

Moralisierung des Rechts *Kontinuitäten und Diskontinuitäten national- sozialistischer Normativität*

Fritz Bauer Institut
Werner Konitzer (Hg.)

Jahrbuch 2014
*zur Geschichte und
Wirkung des Holocaust*



campus

Moralisierung des Rechts

Fritz Bauer Institut

Studien- und Dokumentationszentrum zur
Geschichte und Wirkung des Holocaust

Jahrbuch 2014 zur Geschichte und Wirkung des Holocaust

Moralisierung des Rechts

Kontinuitäten und Diskontinuitäten
nationalsozialistischer Normativität

Herausgegeben im Auftrag des Fritz Bauer Instituts
von Werner Konitzer

Campus Verlag
Frankfurt/New York

© Campus Verlag GmbH

Das Jahrbuch erscheint mit freundlicher Unterstützung des Fördervereins Fritz Bauer Institut e.V., Frankfurt am Main.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-593-50168-0

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Copyright © 2014 Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main

Umschlaggestaltung: Werner Lott, Fritz Bauer Institut

Lektorat im Fritz Bauer Institut: Sabine Grimm

Satz: Campus Verlag, Frankfurt am Main

Druck und Bindung: Beltz Bad Langensalza

Printed in Germany

Dieses Buch ist auch als E-Book erschienen.

www.campus.de

Inhalt

| | |
|--|-----|
| Vorwort | 7 |
| <i>Herlinde Pauer-Studer</i> | |
| »Jenseits vom Chaos und von Interessenkonflikten« Aspekte der Rechtsentwicklung im NS-System der 1930er Jahre | 11 |
| <i>Martin Becker</i> | |
| »Arbeit« und »Gemeinschaft« im NS-Recht und im Recht der frühen Bundesrepublik | 35 |
| <i>Thomas Henne</i> | |
| Ehe und Homosexualität im bundesdeutschen Rechtssystem der 1950er Jahre: Normen, Werte, Grundgesetz – und ein Film | 63 |
| <i>Joachim Vogel</i> | |
| Fortwirkende Einflüsse aus nationalsozialistischer Zeit auf das Strafrecht als Ausdruck übergreifender Entwicklungslinien im Strafrecht des 20. Jahrhunderts | 87 |
| <i>David Jobst</i> | |
| Die Entdeckung des Unrechtsstaates | 127 |
| <i>Tino Plümecke</i> | |
| Ordnen, werten, hierarchisieren Der sozial dichte Begriff »Rasse« und seine Gebrauchsweisen im Nationalsozialismus | 147 |
| <i>Werner Konitzer</i> | |
| Kontinuitäten und Brüche nationalsozialistischer Moralvorstellungen am Beispiel von Otto Friedrich Bollnows »Einfacher Sittlichkeit« ... | 167 |

Michael Schefczyk

»Als Deutscher unter Deutschen«: Karl Jaspers' *Die Schuldfrage* 189

Nicolas Berg

Selbstentnazifizierung einer Komplizenschaft

Die Vorgeschichte des SS-Bekenntnisses von Hans Egon Holthusen
und seiner Kontroverse mit Jean Améry 215

Autorinnen und Autoren 243

Vorwort

Nationalsozialistische Rechtstheoretiker hatten es sich zum Ziel gesetzt, den Unterschied zwischen Recht und Moral so weit wie möglich aufzuheben. Das bedeutete, »ethische Konzepte wie ›sittliche Pflicht‹, ›Anständigkeit‹, ›Ehre‹ und ›Treue‹ auch als Rechtsbegriffe zu verstehen«.¹ Auf die Bedeutung dieser Tatsache für die Veränderung des Rechts im Nationalsozialismus haben Rechtshistoriker und Rechtstheoretiker seit den 1970er Jahren wiederholt hingewiesen.² Sie rückt jedoch in ein neues Licht, wenn man sie nicht mehr allein von der Seite des Rechts, sondern auch von der Seite der Moral her betrachtet.

Moralische Einstellungen werden auf vielfältige Weise kommuniziert: in Liedern, Sinnsprüchen, Erzählungen, Filmen, Gedichten, in wechselseitigen Ermahnungen, lobenden und tadelnden Äußerungen. Philosophen und Theologen formulieren sie aus, systematisieren sie und versuchen sie zu begründen. Weil es sich um Überzeugungen handelt, die jeder einzelne Mensch für sich hegt, kann er sie auch in Absetzung von den Überzeugungen der Menschen in seiner sozialen Umgebung entwickeln. Sie sind in diesem Sinne unhintergebar individuell. Dadurch unterscheiden sie sich vom Recht, für das charakteristisch ist, dass es sich um ein institutionalisiertes Normensystem handelt. Jedoch ist Moral nicht gänzlich subjektiv. Moralische Gefühle und Urteile haben auch eine wesentliche intersubjektive Dimension. Wer sich über etwas, was er für ein Unrecht hält, empört, erwartet gewöhnlich, dass andere seine Empörung teilen oder zumindest billigen. Ob

1 Herlinde Pauer-Studer, »Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus«, in: dies., Julian Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*, Frankfurt am Main 2014, S. 23.

