies und als überwundenen Normativismus

<sup>7</sup> Eine nationalsozialistische Rechtstheorie kann insbesondere nicht aus Punkt 19 des Parteiprogramms der NSDAP (*Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht*) hergeleitet werden; ebenso unzulänglich die Erläuterungsversuche bei HELMUT NICOLAI, *Die rassengesetzliche Rechtslehre*, München 1933, S. 7. Zu den Versuchen der Begründung einer nationalsozialistischen »Rechtstheorie« vgl. z. B. HANS HELMUT DIETZE, *Naturrecht in der Gegenwart*, Bonn 1936. ERNST RUDOLF HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Aufl., Hamburg 1942. CARL SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg o. J. Zur nationalsozialistischen Rechtsvorstellung vgl. im übrigen KLAUS ANDERBRÜGGE, *Völkisches Rechtsdenken, Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin 1978. DIETRICH KIRSCHENMANN, *Gesetz im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des Nationalsozialismus*, 2. Aufl., Hamburg 1970. BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte*

diskreditierte, erweist sich seine Rechtsanschauung als Rechtsfeindlichkeit<sup>8</sup>, nationalsozialistisches Recht als Willkür, als Unrecht im umfassenden Sinne der Verneinung jeder normativen Bindung. Die Auflösung der normativen Bindungen der staatlichen Gewalt, auf die wir nachher noch zu sprechen kommen werden, wurde zutreffend als Perversion der Rechtsordnung<sup>9</sup> bezeichnet.

Die Hervorhebung eines Dualismus von Recht und Gesetz durch nationalsozialistische Rechtslehrer und Parteijuristen<sup>10</sup>, die Berufung auf übergesetzliche Rechtsquellen wie Führer, Rasse, Volk, Blut, Erbe, Gemeinschaft, Volksseele, Ehre, Lebensrecht und so weiter bedeutete entgegen dem ersten Anschein keineswegs, daß der Nationalsozialismus eine vorausgesetzte, überpositive, auch den Staat verpflichtende materielle Rechtsidee anerkannt hätte<sup>11</sup>. Schon die Irrationalität der neuen Rechtsvorstellungen hätte rechtswissenschaftliche Begriffsbildung und Interpretation herkömmlicher Art allenfalls unter den größten Schwierigkeiten zugelassen. Entscheidend aber ist, daß eine inhaltliche Bestimmung der in mystisches Dunkel gehüllten Rechtsurquellen überhaupt nicht beabsichtigt und deshalb auch niemals versucht wurde: *Der Nationalsozialismus denkt nicht abstrakt und schablonenhaft. Er ist ein Feind allen normativistischen und funktionalistischen Machens. Er sichert und pflegt jede echte Volkssubstanz, wo er sie trifft, in Landschaft, Stamm oder Stand*<sup>12</sup>. – *Der Versuch, das Verhältnis dieser Rechtsquellen und ihre Maßgeblichkeit für den Richter tatbestandmäßig [das heißt also: gesetzlich] festzulegen, würde einen Rückfall in das zu überwindende normativistische Denken darstellen*<sup>13</sup>.

Die Formeln von Rasse, Boden, Arbeit, Reich und Ehre als Quellgrund allen Rechts erweisen sich damit als bloße Leerformeln mit der Funktion, einen möglichen Konflikt zwischen neuer Rechtsidee und positivem Recht, also zwischen Volksempfinden und politischer Führung, von vornherein zu unterlaufen. Diesem Ziel diene auch das Bemühen der nationalsozialistischen Rechtslehrer, die Identität von Rechtsvorstellungen und positivem Recht zu behaupten: *Das Recht als Konkretion des völkischen Rechtsgeistes ist Idee und Wirklichkeit in einem. Das darf nicht so verstanden werden, als ließen sich diese beiden Momente irgendwie voneinander trennen, oder als würden sie nur nachträglich im Begriffe des*

Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968. MICHAEL STOLLEIS, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974. 1979 erschien in Frankfurt, hrsg. von der Redaktion Kritische Justiz, ein Sonderheft der Kritische(n) Justiz: »Der Unrechts-Staat. Recht und Nationalsozialismus« mit folgenden Beiträgen: OTTO KIRCHHEIMER, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (S. 9–23); HELMUT RIDDER, Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates (S. 24–46); INGEBORG MAUS, Zur »Zäsur« von 1933 in der Theorie Carl Schmitts (S. 47–58); BERNHARD BLANKE, Der deutsche Faschismus als Doppelstaat (S. 59–81); THILO RAMM, Nationalsozialismus und Arbeitsrecht (S. 82–94); RODERRICH WAHSNER, Die Deutsche Rechtsgeschichte und der Faschismus (S. 95–104); ALEXANDER v. BRÜNNECK, Die Justiz im deutschen Faschismus (S. 108–122).

8 Vgl. etwa die Äußerungen Hitlers bei HENRY PICKER, Hitlers Tischgespräche im Führerhauptquartier, 3. Aufl., Stuttgart 1976, S. 175, 199, 223, 393, 467, und Görings, Himmlers und Lays bei RÜTHERS (oben Anm. 7) S. 108–110.

9 FRITZ v. HIPPEL, Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen 1955.

10 REINHARD HÖHN, Volk, Staat und Recht, in: REINHARD HÖHN–THEODOR MAUNZ–ERNST SVOBODA, Grundfragen der Rechtsauffassung, München 1938, S. 15, 19. HELMUT NICOLAI, Die rassengesetzliche Rechtslehre, München 1933, S. 33. DIETZE (oben Anm. 7).

11 Anders nur (insoweit Außenseiter) NICOLAI, S. 35. HEINRICH LANGE, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934, S. 37f. Ein anschauliches Beispiel eines derartigen, untauglichen, Versuches vermittelt insbesondere die Arbeit von ADOLF KLÖCKNER, Das Grundrecht der Religionsfreiheit im nationalsozialistischen Staat, Jur. Diss., Hamburg 1937.

12 CARL SCHMITT (oben Anm. 7) S. 23.

13 KARL MICHAELIS, Wandlungen des deutschen Rechtsdenkens seit dem Eindringen des fremden Rechts, in: KARL LARENZ, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 59.

*Rechts vereinigt. Die Idee ist hier nicht als ein abstraktes Prinzip oder gar als eine bloße Vorstellung zu verstehen, sondern als die schöpferische Macht eines lebendigen Volksgeistes; die Wirklichkeit wiederum nicht als ein äußerliches Dasein, sondern als die Erscheinung der Idee, als Konkretion. Der Begriff einer konkreten Ordnung kann nur in dieser Weise verstanden werden*<sup>14</sup>. Dadurch wurde der zuvor postulierte Dualismus von Gesetz und Recht für das nationalsozialistische Recht praktisch wieder aufgehoben<sup>15</sup>.

Um einen gleichartigen Vorgang handelt es sich bei der zeitgenössischen Interpretation des Führertums<sup>16</sup>. Den potentiellen Widerspruch zwischen Recht und politischer Führung zu überbrücken, diente die behauptete Identität von Rasseseele, Volksgeist und so weiter und Führertum: In der Person und in den Entscheidungen des Führers allein konkretisierten sich Volksgeist und *wahrer Wille* des Volkes; nur der Führer war auserwählt, den absoluten Geist des Volkes, seine ewigen Werte zu erkennen und zu verwirklichen. Der Führer galt deshalb nicht als Vertreter oder Repräsentant des Volkes, nicht als Organ des Staates im Sinne eines bloß ausführenden Handlungsträgers. *Er ist vielmehr selbst Träger des völkischen Gemeinwillens; in seinem Willen tritt der Volkswille in die Erscheinung. Er wandelt das bloße Gefühl des Volkes in einen bewußten Willen*<sup>17</sup>.

Im Konflikt zwischen Volkswillen und Führerwillen steht Führerwille für Recht und richtige Entscheidung, denn *es ist zu unterscheiden zwischen dem angeblichen Volkswillen der parlamentarischen Demokratie, in dem sich nur der Widerstreit der sozialen Interessen widerspiegelt, und dem wahren Volkswillen des Führerreichs, in dem sich der Gesamtwille einer echten politischen Einheit kundgibt*<sup>18</sup>.