2 Siehe u.a. Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin 1974; Oliver Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus*, München 1994.

Handlungen Empörung auslösen oder nicht, ist auch ein Symptom dafür, wie weit bestimmte Überzeugungen geteilt werden.

Betrachtet man die Entwicklung von moralischen Einstellungen in den ersten Jahren des nationalsozialistischen Regimes, so stößt man auf eine Reihe von Veranstaltungen, bei denen solche moralischen Gefühle öffentlich inszeniert wurden: Formen moralisch-politischer Vergemeinschaftung wie Totengedenken oder Sonnenwendfeiern. Am markantesten sind aber die verschiedenen Formen öffentlicher Anprangerung, Zurschaustellung und Demütigung, die für die ersten Jahre des Regimes emblematisch geworden sind. Das gilt vor allem für die in der historischen Forschung eingehend untersuchten »Rassenschande«-Pogrome. Diese Pogrome waren keine spontanen Ausbrüche von Massengewalt. Sie hatten quasi-institutionellen Charakter. Insofern wirken sie wie eine zynische Mischung von Recht und Moral. Darin deutet sich an, dass es ein Bestreben gab, die propagierte Volksmoral als eine Art Quasi-Recht zu institutionalisieren. Die Pogrome sind ein Indiz dafür, dass die Öffnung des Rechts zu einer »Volksmoral« ein Vorgang war, der nicht allein von den Folgen, die er für das Rechtssystem hatte, her zu erfassen ist. In der Verzahnung von Recht und Moral vollzog sich eine Entwicklung, die beide Systeme, Recht und Moral, gleichermaßen betraf und die wohl nur in ihrer wechselseitigen Betrachtung angemessen verstanden werden kann.

Die Erforschung von moralischen Einstellungen während des Nationalsozialismus und die Frage nach den Kontinuitäten und Brüchen in der Tradierung dieser Einstellungen ist seit mehreren Jahren ein Schwerpunkt in der Arbeit des Fritz Bauer Instituts. Auf einem von mehreren Workshops zu diesem umfassenden Themengebiet wurde die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Moral diskutiert. Dort entstand auch der Plan, in einer Vortragsreihe, an der vor allem Juristen und Philosophen beteiligt sein sollten, einzelne Themenbereiche des gesamten Komplexes jeweils alternierend aus der Sicht der Moralphilosophie und aus der Sicht der Rechtsgeschichte bzw. Rechtstheorie zu beleuchten. Dabei sollte zum einen die Frage nach der Verbindung von Recht und Moral, zum anderen die Frage nach Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Zeit nach 1945 im Zentrum stehen. Die meisten der hier versammelten Beiträge sind im Rahmen dieser Vortragsreihe entstanden.

Schon bei der Vorbereitung der Reihe zeigte es sich, dass die Idee einer engen Verzahnung der Themenstellungen zwischen Recht und Moral, wie sie für die Erforschung der Sache wohl wünschenswert wäre, noch lange nicht

angemessen wird realisiert werden können. Ein wichtiger Grund dafür liegt in der unterschiedlichen Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus in den Wissenschaftsbereichen Jurisprudenz und Philosophie. Während in der Rechtsgeschichte einzelne Bereiche, etwa die Geschichte des Strafrechts, bereits gut erforscht sind, gibt es für die Geschichte der Moralphilosophie bisher kaum vergleichbare Ansätze. Ebenso fehlt auf Seiten der Moralphilosophie eine systematische Diskussion und Analyse von zentralen Begriffen des Nationalsozialismus, wie etwa dem Begriff der »Rasse« oder dem der »Gemeinschaft«. Das ist auch deshalb bemerkenswert, weil in der Gegenwart das moralisch-politische Selbstverständnis sehr häufig in Abgrenzung zum Nationalsozialismus formuliert wird. Vielleicht kann das Jahrbuch hier den Anstoß zu einer weiteren Diskussion geben.

Die Vortragsreihe wie auch die Konzeption des Bandes sind in enger Zusammenarbeit mit Lena Foljanty entwickelt worden. Ohne die vielen Diskussionen und Anstöße von ihr wäre beides so nicht zustande gekommen. Ich möchte mich an dieser Stelle bei ihr für die sehr intensive und interessante Zusammenarbeit bedanken.