Daß Führerwille und Recht inhaltsgleich waren, wurde zurückgeführt auf die *Einmaligkeit der Persönlichkeit des Führers*<sup>19</sup>, auf sein *Genie*<sup>20</sup>, auf seine *angeborene Befähigung zur politischen Führung*<sup>21</sup>, sollte auf dem Umstand beruhen, daß der Führer nicht von einer irdischen Instanz, sondern von einer *höheren Macht*<sup>22</sup>, nämlich der Vorsehung<sup>23</sup>, berufen worden war.

Auch der Versuch Carl Schmitts, eines gewiß bedeutenden Strafrechtslehrers, Führertum auf der Grundlage der Artgleichheit zwischen Führer und Gefolgschaft zu klären, blieb in Wirklichkeit in der Verunklärung stecken<sup>24</sup>. Führen, so Carl Schmitt, sei weder Kommandieren noch Diktieren noch zentralistisch-bürokratisches Regieren oder irgendeine beliebige Art des Herrschens, wie auch keines der Bilder und Vergleiche, die das Verhältnis von Herrscher und Beherrschten anschaulich machten, das treffen könne, was unter politischer Führung im wesentlich deutschen Sinne des Wortes zu verstehen sei: *Es ist bezeichnend, daß überhaupt jedes Bild versagt und jedes treffende Bild zugleich schon mehr als ein Bild oder Vergleich, sondern eben schon Führung in der Sache selbst ist. Unser Begriff ist eines vermittelnden Bildes oder eines*

14 KARL LARENZ, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, Berlin 1935, S. 156.

15 Ebenso HÖHN (oben Anm. 10) S. 13.

16 HUBER (oben Anm. 7) S. 194. OTTO KOELLREUTTER, Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935, S. 130. HANS FRANK, Der Führer und das Recht, in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1937, S. 289.

17 HUBER (oben Anm. 7) S. 196.

18 HUBER (oben Anm. 7) S. 195.

19 LANGE (oben Anm. 11) S. 37.

20 FRANZ ARTHUR MÜLLEREISERT, Die Dynamik des revolutionären Staatsrechts, des Völkerrechts und des Gewohnheitsrechts, München 1933, S. 21.

21 HELMUT NICOLAI, Der Staat im nationalsozialistischen Weltbild, Leipzig 1934, S. 37.

22 FRANK (oben Anm. 16) S. 289.

23 KIRSCHENMANN (oben Anm. 7) S. 56.

24 KIRSCHENMANN (oben Anm. 7) S. 56.

repräsentierenden Vergleichs weder bedürftig noch fähig. Es ist ein Begriff unmittelbarer Gegenwart und realer Präsenz<sup>25</sup>.

Deutlicher formulierte hingegen Ernst Rudolf Huber: *Die Führergewalt ist umfassend und total; sie vereint in sich alle Mittel der politischen Gestaltung; sie erstreckt sich auf alle Sachgebiete des völkischen Lebens. Die Führergewalt ist nicht durch Sicherungen und Kontrollen, durch autonome Schutzbereiche und wohlerworbene Einzelrechte gehemmt, sondern sie ist frei und unabhängig, ausschließlich und unbeschränkt. Sie ist frei von allen äußeren Bindungen, weil sie im inneren ihres Wesens aufs stärkste gebunden ist an das Schicksal, an das Wohl, an die Aufgabe, an die Ehre des Volkes*<sup>26</sup>.

Die Entscheidung über das Schicksal, das Wohl, die Aufgabe, die Ehre des Volkes war aber ausschließlich Sache der politischen Führung.

Weil der Nationalsozialismus die Identität von Rechtsvorstellung und positivem Recht behauptete, weil er Rechtsetzung als Teil der totalen, unbeschränkten Führergewalt begriff, bedeutete ihm jede verbindliche Willensäußerung des Führers zugleich Recht und Gesetz, fielen Recht und Gesetz im Führerwillen zusammen: Recht und Gesetz waren eins, Gesetz war Wille des Führers, Wille des Führers war Recht<sup>27</sup>.

Das nationalsozialistische Rechtsverständnis mündet also, trotz entgegengesetzter Beteuerungen<sup>28</sup>, in einen inhaltslosen Positivismus des Führerwillens<sup>29</sup>, denn *wo er gesprochen hat, ist der Inhalt des völkischen Rechts mit unbedingter Verbindlichkeit festgestellt*<sup>30</sup>. Das Fehlen inhaltlich bestimmter und bestimmbarer materialer Rechtsvorstellungen weist zugleich hin auf die ausschließlich politisch-instrumentale Bedeutung des Rechts im Nationalsozialismus. Recht war danach nur ein Mittel zur Verwirklichung der nationalsozialistischen Weltanschauung: *Die nationalsozialistische Rechtsanschauung ist in der nationalsozialistischen Weltanschauung enthalten. Sie ist die nationalsozialistische Weltanschauung in ihrem Bezug auf das Recht. Das Recht kann umgekehrt seine Aufgabe, das menschliche Zusammenleben zu ordnen, nur erfüllen, wenn es weltanschaulich durchdrungen ist*<sup>31</sup>.

Begriffswesentliches Merkmal der Weltanschauung war ihre Totalität: *Schon im Wort Weltanschauung liegt die feierliche Proklamation des Entschlusses, allen Handlungen eine bestimmte Ausgangsauffassung und damit sichtbare Tendenz zugrunde zu legen. Sie ist der Ausgangspunkt für die Stellungnahme zu allen Entscheidungen und Vorgängen des Lebens und damit ein bindendes und verpflichtendes Gesetz für jedes Wirken*<sup>32</sup>. Diese Totalität bedeutete, daß es *grundsätzlich keine Erscheinung des öffentlichen und des privaten Lebens (gibt), die den Staat nichts angeht. An alle Dinge wird als Maßstab angelegt, ob sie dem Volk nützlich sind. Es gibt keinen Lebenskreis, der pflichtlos ist. Es gibt keine Lebenssphäre, an der der Staat kein Interesse nimmt*<sup>33</sup>.

Der Inhalt der nationalsozialistischen Weltanschauung war gleichermaßen unbestimmt und unklar. Zum Parteiprogramm der NSDAP, einer wichtigen Erkenntnisquelle für Wesen und Ziel des Nationalsozialismus neben dem Buch *Mein Kampf*, bemerkte Hitler<sup>34</sup>, daß es nicht auf

25 SCHMITT (oben Anm. 7) S. 42.

26 HUBER (oben Anm. 7) S. 230.

27 HUBER (oben Anm. 7) S. 240. KOELLREUTTER (oben Anm. 16) S. 56.

28 LANGE (oben Anm. 11) S. 20. KOELLREUTTER (oben Anm. 16) S. 54.

29 KIRSCHENMANN (oben Anm. 7) S. 53.

30 HUBER (oben Anm. 7) S. 244.

31 G. K. SCHMELZEISEN, *Das Recht im nationalsozialistischen Weltbild*, 3. Aufl., Leipzig 1936, S. 7.

32 Adolf Hitler anlässlich des Reichsparteitages 1933, zit. nach SCHMELZEISEN (oben Anm. 31) S. 7.

33 HELMUT NICOLAI, *Der Staat im nationalsozialistischen Weltbild*, Leipzig 1934, S. 25.

34 Äußerung Adolf Hitlers, zit. bei HERMANN MESSERSCHMITT, *Das Reich im nationalsozialistischen Weltbild*, 5. Aufl., Leipzig 1940, S. 34. Vgl. auch ADOLF HITLER, *Mein Kampf*, 815–819. Aufl., München 1943, S. 511, und JOSEPH GOEBBELS, *Wesen und Gestalt des Nationalsozialismus*, Berlin 1934, S. 11.

den *Buchstaben des Parteiprogramms*, sondern darauf ankomme, daß für das deutsche Volk das Richtige getan werde, und von Hermann Göring stammt der Stoßseufzer: Wollte Gott, es hätte das Parteiprogramm der NSDAP niemals gegeben.