Der Vortrag über die Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht, den Joachim Vogel im Rahmen der Reihe hielt, ist wohl allen, die ihn gehört haben, wegen seiner brillanten, außerordentlich sachkundigen und allgemeinverständlichen Darstellung besonders in Erinnerung geblieben. Beim anschließenden Abendessen lernte ich Joachim Vogel als einen humorvollen und vor allem herzensguten Menschen kennen. Professor Vogel konnte den Vortragstext, in dem er auch auf die Forschungen des Fritz Bauer Instituts zum Problem der Moral im Nationalsozialismus näher eingegangen war, nicht mehr zu einem eigenen Beitrag umarbeiten. Er starb am 17. August 2013 bei einem tragischen Unfall. Mit Genehmigung des Berliner Wissenschafts-Verlages drucken wir hier Auszüge aus seiner 2004 erschienenen Studie *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht* ab. Die Untersuchung ist aus dem berühmten Vortrag hervorgegangen, den Joachim Vogel 2003 auf der Bayreuther Tagung der deutschen Strafrechtslehrer gehalten hat.

Frankfurt am Main, August 2014
Werner Konitzer

»Jenseits vom Chaos und von Interessenkonflikten«*

Aspekte der Rechtsentwicklung im NS-System
der 1930er Jahre

Herlinde Pauer-Studer

Bereits 1933 passten führende Juristen ihre Staats- und Rechtslehren der neuen politischen Situation und der NS-Ideologie an.¹ Ihre ausgefeilten Begründungen der neuen Staatsform beschönigten die schon im Februar und März 1933 klar erkennbaren Überschreitungen etablierter normativer Standards durch das NS-Regime. Die Aura und Autorität des Faches wurde für eine professionelle Normalisierung des politischen und rechtlichen Ausnahmezustandes eingesetzt. Die Juristen lieferten den theoretischen Beitrag zu den normativen Grundlagen des NS-Systems und trugen zur relativ hohen inneren Stabilität und Akzeptanz des Regimes in der Phase bis zum Ausbruch des Zweiten Weltkrieges bei.

Die Argumente der NS-Rechtstheoretiker zielten darauf ab, eine normative Logik in der Entwicklung von der Weimarer Republik zur nationalsozialistischen Herrschaft aufzuzeigen. Die nationalsozialistische Revolution galt ihnen als historisch zwangsläufiges Ergebnis der angeblich politisch un-

* Nach Reinhard Höhn, »Volk, Staat und Recht«, in: ders., Theodor Maunz, Ernst Swoboda, *Grundfragen der Rechtsauffassung*, München 1938, S. 1–27, hier S. 10. Das volle Zitat lautet: »Die neue deutsche Rechtswissenschaft braucht nicht mehr vom Chaos und von Interessenkonflikten auszugehen, sie hat in der vom Führer geschaffenen Volksgemeinschaft, die die Überwindung des 19. Jahrhunderts bedeutet, eine feste Grundlage.« (Hervorh. im Orig.) – Für kritische Rückmeldungen zu einer ersten Fassung dieses Aufsatzes danke ich Werner Konitzer und Lena Foljanty. Dieser Artikel ist Teil des vom Europäischen Forschungsrat geförderten ERC Advanced Research Grant »Distortions of Normativity«.

1 Siehe dazu Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1973; Michael Stolleis, *Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus*, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2006; Horst Dreier, »Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus«, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 60 (2001), S. 9–72. Stärker die rechtsphilosophische Dimension betonend: Herlinde Pauer-Studer, Einleitung, in: dies., Julian Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*, Berlin 2014, S. 15–135.

haltbaren Zustände in der Weimarer Republik. Der Übergang zum Nationalsozialismus und zum Führerstaat wurde mit plakativen Überlegungen untermauert, die metaphysisch konnotierte Ideen und Formeln ins Spiel brachten. Eine besondere Funktion kam dabei der ideologischen Moralisierung des Rechts zu.

Das Ziel des folgenden Beitrages ist es, einige dieser normativen Verschiebungen näher zu beleuchten.

Gegen den liberal-bürgerlichen Rechtsstaat und die liberale Freiheitskonzeption

Die Begeisterung der regimetreuen Rechtstheoretiker für die neue historische Situation ist unverkennbar. Ihre Botschaft lautet im Wesentlichen: Die Überwindung der Weimarer Republik, der exemplarischen »Verfallsform des bürgerlichen Rechtsstaates«, durch die »nationale Bewegung« war unabdingbar.² In der neuen Staatsform, dem autoritären Führerstaat, finde der Einzelne innerhalb der Volksgemeinschaft die ihm angemessene Stellung und seine ethische Lebensbestimmung. Der Führer garantiere durch seine Person eine Ordnung, die den »Gesamtnutzen vor den Eigennutzen« stelle und »jedem das Seine« zugestehe.³

Einig sind sich die NS-Juristen in der Ablehnung des Liberalismus und der liberalen Staatskonzeption. Das liberale Rechtsdenken werde bestenfalls der historischen Entwicklung des 19. Jahrhunderts, nicht aber den neuen politischen Herausforderungen im 20. Jahrhundert gerecht. Für die NS-Rechtstheoretiker kommt die Epoche des liberal-bürgerlichen Rechtsstaates bereits im August 1914, mit dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges, an ihr Ende. Die Weimarer Republik wird von ihnen zur historisch verfehlten Staatsform stilisiert: In einem von Parteikonflikten und instabilen Regierungen ohne wirkliche politische Autorität geprägten politischen Kontext würden die Rechtsgrundlagen und normativen Strukturen des bürgerlich-liberalen Staates implodieren. Die Weimarer Republik konnte demnach nur

2 Ernst Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg 1933, S. 20, vgl. auch S. 19–28. Die Seiten 14 bis 28 finden sich in Auszügen wiederabgedruckt in: Pauer-Studer, Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, S. 221–232.

3 Vgl. Roland Freisler, *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin 1938, S. 64.

scheitern – sie war nach den NS-Juristen der Versuch, eine überholte Staatsform in das 20. Jahrhundert mit seinen völlig veränderten politischen Gegebenheiten herüberzuretten.

Das Erlebnis des Krieges, insbesondere das »Fronterlebnis«, bedingt gemäß den NS-Theoretikern eine intensive und bislang unbekannte Begegnung mit Gemeinschaft und Zusammengehörigkeit. Das Fronterlebnis verkörpert für sie keine isolierte persönliche Erfahrung der einzelnen Soldaten, sondern eine kollektive Wir-Erfahrung. Eine individualistische Form der Identität und Selbstbestimmung lehnen sie folglich als »unzeitgemäß« ab.

Das kriegsbedingte Kollektiverlebnis wird zum Ausgangspunkt einer neuen Staatsform aufgewertet. So benützt der Rechtswissenschaftler Otto Koellreutter die Fronterfahrung, um die politische Ordnung des NS-Staates als notwendiges Ergebnis der historischen Abläufe zu konstruieren:

»Durch den Weltkrieg, der den politischen Zusammenbruch der bürgerlichen Welt zur Folge hatte, trat im Nationalsozialismus eine andere politische Ausgestaltung der nationalen Idee hervor. Denn der Nationalsozialismus bedeutet die Übertragung und die Durchsetzung des Fronterlebnisses im politischen Leben, gegen die herrschende ›Bürgerlichkeit‹. Diese neue nationale Idee baut bewußt auf einer gesunden völkischen und damit auf einer sozialen Grundlage auf.«⁴

Dass die NS-Bewegung zum Gegenprinzip gegen die liberale Demokratie werden konnte, verdankt sich nach Koellreutter dem »Frontkämpfertum«, also jenen, die »von Gemeinschaft nicht nur redeten, sondern sie und das aus ihr erwachsende Führertum erlebt hatten«.⁵ Entsprechend erfolgt dann der Angriff auf die Weimarer Republik als eine Staatsform, der die innere Beziehung zum deutschen Volk fehle und die sich rechtstheoretisch im positivistischen und substanzlosen Formalismus erschöpfe. Wie Koellreutter schreibt:

»Der Novemberumsturz des Jahres 1918 brachte in Deutschland einen äußerlichen Sieg der formalen Demokratie und des Rechtspositivismus. Aber das durch das Erlebnis des Weltkriegs hindurchgegangene deutsche Volk und vor allem die deutsche Jugend der Nachkriegszeit durchschauten in immer stärkerem Maße die Brüchigkeit dieses Rechtskonstruktivismus, der in der ›reinen‹ Rechts- und Staatslehre Kelsen seine letzte bis ins äußerste folgerichtige Durchführung gefunden hatte. Der Staat

4 Otto Koellreutter, *Grundriß der Allgemeinen Staatslehre*, Tübingen 1933, S. 253.

5 Otto Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht*, 3., durchges. und erg. Aufl., Berlin 1938, S. 21.

wurde für ihn zum Endpunkt einer bloßen Konstruktion und mit der Rechtsordnung definiert.«⁶

In den Schriften Reinhard Höhns findet sich Koellreutters Geschichtsinterpretation bestätigt: Der Erste Weltkrieg habe eine politische Situation geschaffen, der nur eine auf der Gemeinschaftsidee gegründete Form des Staates Rechnung tragen könne. Nach Höhn schuf das Fronterlebnis »die Gemeinschaft der Frontsoldaten«, die »ihre Fortsetzung in der nationalsozialistischen Bewegung und ihren Formationen« fand.⁷ Und Höhn fügt hinzu: »Stärkste Gemeinschaftspersönlichkeit ist der Führer.«⁸