Der Abneigung gegen ideologische und programmatische Festlegung entsprach die Ablehnung jeder rechtlichen und normativen Bindung. Den ausschließlich instrumentalen Charakter des Rechts formulierte Hitler selbst so: *Recht ist Mittel der Beherrschung. Recht ist die in Regeln gebrachte Herrschaftsausübung*<sup>35</sup>. In Anlehnung an den von Hannah Arendt geprägten Begriff der *geplanten Strukturlosigkeit*<sup>36</sup> läßt sich die Rechtsvorstellung des Nationalsozialismus definieren als die geplante Rechtlosigkeit.

Für den positiven Rechtszustand, dem wir uns damit zuwenden wollen, hatte dies alles aus nationalsozialistischer Sicht folgende Konsequenzen: Die Weimarer Verfassung hatte Rang und Geltung als rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens, als Grundgesetz, verloren<sup>37</sup>. Sie galt, wie der gesamte überkommene Gesetzesbestand überhaupt, durch die nationalsozialistische Revolution für überwunden. Hierfür berief man sich einerseits auf angeblich überpositive objektive Gerechtigkeitsvorstellungen, in allerdings, wie erwähnt, nur pseudo-naturrechtlicher Methode, konnte andererseits aber auch zurückgreifen auf eine schon ältere Lehre von der *normativen Kraft des Faktischen*, das heißt, auf die Theorie von der rechtserzeugenden Kraft erfolgreicher Revolutionen<sup>38</sup>, die seinerzeit von der noch jungen Weimarer Republik selbst zur eigenen Legitimation bemüht worden war<sup>39</sup>: *Der durch die Umwälzung [von 1919 nämlich] geschaffenen neuen Staatsgewalt kann die staatsrechtliche Anerkennung nicht versagt werden, denn die Rechtswidrigkeit ihrer Begründung steht dem nicht entgegen, weil die Rechtmäßigkeit der Begründung kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt ist*<sup>40</sup>.

Nun konnte auch ein Staat, der sich als revolutionär verstand, nicht durch einen einzigen revolutionären Akt die gesamte positive Rechtsordnung aufheben, um hierdurch rechtliches Vakuum herbeizuführen. Er mußte vielmehr, um zunächst überhaupt regieren zu können, die überkommenen Strukturen erhalten, um diese nach und nach in seinem Sinne abzuändern. Der mit dem revolutionären Akt notwendig verbundene Zustand rechtlichen Vakuums wurde deshalb verkürzt auf eine juristische Sekunde: Kaum war die positive Rechtsordnung revolutionär beseitigt, wurde sie, soweit sie mit dem neuen revolutionären Geist vereinbar war, wieder in Kraft gesetzt<sup>41</sup>. Das heißt im Klartext, daß alte Gesetze fortgalten unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit der nationalsozialistischen Weltanschauung.

Die alten Gesetzeswerke hatten also einen Bedeutungswandel erfahren und waren künftig

35 Äußerung Adolf Hitlers, zit. bei HERMANN RAUSCHNING, Gespräche mit Hitler, Wien 1973, S. 190.

36 ARENDT (oben Anm. 2) S. 623.

37 HUBER (oben Anm. 7) S. 46. SCHMITT (oben Anm. 7) S. 5. HANS GERBER, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches, Tübingen 1933, S. 32. ULRICH SCHEUNER, Die nationale Revolution, in: Archiv des öffentl. Rechts 1934 (NF 34), S. 166. JOHANNES HECKEL, Die Führerrede und das sog. Ermächtigungsgesetz vom 30. Jan. 1937, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, S. 50.

38 HUBER (oben Anm. 7) S. 49. SCHMITT (oben Anm. 7) S. 6, 8. GERBER (oben Anm. 37) S. 32. SCHEUNER (oben Anm. 37) S. 292.

39 Vgl. etwa GERHARD ANSCHÜTZ, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Berlin 1932, S. 1 (mit weiteren Nachweisen).

40 Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen 100, S. 27; vgl. ebd. 99, S. 287. Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen 102, S. 423. Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Strafsachen 53, S. 66; 54, S. 157, 264; 56, S. 259. Entscheidungssammlung des Preußischen Obergerichtungsgerichts 77, S. 497 mit weiteren Nachweisen.

41 HUBER (oben Anm. 7) S. 53.

mit neuem Inhalt, nämlich der nationalsozialistischen Weltanschauung, auszufüllen<sup>42</sup>. Dies genau war die Aufgabe, die dem Richter<sup>43</sup> fortan zugewiesen war – eine kümmerliche, dem Recht nicht würdige Funktion der Rechtfertigung bestehender Machtverhältnisse durch Auslegungskunststücke.

Eine wirkliche Verfassung im Sinne rechtlicher Grundordnung des Gemeinwesens hat der nationalsozialistische Staat konsequenterweise ebensowenig hervorgebracht<sup>44</sup> wie eine hierauf aufbauende positive Rechtsordnung. Statt rechtlicher Selbstbindung des Staates, statt verbindlicher Ordnung sozialer Beziehungen: totale Dynamik, das heißt, Anpassungsfähigkeit an die jeweiligen Bedürfnisse des politischen Augenblicks<sup>45</sup>.

### III

Dies bedeutete natürlich nicht, daß der nationalsozialistische Staat auf Eingriffe verzichtet hätte – im Gegenteil. Die Rechtspflege im Nationalsozialismus ist durch eine totale Umwälzung gekennzeichnet, die in der Beseitigung der parlamentarischen, demokratischen, föderativen und rechtsstaatlichen Strukturen der Verfassung besteht, und zwar sowohl durch gesetzgeberische als auch durch administrative, genauer: durch politische Maßnahmen. Der Reichstagsbrand am 27. Februar 1933 war der Anlaß für die bereits einen Tag später ergehende *Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat zur Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte*<sup>46</sup>. Es wurden bis auf weiteres außer Kraft gesetzt die Grundrechte der Freiheit der Person, der Unverletzlichkeit der Wohnung, des Brief-, Post-, Telegraf- und Fernsprecheheimnisses, der Meinungs- und Pressefreiheit, der Versammlungsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit sowie die Gewährleistung des Eigentums.

Dies bedeutete im Ergebnis – schon nach der Weimarer Staatsrechtslehre –, daß die Exekutive bei Eingriffen in die für die Demokratie wesentlich bestimmenden Individualgrundrechte von allen normativen Bindungen befreit und gerichtlicher Kontrolle entrückt wurde, mit anderen Worten eine Ermächtigung zu gesetzlosem Handeln<sup>47</sup>. Aufgrund dieser Befugnis konnten dann zahlreiche – alles andere als kommunistische – Vereinigungen aufgelöst, mißliebige Presseerzeugnisse verboten und politische Gegner in polizeiliche, gerichtlicher Kontrolle entrückte Schutzhaft genommen werden. Sie ermöglichte es Hitler, zahlreiche kommunistische und verschiedene sozialdemokratische Abgeordnete des neu gewählten Reichstages vor der entscheidenden Abstimmung über das Ermächtigungsgesetz auszuschließen oder in Schutzhaft zu nehmen.

Das *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich*, das sogenannte *Ermächtigungsgesetz*

42 Zum Problem der Rechtsänderung durch Auslegung in nationalsozialistischer Zeit vgl. grundlegend BERND RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen 1968.

43 Vgl. hierzu z. B. die Diskussionen nationalsozialistischer Rechtslehrer über die Funktion der Verwaltungsgerichtsbarkeit im nationalsozialistischen Staat, die künftig nicht dem Individualrechtsschutz, sondern umgekehrt, der politischen Kontrolle der Verwaltung dienen sollte. Zahlreiche Nachweise hierzu bei KLAUS VOLKMANN, *Die Rechtsprechung staatlicher Gerichte in Kirchensachen 1933–1945* (Veröffentl. KommZG B 24), Mainz 1978, S. 44, Fußnote 29.