Die Kritik an der Substanzlosigkeit und den fehlenden materialen Rechtsinhalten der Weimarer Republik wird von Ernst Forsthoff in der prägnanten Formulierung auf den Punkt gebracht, dass der Liberalismus notwendig im »agnostisch disqualifizierte[n] Staat« ende.⁹ Seine Einwände richten sich gegen den individualistischen Freiheitsbegriff und die zweckrationale Sicht des Politischen, die den Staat auf einen »Apparaturstaat« reduziere.¹⁰ Fehle ein substantielles gemeinschaftsorientiertes Rechtsverständnis, so sei die Konsequenz die Wendung zum instrumentell organisierten »bürokratischen Rechtsstaat«, der aber, wie Forsthoff kritisiert, dem Einzelnen nicht gerecht werde:

»Eine politische Haltung, die kein eigentliches Gemeinschaftsbewußtsein kennt, die keine Beziehung zu Volk und Volkstum, zu Ehre, Würde und Tradition hat, kann die Staatsorganisation nur rechtfertigen als eine Versicherung auf größtmögliche Ungestörtheit in der privaten Existenz, die man Freiheit nannte. Der liberale Staat rechtfertigte sich aus dem sogen. status negativus (individuellen Freiheitsbereich) des Staatsbürgers.

So versteht es sich von selbst, daß das Gesetz der Zweckrationalität unter den Gesetzen, die einen Staat dieser Art formten, das bestimmende und vorherrschende sein mußte. Das Resultat dieser Entwicklung war der zweckrational, berechenbar und präzise funktionierende, von Max Weber mit unübertrefflicher Richtigkeit gezeichnete bürokratische Apparaturstaat.«¹¹

Die angeblich richtungslose Weimarer Republik vermittele den Bürgern weder Halt noch Orientierung noch klare Überzeugungen vom »Richtigen« und »Falschen«. Demgegenüber wird der Führer zur epistemischen und nor-

6 Ebd.

7 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 8.

8 Ebd.

9 Forsthoff, *Der totale Staat*, S. 10.

10 Ebd., S. 34, vgl. auch S. 11 f.

11 Ebd., S. 11.

mativen Autorität aufgebaut. Im Gegensatz zur Weimarer Republik, einer – in Forsthoffs Worten – »Demokratie ohne Volk« mit »vielfach antiquierten Freiheiten«, die »den Versuch zum Staat ohne Substanz« bedeutete, gewinne der Führerstaat seine Substanz aus der Volksgemeinschaft und dem Führer und dessen Mythos.¹²

Eine Konsequenz der von den NS-Juristen entwickelten Theoriegeschichte ist also die dominante Stellung des Gemeinschaftsgedankens. Dies erklärt, warum die Volksgemeinschaft in der nationalsozialistischen Rechts- und Staatskonzeption als Rechtsquelle und Rechtsprinzip gilt.

Jenseits der liberalen Freiheitskonzeption: Die obsoletere Kategorie der »subjektiven öffentlichen Rechte«

Die historische These einer notwendigen Entwicklung hin zum nationalsozialistischen Führerstaat wird von einer Reihe von theoretischen Forderungen begleitet. Einen besonderen Angriffspunkt in den nationalsozialistischen Rechtslehren bildet der Begriff der »subjektiven öffentlichen Rechte«.

Subjektive öffentliche Rechte sind Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, sie bilden den Kern der liberalen Grundrechte. Gemäß der demokratischen Verfassung der Weimarer Republik umfassen die als liberale Grundrechte geltenden Freiheitsrechte unter anderem das Recht der freien Meinungsäußerung und der Pressefreiheit, das Vereins- und Versammlungsrecht, das Wahlrecht und das Postgeheimnis. Eine solche Gruppe elementarer individueller Rechte konnte den Nationalsozialisten nur hinderlich sein und konkurrenzierte ihre politischen Ziele. So erklärt Otto Koellreutter vollmundig:

»Daß es liberale Grundrechte, also in diesem Sinne ›echte‹ Grundrechte, im deutschen Führerstaate nicht mehr geben kann, ist selbstverständlich. Denn die liberalen Grundrechte und die mit ihnen Hand in Hand gehende Überbetonung der ›wohlerworbenen‹ Rechte und der subjektiven öffentlichen Rechte widersprechen der Gemeinschaft als dem politischen Grundwert des Nationalsozialismus. In Auswirkung einer individualistischen Staats- und Rechtsidee wirkten sich diese Grundrechte für den Aufbau eines völkischen Gemeinschaftslebens schädlich aus.«¹³

12 Ebd., S. 20.

13 Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht*, S. 89 f. Siehe den Wiederabdruck dieser Textpassage in Pauer-Studer, Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, S. 234.

Politisch waren die Fakten bereits Ende Februar 1933 geschaffen. Die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933 rechtfertigte mit dem Hinweis auf die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung weitgehende Beschränkungen der in der Weimarer Verfassung verbürgten Freiheits- und Grundrechte. Die NS-Juristen liefern also mit ihrer Kritik am Konzept der subjektiven öffentlichen Rechte nachträglich den theoretischen Überbau für die politischen Eingriffe des NS-Regimes in die Freiheits- und Rechtssphäre der Bürgerinnen und Bürger. Ihre Argumente zielen wiederum auf die Kontextgebundenheit der juristischen Begriffe.

Der Idee subjektiver öffentlicher Rechte wird von den NS-Rechtstheoretikern eine gewisse historische Berechtigung zugestanden. Die Relevanz individueller Freiheitsrechte im Rahmen der konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts gilt als unbestritten. Denn Anspruchsrechte gegen den Monarchen, den zur »juristischen Staatsperson« aufgewerteten Souverän, bilden nach den NS-Juristen ein zentrales Element der im Zuge bürgerlicher Emanzipationsbestrebungen einsetzenden Ausbildung des liberalen Rechtsstaates. So betont Reinhard Höhn, dass die konstitutionelle Entwicklung im 19. Jahrhundert »auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts das individualistische Rechtssystem durch die Einführung der Grundrechte, der subjektiven öffentlichen Rechte und vor allem der juristischen Staatsperson, die an die Stelle des souveränen Fürsten tritt, vertieft« und damit »das individualistische Rechtssystem als ein System von Beziehungen zwischen Individuen vollendet« habe.¹⁴ Doch die klar erkennbare »historische Bedingtheit des individualistischen Systems« verlange nach einer Neuorientierung und einer neuen Begrifflichkeit.¹⁵

Höhns Argumentation geht gänzlich konform mit der Linie von Hans Frank, dem Präsidenten der Akademie für Deutsches Recht¹⁶, für den im nationalsozialistischen Staat gleichfalls die Kernthesen der liberalen Rechtsauffassung, insbesondere »die Gewaltentrennung in ihrer liberalen Ausprägung, ihr Freiheitsbegriff, ihre Auffassung vom Wesen des Staates und das liberale Staats- und Untertanenverhältnis und damit auch die Lehre von den Grund-

14 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 3.

15 Ebd., S. 5.

16 Die 1933 gegründete Akademie für Deutsches Recht war maßgeblich an der juristischen Umgestaltung des NS-Staates beteiligt. Besonders die von ihr herausgegebene *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, die bis zum Jahre 1944 erschien, bildete ein wichtiges Forum der fachlichen Diskussion und Auseinandersetzung unter den NS-Rechtstheoretikern.

rechten und den subjektiven öffentlichen Rechten ihre Bedeutung verloren« haben.¹⁷

Ernst Forsthoff versucht sich an einem über die historische Ebene hinausreichenden systematischen Argument, warum die Kategorie der Freiheitsrechte im NS-System entbehrlich sei. Da subjektiv-öffentliche Rechte als Schutz- und Anspruchsrechte gegen den Staat konzipiert seien, komme dieser Kategorie nur in einem System Bedeutung zu, in dem sich Souverän und Bürger antagonistisch gegenüberstünden. In einer politischen Situation, in der ein klar erkennbarer Souverän mit politischer Macht fehle, verliere die Idee subjektiver öffentlicher Rechte ihre Basis. So schreibt Forsthoff, dass es nur, solange »der König als außergesetzlicher Souverän herrschte«, einen »wirklichen Gegenspieler« gab, »gegen den es einen Sinn hatte, Eigengesetzlichkeiten und Freiheiten in Anspruch zu nehmen« und einzufordern.¹⁸ Seine weitere Folgerung lautet: Da die Weimarer Republik mit ihren instabilen und schwachen Regierungskoalitionen praktisch über keinen mit politischer Autorität ausgestatteten Souverän verfügte, fehle der normative Rahmen für eine Verankerung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte. In einer solchen Situation des Machtvakuum könne die Berufung auf individuelle Rechte nur zu unregelmäßigen Interessendynamiken und letztlich zum Chaos führen.

Interessant sind die Implikationen von Forsthoffs Begründung hinsichtlich der Stellung des Führers. Nach der Logik seines Arguments ist der Führer kein absolutistischer Souverän, vor allem sei er keine außergesetzliche Instanz. Denn der Führer, so die Maxime der NS-Jurisprudenz, verkörpere das Gesetz.