44 HELMUT RIDDER, *Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates*, in: *Kritische Justiz*, 1969, S. 221.

45 Vgl. zum nationalsozialistischen »Verfassungsbegriff« zahlreiche Nachweise bei VOLKMANN (oben Anm. 43) S. 12, Fußnote 34.

46 RGBl 1933, I, S. 45.

47 ANSCHÜTZ (oben Anm. 39) S. 288. RICHARD GRAU, *Die Diktatur des Reichspräsidenten*, in: GERHARD ANSCHÜTZ – RICHARD THOMA, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, Tübingen 1932, S. 284. Zum Anwendungsbereich der Notverordnung nach – umstrittener – nationalsozialistischer Rechtsauffassung vgl. VOLKMANN (oben Anm. 43) S. 40, Fußnote 20 (mit weiteren Nachweisen).

setz<sup>48</sup>, ermächtigte die Regierung, Gesetze zu beschließen und dabei gegebenenfalls von der Reichsverfassung abzuweichen. Diese mit der Übertragung gesetzgebender Gewalt auf die Regierung verbundene Aufhebung des Gewaltenteilungsprinzips versetzte der Weimarer Republik den Todesstoß: Die Regierung war nun in der Lage, die Struktur des Staates im Wege der erforderlichenfalls verfassungsändernden Gesetzgebung umzugestalten. Hiermit wurde der Reichstag praktisch bedeutungslos; als selbständiges Verfassungsorgan ist er von diesem Zeitpunkt an nicht mehr in Erscheinung getreten.

Die endgültige Überwindung des parlamentarischen Systems und des Parteienstaats erfolgte alsbald durch das Verbot der sozialdemokratischen Partei als volks- und staatsfeindlich, verbunden mit der Kassation ihrer Sitze in den Vertretungskörperschaften und dem Einzug ihres Vermögens<sup>49</sup>; hierauf lösten sich die übrigen Parteien angeblich freiwillig auf<sup>50</sup>. Das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien<sup>51</sup> erklärte die NSDAP zur einzigen politischen Partei; Aufrechterhaltung oder Neugründung anderweitiger Parteien wurde bei Strafe verboten. Durch das *Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches*<sup>52</sup> wurden das Amt des Reichspräsidenten mit dem des Reichskanzlers vereinigt.

Der Abbau der föderativen Struktur des Reichs begann mit dem *vorläufigen Gesetz zur Gleichschaltung der Länder*<sup>53</sup>. Das *zweite Gesetz zur Gleichschaltung* brachte die Länder<sup>54</sup> durch Einsetzung von Reichsstatthaltern schon in die politische Abhängigkeit von Reich und Führung. Am 30. Januar 1934 schließlich beschloß der nur noch aus Mitgliedern der NSDAP bestehende Reichstag das sogenannte *Reichsreformgesetz*<sup>55</sup>. Durch dieses Gesetz wurden die Volksvertretungen der Länder aufgehoben, ihre Hoheitsrechte auf das Reich übertragen und die Landesregierungen dem Reich unterstellt. Durch *Gesetz über die Aufhebung des Reichsrats*<sup>56</sup> wurde der Reichsrat aufgelöst. Endlich bestimmte das Gesetz vom 5. Juli 1939<sup>57</sup> die Vereinheitlichung von Behördenaufbau und Verwaltung: Die Verwaltungsbehörden der Länder wurden zugleich Behörden des Reichs, die Landesbeamten wurden Reichsbeamte.

Die wohl folgenreichste Erschütterung des rechtsstaatlichen Gefüges wurde durch die weitgehende Ausschaltung der Justiz bewirkt. Dieser Vorgang war dadurch gekennzeichnet, daß zum Zuständigkeitsbereich der Justiz gehörende Kompetenzen wie der Entzug von Leben, persönlicher Freiheit und Eigentum durch die Verwaltung, insbesondere durch Polizei und SS, wahrgenommen und auf diese Weise einem gerichtlichen, justizförmigen Verfahren vorenthalten wurden.

Der Justiz entzogen waren die in den Konzentrationslagern festgehaltenen »Schutzhäftlinge«<sup>58</sup>. Anlässlich des Röhmputsches vom 30. Juni 1934 wurden binnen weniger Stunden ohne

48 Vom 24. März 1933 (RGBl 1933, I, S. 141). Zu seiner Entstehungsgeschichte vgl. KARL DIETRICH BRACHER, *Stufen der Machtergreifung*, in: KARL DIETRICH BRACHER-WOLFGANG SAUER-GERHARD SCHULZ, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Köln/Opladen 1960, S. 152.

49 Verordnung vom 7. Juli 1933 (RGBl 1933, I, S. 462). Gesetz vom 14. Juli 1933 (RGBl 1933, I, S. 479).

50 Vgl. dazu ERICH MATHIAS-RUDOLF MORSEY, *Das Ende der Parteien 1933*, Düsseldorf 1966.

51 Vom 14. Juli 1933 (RGBl 1933, I, S. 479).

52 Vom 1. August 1934 (RGBl 1934, I, S. 747).

53 Vom 31. März 1933 (RGBl 1933, I, S. 153).

54 Vom 7. April 1933 (RGBl 1933, I, S. 173, 736).

55 RGBl 1934, I, S. 75.

56 Vom 14. Februar 1934 (RGBl 1934, I, S. 89).

57 RGBl 1939, I, S. 1197.

58 Vgl. dazu MARTIN BROZAT, *Nationalsozialistische Konzentrationslager*, in: HANS BUCHHEIM-MARTIN BROZAT-HANS ADOLF JACOBSEN-HELMUT KRAUSNICK, *Anatomie des SS-Staates*, Bd. 2, München 1967, S. 13. EUGEN KOGON, *Der SS-Staat, Das System der deutschen Konzentrationslager*, München 1974. BERND NAUMANN, *Auschwitz, Bericht über die Strafsache gegen Mulka u. a. vor dem Schwurgericht Frankfurt, Frankfurt a. M./Bonn 1965.*

jedes gerichtliche Verfahren zahlreiche putschverdächtige SA-Mitglieder erschossen. Die führenden Nationalsozialisten nutzten die Gelegenheit und ließen gleichzeitig eine Anzahl politischer Gegner liquidieren, die mit der SA, mit Röhm und dessen Plänen nicht das geringste zu tun hatten<sup>59</sup>. In der Reichstagsrede vom 13. Juli 1934 rechtfertigte Hitler die Exekution wie folgt: *Wenn mir jemand den Vorwurf entgegenhält, weshalb wir nicht die ordentlichen Gerichte zur Aburteilung herangezogen hätten, dann kann ich ihm nur sagen: In dieser Stunde war ich verantwortlich für das Schicksal der Deutschen Nation und damit des Deutschen Volkes oberster Gerichtsherr*<sup>60</sup>.

Der Reichstag stattete dem »Retter der Nation« hierauf seinen Dank ab; sicherheitshalber hatte die Reichsregierung aber auch ein *Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr* verkündet, dessen einziger Artikel lautete: *Die zur Niederschlagung hoch- und landesverrätischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens*<sup>61</sup>.

Seit Kriegsbeginn häuften sich schließlich die Fälle, daß zu milde Urteile der Strafjustiz auf höchste Anweisung durch die Polizei oder die SS korrigiert wurden – sei es, daß die Betroffenen im Anschluß an das Strafverfahren in Konzentrationslager verbracht oder, sofern eine sogenannte Sonderbehandlung vorgesehen war, kurzerhand exekutiert wurden<sup>62</sup>. In einer Anzahl von Fällen, insbesondere bei Vergehen von Kriegsgefangenen und Fremdarbeitern, führte die Polizei Hinrichtungen aus, ohne daß ein Gerichtsverfahren stattgefunden hatte, wie überhaupt die Strafverfolgung gegen Juden, Polen, Russen und Zigeuner seit etwa Ende des Jahres 1942 ganz der Polizei überlassen war<sup>63</sup>, ganz zu schweigen von den Euthanasieprogrammen, den Massensexekutionen Kriegsgefangener<sup>64</sup> oder den planmäßigen Vernichtungsaktionen gegen jüdische Menschen<sup>65</sup>.

Die ordentlichen Gerichte mußten auch Beschränkungen in ihren traditionellen Zuständigkeitsbereichen hinnehmen. Auf das »Fehlurteil« im Reichstagsbrandprozeß reagierten die Nationalsozialisten durch die Bildung des Volksgerichtshofs am 24. April 1934<sup>66</sup>. Der Volksgerichtshof<sup>67</sup> entschied im wesentlichen über Staatsschutzdelikte im weiteren Sinne. Damit weitere »Fehlurteile« künftig unterbleiben würden, wurden die Mitglieder des Volksgerichtshofs vom Führer selbst ernannt<sup>68</sup>.

59 Vgl. dazu WALTER HOFER, *Der Nationalsozialismus, Dokumente 1933–1945*, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1964, S. 64. ILSE STAFF, *Justiz im Dritten Reich, Eine Dokumentation*, Frankfurt a. M. 1964, S. 59. *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen 2*, S. 251.

60 STAFF (oben Anm. 59) S. 61.

61 Gesetz vom 3. Juli 1934 (RGBl 1934, I, S. 529).

62 MARTIN BROZAT, *Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich*, VJhZG 1958, S. 390–455. HERRMANN WEINKAUFF, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Ein Überblick*, in: *Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, Bd. 16/1: *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Stuttgart 1968, S. 19–188. ALBRECHT WAGNER, *Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat*, in: *Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte*, Bd. 16/1: *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Stuttgart 1968, S. 191–366.

63 Vgl. oben Anm. 62.

64 HANS ADOLF JACOBSEN, *Kommissarbefehl und Massensexekutionen sowjetischer Kriegsgefangener*, in: BUCHHEIM u. a. (oben Anm. 58) Bd. 2, S. 137.

65 HELMUT KRAUSNICK, *Judenverfolgung*, in: BUCHHEIM u. a. (oben Anm. 58) Bd. 2, S. 235. UWE DIETRICH ADAM, *Judenpolitik im Dritten Reich*, Düsseldorf 1972. HOFER (oben Anm. 59) S. 268.

66 Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934 (RGBl 1934, I, S. 341).

67 Zur berüchtigten »Rechtsprechungs«-Praxis des Volksgerichtshofs vgl. grundlegend WALTER WAGNER, *Der Volksgerichtshof (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte Bd. 16/3)*, Stuttgart 1974. GERD BUCHHEIT, *Richter in roter Robe*, München 1968.

68 Gesetz vom 24. April 1934 (RGBl 1934, I, S. 341) §2 (vgl. oben Anm. 66) und Gesetz über den Volksgerichtshof vom 18. April 1936 (RGBl 1936, I, S. 369) §4.

Für politische Straftaten, an deren rascher Aburteilung besonderes Interesse bestand, wurden bereits im März 1933 die Sondergerichte<sup>69</sup> geschaffen. Seit 1938 konnte die Staatsanwaltschaft direkt Anklage beim Sondergericht erheben, wenn sie nur der Auffassung war, daß mit Rücksicht auf die Schwere oder die Verwerflichkeit der Tat oder die in der Öffentlichkeit hervorgerufene Erregung die sofortige Aburteilung durch das Sondergericht geboten war<sup>70</sup>. Die Entscheidungen ergingen in einem summarischen Verfahren; sie konnten nicht mit Rechtsmitteln angefochten werden<sup>71</sup>.

Seit Anfang des Jahres 1935 nahm Hitler auch ein Niederschlagungsrecht in allen Straf- und Dienststrafverfahren in Anspruch, das heißt die Befugnis, vor rechtskräftiger Entscheidung das Absehen von Strafverfolgung anzuordnen<sup>72</sup>. Auf diese Weise konnte die Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten verhindert werden.

Der rechtsstaatliche Grundsatz des *nullum crimen, nulla poena sine lege* wurde durch § 2 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935<sup>73</sup> aufgegeben. Diese Vorschrift enthielt die ausdrückliche Aufhebung des Analogie- und Rückwirkungsverbots: *Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft*<sup>74</sup>.

Insbesondere auf dem Gebiet des Strafprozeßrechts wurden durch zahlreiche weitere Änderungen anerkannte Verfahrensgrundsätze zu Ungunsten des Angeklagten durchbrochen oder beseitigt. Erwähnt sei hier nur der Einbruch in Rechtskraft und Rechtssicherheit durch Erweiterung der Möglichkeiten einer Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener Verfahren durch *außerordentlichen Einspruch*<sup>75</sup> und *Nichtigkeitsbeschwerde*<sup>76</sup>, und zwar dann, wenn *erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der in der Entscheidung festgestellten Tatsachen oder gegen den Strafausspruch* bestanden.

Der verfassungsmäßig garantierte Grundsatz der Unabhängigkeit der Rechtspflege stand, als notwendige Konsequenz des Gewaltenteilungsprinzips, in deutlichem Gegensatz zum nationalsozialistischen Einheits- und Führerprinzip, das den politischen Führer zugleich als Gesetzgeber und obersten Gerichtsherrn verstand: *Als oberster Träger aller Gemeinschaftsfunktionen wird der Führer auch zum Träger der Gerichtshoheit und der Gerichtsgewalt. Der Führer ist der oberste Gerichtsherr des Volkes. Die einzelnen Organe der Rechtspflege sind vom Führer eingesetzt und mit dem Friedens- und Ordnungsschutz in der Volksgemeinschaft betraut; sie werden im Namen des Volkes und im Auftrage des Führers tätig und üben eine von ihm verliehene Entscheidungsmacht aus. Die Fähigkeit zum verbindlichen und unverbrüchli-*

69 Verordnung der Reichsregierung über die Bildung von Sondergerichten vom 21. März 1933 (RGBl 1933, I, S. 136).

70 Verordnung vom 20. November 1938 (RGBl 1938, I, S. 1632) und Verordnung vom 1. September 1939 (RGBl 1939, I, S. 1658).

71 Einzelheiten zu Zuständigkeit, Verfahren und Praxis der Sondergerichte bei ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 254, 277. Vgl. auch JOSEF GLUNZ, Die Stellung der Sondergerichte in der Strafrechtspflege, Jur. Diss., Bonn 1940.

72 Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Ausübung des Gnadenrechts vom 1. Februar 1935 (RGBl 1935, I, S. 74) und Verordnung des Reichsjustizministeriums über das Verfahren in Gnadensachen vom 6. Februar 1935, in: Deutsche Justiz 1935, S. 203.

73 Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RGBl 1935, I, S. 839).

74 Ebd. § 2.

75 Gesetz vom 16. September 1939 (RGBl 1939, I, S. 1841).

76 Verordnung vom 21. Februar 1940 (RGBl 1940, I, S. 405). Einzelheiten zu diesen und weiteren Verfahrensmöglichkeiten bei ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 315.

chen Urteil in einer streitigen Rechtsache, in einem Straffall oder einer Verwaltungssache ist den Gerichten vom Führer verliehen. Die Verbindlichkeit des Urteils ist eine unmittelbare Ausstrahlung der obersten Entscheidungsgewalt des Führers<sup>77</sup>.

Zahlreiche Bemühungen waren konsequenterweise auf die allmähliche und fortschreitende Aufhebung der richterlichen Unabhängigkeit gerichtet: Maßnahmen zur Aufhebung der persönlichen Unabhängigkeit ergingen zunächst auf dem Gebiete des Beamtenrechts. Im Widerspruch zu dem Grundsatz der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters im Verwaltungswege konnten Richter aufgrund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums<sup>78</sup> ohne Gerichtsverfahren durch den Dienstherrn entlassen werden, wenn sie nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür boten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintraten, wenn sie nicht arischer Abstammung waren oder wenn das dienstliche Bedürfnis es erforderte.