Die Konzeption subjektiver öffentlicher Rechte gilt den NS-Juristen als eine »abstrakte und rationale Konstruktion«¹⁹, verknüpft mit einem System von »überkommenen Allgemeinbegriffen und dem damit verbundenen abstrakten Rechtsdenken«²⁰, das seine Ursprünge sowohl im aufklärerischen Naturrecht als auch im Rechtspositivismus habe und nun vom konkreten und

17 Hans Frank, »Einführung«, in: ders. (Hrsg.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, München 1937, S. XII. Weitere Belege für diese angeblich historisch notwendige Ablösung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte finden sich in den Beiträgen von Theodor Maunz und Ulrich Scheuner im selben Band. Siehe Theodor Maunz, »Das Verwaltungsrecht des nationalsozialistischen Staates«, ebd., S. 27–48, bes. S. 35–37; Ulrich Scheuner, »Die Rechtsstellung der Persönlichkeit in der Gemeinschaft«, ebd., S. 82–98.

18 Forsthoff, *Der totale Staat*, S. 22.

19 Scheuner, »Rechtsstellung der Persönlichkeit«, S. 87.

20 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 5.

substanzgebundenen Ordnungsdenken der nationalsozialistischen Jurisprudenz notwendig verdrängt und abgelöst worden sei. Mit der Ablehnung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte ist selbstredend auch die Ablehnung der liberalen Freiheitskonzeption verbunden. Es gilt nicht mehr das Verhältnis Staat versus Individuum: Im Führerstaat erübrige es sich, dass die Einzelperson zu ihrem Schutz legitime Rechte gegen die umfassende Macht des Staates geltend mache.

Die Zurückweisung des Begriffs der subjektiven öffentlichen Rechte durch die NS-Juristen ordnet sich in eine umfassendere Verschiebung ein, nämlich in die Abwertung, ja die Auflösung des Privatrechts. Das öffentliche Recht, so die These, habe Vorrang vor dem Privatrecht. Zur Ablehnung von subjektiven öffentlichen Rechten gehöre es, dass »der Gegensatz zwischen öffentlichem und privatem Recht aufgehoben ist.«²¹

Aus heutiger Perspektive wirkt diese Argumentation unverständlich, ja paradox. Denn subjektive öffentliche Rechte sind Rechte, die das Individuum gegen den Staat hat. Bürgerliche Grundrechte sind somit Teil des öffentlichen Rechts. Doch der Angriff der NS-Juristen auf das Privatrecht richtet sich hier auf die mit dem Konzept individueller Rechte assoziierte Sphäre des Persönlichen und Privaten, die zu schützen der Staat verpflichtet ist und in die er nicht beliebig intervenieren kann.²² Der Angriff zielt auf die Idee der negativen Freiheit – auf einen Bereich, in dem die Einzelnen autonom ihren eigenen Projekten innerhalb der vom Staat garantierten Sphäre persönlicher Freiheit nachgehen können.

Nach den NS-Rechtstheoretikern ist ein an der liberalen Freiheitsidee orientierter Individualismus in einem gemeinschaftskonstitutiven System wie dem Nationalsozialismus, wo Führerautorität und Volksgemeinschaft als gleichwertige Rechtsquellen die soziale und rechtliche Stellung des Einzelnen verbürgen, nicht nur überflüssig, sondern »schädlich«. Der von der Rechtsordnung gewährte Schutz gelte, wie zum Beispiel Ulrich Scheuner schreibt, nicht den Rechten der Einzelperson, sondern »den Lebensgütern der Nation, Ehre, Volksgesundheit, Volkstum.«²³ Und er stellt klar, dass

21 Walter Hamel, »Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei im nationalsozialistischen Staate«, in: Frank (Hrsg.), *Deutsches Verwaltungsrecht*, S. 381–398, hier S. 390.

22 Für eine sehr hilfreiche Diskussion zu diesem Punkt danke ich Joachim Rückert. Die Logik dieser Angriffe auf das »Privatrecht« ist letztlich nur aus der internen Sicht der Nationalsozialisten und ihrer Infragestellung der gesamten römischen Rechtstradition zu verstehen.