Der Grundsatz der persönlichen Unabhängigkeit, mindestens seit Kriegsbeginn praktisch beseitigt, wurde im Jahre 1942 auch ganz offiziell aufgegeben. In einer Reichstagsrede vom 26. April 1942<sup>79</sup> griff Hitler die Justiz wegen zu milder Strafurteile heftig an; er behielt sich ausdrücklich vor, *Juristen, die Schädlinge seien, am Schwälzchen zu kriegen*<sup>80</sup>.

Parallel hierzu ergingen anderweitige Maßnahmen wie die Einführung des Richtereides mit dem Treue- und Gehorsamsgelöbnis gegenüber Hitler im Jahre 1937<sup>81</sup>, die Mitwirkung der Partei bei der Ernennung der Richter<sup>82</sup>, die politische Ausrichtung der Ausbildung<sup>83</sup>, die Beseitigung der föderativen Struktur der Justiz durch ihre »Verreichlichung« in den Jahren 1934 und 1935<sup>84</sup> und die organisatorische wie ideologische Gleichschaltung der Berufsorganisationen in den Jahren 1933 bis 1934<sup>85</sup>.

Das Dogma vom Führer als Gesetzgeber und zugleich oberstem Gerichtsherrn mußte Folgen auch im Hinblick auf die sachliche Unabhängigkeit der Richter haben<sup>86</sup>. Die Aufhebung der sachlichen Unabhängigkeit auch ausdrücklich zu verkünden, hatte man jedoch Hemmungen. Die Verlautbarungen von offizieller Seite waren hier ebenso widersprüchlich wie unklar. Man versicherte einerseits die Weisungsfreiheit des Richters, betonte aber andererseits die Bindung an die nationalsozialistische Weltanschauung<sup>87</sup>.

Von einer konsequenten Lenkung der Rechtsprechung kann für die ersten Jahre der nationalsozialistischen Herrschaft nicht gesprochen werden; diese setzte in diesem Sinne erst

77 HUBER (oben Anm. 7) S. 278. Ebenso CARL SCHMITT, Der Führer schützt das Recht, in: Deutsche Juristenzeitung 1934, S. 945. ROLAND FREISLER, Reich, Richter und Recht, in: Deutsches Recht 1942, S. 149.

78 Vom 7. April 1933 (RGBl 1933, I, S. 175). Einzelheiten bei ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 217 und HANS MOMMSEN, Beamtentum im Dritten Reich, mit ausgewählten Quellen zur nationalsozialistischen Beamtenpolitik, Stuttgart 1966.

79 Teilweise abgedruckt bei STAFF (oben Anm. 59) S. 105–111. Vgl. auch MARTIN BROZAT, Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich, in: VJhZG 1958, S. 427.

80 PICKER (oben Anm. 8) S. 467.

81 Deutsches Beamtengesetz vom 26. Januar 1937 (RGBl 1937, I, S. 41), §§4, 57.

82 ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 239.

83 ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 237.

84 Gesetz über den Neuaufbau des Reichs vom 30. Januar 1934 (RGBl 1934, I, S. 75). 1. Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. Februar 1934 (RGBl 1934, I, S. 91). 2. Gesetz zur Überleitung... vom 5. Dezember 1934 (RGBl 1934, I, S. 1214). 3. Gesetz zur Überleitung... vom 24. Januar 1935 (RGBl 1935, I, S. 68). Vgl. dazu ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 223.

85 WEINKAUFF, Justiz (oben Anm. 62) S. 102.

86 Vgl. oben Anm. 27.

87 ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 208. Vgl. auch den Führererlaß vom 3. April 1941 (RGBl 1941, I, S. 201).

bei Kriegsausbruch und nochmals verstärkt seit dem Jahre 1942 ein. Sie beschränkte sich deutlich auf das Gebiet des Strafrechts<sup>88</sup>.

Gleichwohl gab es schon früher zahlreiche Möglichkeiten unmittelbarer und mittelbarer Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Richters: Soweit die Richter nicht ohnehin der Partei beigetreten waren, waren sie Mitglieder der organisatorisch und ideologisch gleichgeschalteten Berufsverbände, die im Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, dem späteren Nationalsozialistischen Rechtswahrerbund, aufgegangen waren. Hinzu kam die nationalsozialistische Ausrichtung ihrer Publikationen wie des gesamten juristischen Schrifttums überhaupt. Funktionäre und Parteigenossen griffen mehr oder weniger unverhüllt und stets ungehindert und ungestraft in schwebende Gerichtsverfahren ein, indem sie die Richter durch Beschimpfungen, Drohungen und auch Gewaltanwendungen zur Entscheidung in ihrem Sinne zu nötigen suchten<sup>89</sup>. Unterstützt wurde dieses Treiben durch die nationalsozialistische Presse<sup>90</sup>.

Die unmittelbare Steuerung der Rechtsprechung in Strafsachen durch die Justizverwaltung begann nach den heftigen Angriffen Hitlers gegen die Justiz in der erwähnten Reichstagsrede vom 26. April 1942: Ein Mittel der gezielten Steuerung waren die regelmäßigen Chefbesprechungen, zu denen die Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte in das Reichsjustizministerium gerufen wurden. Die hierbei ausgegebenen Richtlinien wurden an die einzelnen Gerichtspräsidenten, von diesen an die einzelnen Richter übermittelt. Weisungen des Ministeriums über die Behandlung einzelner Fälle gingen den Richtern auch über die Staatsanwaltschaft zu<sup>91</sup>. Wiederholt ließ das Ministerium auf diesem Wege den Richtern schon vor der Verhandlung mitteilen, daß ein Todesurteil erwartet werde<sup>92</sup>.

Mit Rundschreiben vom 7. September 1942<sup>93</sup> schließlich kündigte das Reichsjustizministerium die Herausgabe sogenannter Richterbriefe an, die wesentlich zu einer einheitlichen Ausrichtung der Rechtsprechung im nationalsozialistischen Sinne beitragen sollten. Diese an alle Gerichte verteilten vertraulichen Richterbriefe enthielten jeweils eine bestimmte Gerichtsentscheidung, die in der sich anschließenden Stellungnahme des Reichsministers der Justiz kritisiert oder als besonders beispielhaft hervorgehoben wurde<sup>94</sup>.

Mit diesen Ausführungen konnten nur einige wesentliche Schritte auf dem Wege der Zerstörung der Rechtsordnung skizziert werden, und zwar vorwiegend unter dem alle Rechtsgebiete übergreifenden verfassungsrechtlichen Aspekt. Indessen sind inzident einige einzelne Rechtsgebiete gestreift worden, wie insbesondere das Strafrecht, ein Gebiet mit eminent politischer Funktion. Das nationalsozialistische Strafrecht kann man eigentlich auf die bereits erwähnte Generalklausel reduzieren, wonach bestraft wurde, was nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdiente. Wir haben das Beamten- und Dienstrecht berührt, wo es letztlich nur noch um das Merkmal der politischen Zuverlässigkeit ging, und man könnte fortsetzen mit der Rassegesetzgebung, also den berüchtigten Nürnberger Gesetzen, mit allen

88 ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 208. WEINKAUFF (oben Anm. 62) S. 96. STAFF (oben Anm. 59) S. 111. MARTIN BROZAT, Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich, in: VJhZG 1958, S. 390, 419, 420 ff.

89 WEINKAUFF, Justiz (oben Anm. 62) S. 113, 125, 138.

90 WEINKAUFF, Justiz 133, 139, 163.

91 WEINKAUFF, Justiz 148. Vgl. auch die den Oberlandesgerichts-Bezirk Hamburg betreffende Untersuchung von WERNER JOHE, Die gleichgeschaltete Justiz, Frankfurt a. M. 1967.

92 ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62) S. 212.

93 Abgedruckt bei STAFF (oben Anm. 59) S. 69.

94 Vgl. dazu HEINZ BOBERACH, Richterbriefe, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942-1944, Boppard 1975.

seinen Auswirkungen zum Beispiel auf das Familienrecht, nämlich das Ehe- und Ehescheidungsrecht, auf das Erbrecht, auf das Eigentumsrecht, auf das Staatsangehörigkeitsrecht, auf das Strafrecht, bis hin zu Judenverfolgung und Entrechtung anderer Minderheiten, auf welchen Rechtsgebieten auch immer. Man könnte fortfahren mit dem Arbeitsrecht, zum Beispiel der angeblichen Überwindung der hier bestehenden Interessengegensätze im Sinne der impflichtnehmenden Verschmelzung in einer nebulösen Volksgemeinschaftsideologie<sup>95</sup>, oder ansetzen bei dem Verbot der Gewerkschaften und von hier aus übergehen auf die Zerschlagung des überkommenen Vereinsrechts<sup>96</sup> überhaupt. Für das Verwaltungsrecht wäre, zum Beispiel, festzustellen, daß es nach Aufhebung des Gewaltenteilungsprinzips im Führerstaat konsequenterweise nicht mehr Sache einer unabhängigen Verwaltungsgerichtsbarkeit sein konnte, behördliches Handeln im Hinblick auf seine Gesetzmäßigkeit zu überprüfen<sup>97</sup>.

Alle diese und andere Rechtsgebiete können wir hier nicht weiter abhandeln; übrigens sind viele Bereiche, trotz einer Fülle von Einzelliteratur, bis heute nicht umfassend aufgearbeitet. Vielleicht sollte, ohne Vollständigkeitsanspruch, noch das Steuerrecht erwähnt werden: Die Steuerzahlung wurde fortan stilisiert zu einem Akt der Gefolgschaftstreue, das Steuervergehen zum Verrat an der Volksgemeinschaft<sup>98</sup>. Auch hier eine neue Generalklausel in Gestalt von § 1 des *Steueranpassungsgesetzes*<sup>99</sup>: *Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen. Dabei sind die Volksanschauung, der Zweck und die wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze und die Entwicklung der Verhältnisse zu berücksichtigen.*

Auch hier also: Keine materielle Rechtsreform im Sinne inhaltlich bestimmter verbindlicher Rechtsordnung, sondern rationaler Kontrolle nicht zugängliche Dynamik durch den Einbruch der mehr oder weniger unbestimmten nationalsozialistischen Weltanschauung, hier über eine neue Generalklausel. In anderen Fällen geschah dies durch Bedeutungswandel im Sinne unbegrenzter Auslegung, wobei als Einbruchsstellen für die neuen Inhalte sich in erster Linie wieder die bereits bestehenden Generalklauseln der überkommenen Gesetze anboten.

Zum Thema Recht und Rechtspflege gehört natürlich auch das gesamte Gebiet der Rechtsprechung zu allen verschiedenen Rechtsgebieten. Dies ist ein Forschungsgebiet immensen Umfangs, das nur teilweise aufgearbeitet worden ist. Hier wäre etwa hinzuweisen auf vorliegende Analysen der Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichts, des Reichsfinanzhofs und, sehr ausführlich, des Volksgerichtshofs<sup>100</sup>.

95 Vgl. hierzu bereits die aus Weimarer Zeit stammende Untersuchung von OTTO KAHN-FREUND, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: THILO RAMM, Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918–1933, Neuwied/Berlin 1966, S. 149–210.

96 HUBER (oben Anm. 7) S. 457 (mit weiteren Nachweisen). Weitere Nachweise auch bei VOLKMANN (oben Anm. 43) S. 94. Für das katholische Vereinswesen im Nationalsozialismus vgl. BARBARA SCHELLENBERGER, Katholische Jugend und Drittes Reich, Eine Geschichte des Katholischen Jungmännerverbandes 1933–1939 unter besonderer Berücksichtigung der Rheinprovinz (VeröffentlKommZG B 17), Mainz 1975. JÜRGEN ARETZ, Katholische Arbeiterbewegung und Nationalsozialismus, Der Verband Katholischer Arbeiter- und Knappenvereine Westdeutschlands 1923–1945 (VeröffentlKommZG B 25), Mainz 1979.

97 Vgl. oben Anm. 43.

98 GERHARD WACKE, Steuerrecht und Rechtsneubau, Berlin 1936, S. 18f., 28f.

99 Steueranpassungsgesetz vom 16. Oktober 1934 (RGBl 1934, I, S. 925; = 1934, S. 1149; amtliche Begründung: Reichssteuerblatt 1934, S. 1398).

100 BACH, Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts im Lichte der nationalsozialistischen Weltanschauung und Rechtsauffassung, in: Deutsche Verwaltung 1938, S. 199–205. RUDOLF ECHTERHÖLTER, Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 16/2: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus), Stuttgart 1970. LUDWIG FREGE, Der Status des Preußischen Oberverwaltungsgerichts und die Standhaftigkeit seiner Rechtsprechung auf politischem Gebiet, in: Bd. 1 der Jubiläumsschrift »Staatsbürger und Staatsgewalt«, hrsg. von H. R. KÜLZ und R. NAUMANN, Karlsruhe 1963. WALTER HEMPFER, Die nationalsozialistische Staatsauf-

Die Frage nach der Position, die die Richterschaft im Nationalsozialismus tatsächlich eingenommen hat, wird in verschiedenen Darstellungen zum Recht im Nationalsozialismus und zum Kirchenkampf auch mitbehandelt, wenn auch nicht zusammenfassend. Schließlich gibt es Darstellungen von Einzelschicksalen oder spektakulären Prozessen – erinnert sei nur an die Namen Rupert Mayer oder Martin Niemöller<sup>101</sup>.

Die Position »der Richterschaft« im Nationalsozialismus kann in diesem Zusammenhang nicht mit der gebotenen Sorgfalt abschließend geklärt werden – wie umgekehrt aber auch eine Fülle von Tatsachen allgemein bekannt ist. Unter dem unerläßlichen Vorbehalt weiterer Differenzierungen und Forschungsaufgaben mag man immerhin zusammenfassend feststellen können: Auf verschiedenen Gebieten der Rechtsprechung ist der Einfluß nationalsozialistischer Weltanschauung extrem gewesen. Die Rechtsprechung zur Judenfrage war nicht Rechtsprechung, sondern Judenverfolgung, die Todesurteile der Sondergerichte wie die gesamte Tätigkeit des Volksgerichtshofs waren nicht Rechtsprechung, sondern Terror.

Auf anderen Rechtsgebieten, die politisch sicher nicht in gleicher Weise anfällig waren, war der Einfluß nationalsozialistischer Weltanschauung auf den Inhalt richterlicher Entscheidungen geringer, und es wäre gewiß übertrieben, hier ganz allgemein von Terror und Perversion der Rechtsprechung zu reden. Man wird auch nicht übersehen, daß die Justiz jedenfalls nach Meinung Hitlers die ihr zuge dachte Aufgabe nur mangelhaft erfüllte. Indessen kann man aber auch nicht leugnen, daß die nach einem – zugegebenermaßen pauschalen – Urteil als staats-treu und konservativ geltende Justiz dem Einfluß nationalsozialistischer Weltanschauung zwar nicht ungehemmt, aber doch weitgehend nachgegeben hat, ohne die rechtlichen Möglichkeiten, die mit dem Richteramt immer noch verbunden waren, zu nutzen im Sinne der Bewahrung der Prinzipien von Demokratie, Rechtsstaat und Gerechtigkeit. Gewiß gab es auch innerhalb der Justiz Widerstand; daß er größer gewesen sei als anderenorts, ist allerdings zu bezweifeln.

Merkwürdigerweise – vielleicht auch bezeichnenderweise – ist der Streit über die Ursachen dieses insgesamt unerfreulichen Befunds ausgerechnet auf dem Gebiet der Rechtsprechung noch nicht richtig entbrannt<sup>102</sup>. Natürlich gibt es Historiker und Juristen, die der Weimarer Justiz eine deutliche Mitverantwortung nicht nur am Scheitern der Republik, sondern auch an der Etablierung der totalen Bewegung anlasten<sup>103</sup>, wobei sie an eine zum Teil heftige

fassung in der Rechtsprechung des Preußischen Obergerichtshofes, Berlin 1974. HANS GÜNTER HOCKERTS, Die Sittlichkeitsprozesse gegen katholische Ordensangehörige und Priester 1936/1937 (Veröffentl. Komm. ZG B 6), Mainz 1961. JOHE (oben Anm. 91). BENEDICTA MARIA KEMPNER, Priester vor Hitlers Tribunalen, München o. J. DIETER KOLBE, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege, Karlsruhe 1975. RÜTHERS (oben Anm. 7). HUBERT SCHORN, Der Richter im Dritten Reich, Frankfurt a. M. 1959. GERD UFFELMANN, Die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs unter nationalsozialistischem Einfluß in den Jahren 1933–1945, Jur. Diss., Köln 1948. VOLKMANN (oben Anm. 43). ALBRECHT WAGNER (oben Anm. 62). WALTER WAGNER (oben Anm. 67). WEINKAUFF, Justiz (oben Anm. 62).

101 OTTO GRITSCHNER, Pater Rupert Mayer vor dem Sondergericht, München/Salzburg o. J. WILHELM NIEMÖLLER, Macht geht vor Recht, Der Prozeß Martin Niemöllers, München 1952. FRIEDRICH GOLLERT, Dibelius vor Gericht, München 1959.

102 MICHAEL STOLLEIS, Art. »Nationalsozialistisches Recht«, in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, hrsg. von ADALBERT ERLER und EKKEHARD KAUFMANN, Bd. 3, 20. Lieferung, Berlin 1981, Sp. 873–892 (mit zahlreichen weiteren Nachweisen).

103 KARL DIETRICH BRACHER, Die deutsche Diktatur, Entstehung, Struktur, Folgen des Nationalsozialismus, Köln/Berlin 1969, S. 189. KARL DIETRICH BRACHER, Die Auflösung der Weimarer Republik, 5. Aufl., Villingen 1971, S. 191. FRIEDRICH KARL KÜBLER, Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, in: Archiv für die zivilistische Praxis 1962 (NF 42), S. 104–128. H. u. E. HANNOVER, Politische Justiz 1918–1933, Frankfurt a. M. 1966. KARL J. NEWMAN, Zerstörung und Selbsterstörung der Demokratie, Köln/Berlin 1965. OTTO KIRCHHEIMER, Politische Justiz, Neuwied/Berlin 1965.

Justizkritik linker Provenienz bereits in Weimarer Zeit anknüpfen können<sup>104</sup>. Eine wohl eher apologetisch motivierte Meinung hat dagegen die These aufgestellt, daß der in Weimarer Zeit verbreitete Rechtspositivismus der wahre Sündenbock gewesen sei, der eine angeblich ausschließlich gesetzespositivistisch-begriffsjuristisch fixierte Richterschaft außer Stand gesetzt hätte, eine dem Recht innewohnende Moral über den Buchstaben des Gesetzes hinaus zu erkennen<sup>105</sup>. Dies ist gewiß falsch<sup>106</sup>. Bereits in Weimarer Zeit hat die Rechtsprechung keinem blinden Gesetzesgehorsam gehuldigt<sup>107</sup>, und für die nationalsozialistische Zeit trifft dies noch weniger zu.

## IV

Lassen Sie mich zum Schluß nochmals an den Anfang zurückkehren – zum Dualismus von Recht und Gerechtigkeit. Wir haben gesehen, wie bestehende Staats- und Rechtsordnungen mehrfach, nämlich in den Jahren 1919 und 1933, revolutionär umgewälzt wurden. Auch unserer heute existierenden Verfassungs- und Rechtsordnung ist im Jahre 1945 eine gewaltsame Umwälzung vorangegangen, und es erscheint deshalb reizvoll, einmal einen Blick darauf zu werfen, wie unsere heutige Rechtsordnung den Übergang eigentlich vollzogen hat und wie sie es mit Legitimität und Legalität hält:

Artikel 123 Abs. 1 des Grundgesetzes lautet: *Recht aus der Zeit vor dem Zusammentritt des Bundestages gilt fort, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht.*

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1968<sup>108</sup> hat das Bundesverfassungsgericht folgende Rechtsausführungen gemacht: *Nationalsozialistischen Rechtsvorschriften kann die*

104 ERNST FRAENKEL, Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–1932, Neudruck Darmstadt 1968. OTTO KAHN-FREUND, Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts, in: THILO RAMM, Arbeitsrecht und Politik, Quellentexte 1918–1933, Neuwied/Berlin 1966, S. 199–210. Vgl. auch die entsprechenden Jahrgänge der Kritischen Justiz, die Justizkritik in den z. T. pseudonymen frühen Werken Kurt Tucholskys und die zeitgenössischen Arbeiten von Emil Julius Gumbel, zit. bei H. u. E. HANNOVER (oben Anm. 3) S. 326.

105 WEINKAUFF, Justiz (oben Anm. 62) S. 29. ADOLF ARNDT, Gesetzesrecht und Richterrecht, in: Neue Juristische Wochenschrift 1963, S. 1273. GUSTAV RADBRUCH, Die Erneuerung des Rechts, in: WERNER MAIHOFFER, Naturrecht oder Rechtspositivismus, Darmstadt 1966, S. 2.

106 OTTO KIRCHHEIMER, Politische Justiz, Neuwied/Berlin 1965, S. 316. RÜTHERS (oben Anm. 7) S. 98. KÜBLER (oben Anm. 103) S. 104. FRAENKEL, Klassenjustiz (oben Anm. 4) S. 18. WOLF ROSENBAUM, Naturrecht und positives Recht, Neuwied/Darmstadt 1972, S. 143.

107 Zur Anerkennung des Rechtspositivismus durch das Reichsgericht vgl. zwar Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen 100, S. 25 und 118, S. 325 und oben Anm. 39 u. 40. Mit dem positivistischen Grundsatz der strengen Gesetzesbindung des Richters unvereinbar aber war das berühmte Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 (Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen 107, S. 78); dazu ausführlicher RÜTHERS (oben Anm. 7) S. 64. In diesem Sinne schon früher Oberlandesgericht Darmstadt 29. März 1923 (Juristische Wochenschrift 1923, S. 459) und 18. Mai 1923 (Juristische Wochenschrift 1923, S. 522). Hinzuweisen ist ferner auf das von den Gerichten erstmals in Weimarer Zeit in Anspruch genommene Prüfungs- und Verwerfungsrecht verfassungswidriger Gesetze. Vgl. Entscheidungssammlungen des Reichsgerichts in Zivilsachen 111, S. 32 und des Reichsfinanzhofs 5, S. 333. Bayerisches Oberstes Landesgericht in: Deutsche Juristenzeitung 1931, S. 902. Oberverwaltungsgericht Hamburg in: Juristische Wochenschrift 1927, S. 1288. Zum Kampf um das richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Rechtslehre vgl. KURT SONTHEIMER, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München 1962, und FRANZ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, S. 514.

108 Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung 23, S. 98.

*Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde.*

*In der 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz hat der Widerspruch zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß sie von Anfang an als nichtig erachtet werden muß.*

*Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechts verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird; und in einer früheren Entscheidung aus dem Jahre 1958<sup>109</sup> propagierte das Bundesverfassungsgericht eine neue objektive Wertordnung und empfahl deren rechtliche Umsetzung durch die Einbruchstellen der Generalklauseln.*

Bemerkenswert hieran ist nicht nur, daß die höchstrichterliche Rechtsprechung wegen der bitteren Erfahrungen mit der Rechtsprechung im Nationalsozialismus ausdrücklich zum Naturrechtsgedanken<sup>110</sup> zurückgekehrt ist, sondern auch, daß man sich insoweit *methodisch* in den gleichen Bahnen bewegte, die nach 1933 besritten worden waren<sup>111</sup>: Staatliches Recht und staatliches Gesetz sind auch heute eine durchaus menschliche, vor allem eine höchst politische Sache.

109 Bundesverfassungsgericht, Entscheidungssammlung 7, S. 198.

110 Vgl. dazu auch HERRMANN WEINKAUFF, Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 1689 und oben Anm. 105.