23 Scheuner, »Rechtsstellung der Persönlichkeit«, S. 92.

Pflichten gegen die Gemeinschaft, nicht die gegen den Staat gerichteten negativen Rechte des Individuums im Vordergrund stehen.²⁴

Mit diesen Überlegungen folgen die Juristen klar dem Chefideologen der NS-Rechtswissenschaft, Hans Frank. Niemand hat so deutlich und emphatisch wie er das Ziel dieser Umschreibung der rechtstheoretischen Begrifflichkeiten und die Logik der Relativierung subjektiver Rechte skizziert. In seiner unverwechselbaren Rhetorik weist Frank die Richtung:

»Der Gefolgschafts- und Führergedanke ist der grundsätzliche Ausgangspunkt für die rechtliche Stellung der Gemeinschaftspersönlichkeit in der Gemeinschaft. Dadurch ist das staatsgerichtete subjektive öffentliche Recht, ein wesentlicher Inhalt der liberalen Rechtslehre einer vergangenen politischen Vorstellungswelt, und die juristische Staatsperson für das Verwaltungsrecht überwunden. Die Problemstellung lautet nicht mehr einzelner und Staat oder gegen den Staat, sondern Gemeinschaftsglied in der Gemeinschaft. An die Stelle der Summe der Individuen ist die blut- und schicksalsverbundene Volksgemeinschaft getreten. Sie ist der lebendige Organismus, seine politische Einheit ist das Reich. Und dieses Reich steht als Ergebnis der politischen Formung durch den Nationalsozialismus in neuer verfassungsmäßiger Gestalt – als Einheitsstaat – vor uns.«²⁵

Der rassistisch besetzte Gemeinschaftsbegriff dient der Abwertung des Stellenwerts der Person und untermauert den absoluten Anspruch der Führerautorität in einem nach der völkischen Gesamtordnung strukturierten politischen System. Basis des NS-Staats ist somit eine umfassende politische Lehre, die alle Lebensbereiche der Volksgenossen normativ durchdringt und zu regeln beansprucht. Das, was gut und richtig ist, wird von der politischen Führung mit dem Wissen um die richtige Volksordnung vorgegeben und vom Rechtsgefühl der einzelnen Volksgenossen bestätigt: denn Sittlichkeit, Politik und Recht decken sich.

Einheit von Recht und Sittlichkeit: Die »Ethisierung des Rechts«

Einen Gutteil der von ihnen diagnostizierten Defizite der Weimarer Republik schreiben die NS-Juristen dem Rechtspositivismus zu. Der das Staatsverständnis der Weimarer Zeit bestimmende Rechtspositivismus sei infolge

24 Vgl. ebd., S. 89 f. Vgl. auch Theodor Maunz, »Verwaltungsrecht des nationalsozialistischen Staates«, S. 35–37.

25 Frank, »Einführung«, in: ders., *Deutsches Verwaltungsrecht*, S. XII.

eines »formalistischen« Rechtsbegriffs und der strikten Trennung von Recht und Moral für die ethische Richtungslosigkeit des Deutschlands der 1920er Jahre verantwortlich. So ist nach Forsthoff der liberale, »auf Normierung und berechenbarer Vollziehung basierende Staat außerstande, sachliche Unterscheidungen wie wahr – unwahr, gerecht – ungerecht, gut – böse, sittlich – unsittlich zu vollziehen, da ihm die Substanz fehlt, aus der heraus solche Unterscheidungen getroffen werden können.«²⁶ Gegen den angeblichen Formalismus der Weimarer Verfassung fordern die NS-Juristen ein materiales Rechtsverständnis und die Zurückweisung von Positivismus und Individualismus.

Die scharfe Kritik am Rechtspositivismus richtet sich vorwiegend gegen dessen wissenschaftlich bedeutendsten Exponenten – Hans Kelsen. So bezeichnet Karl Larenz Kelsens *Reine Rechtslehre* als »eine Erscheinungsform der geistigen Überfremdung.«²⁷ Und er betont, dass es die Leistung Carl Schmitts gewesen sei, das »Wesen des Politischen« und »die einfache Realität des politischen Lebens gegenüber den künstlichen Abstraktionen der Wiener Schule wieder zur Geltung« zu bringen.²⁸ Die Angriffe richten sich insbesondere gegen Kelsens Forderung, Recht und Moral als getrennte normative Bereiche zu behandeln. Durch den Rechtspositivismus werde das Recht, wie Larenz betont, aus »seinem natürlichen Zusammenhang mit der nationalen Sitte und der Sittlichkeit« gerissen.²⁹

Der Rechtspositivismus verteidigt in der Tat die Separierung von Recht und Moral. Moral setzt nach der Meinung der Rechtspositivisten lediglich externe Standards zur Bewertung von Rechtsnormen.³⁰ Ethische Überlegungen werden demnach bestenfalls in schwierigen Fällen (»hard cases«) relevant, also in Fällen, in denen richterliche Urteile gesetzlich nicht eindeutig vorgegeben sind, sondern weitgehend im Ermessen des Richters liegen.

²⁶ Forsthoff, *Der totale Staat*, S. 13 f.

²⁷ Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 11.

²⁸ Ebd., S. 18.

²⁹ Ebd., S. 12. Larenz schreibt in Anlehnung an Hegel: »Der objektive Geist eines Volkes, wie er uns in seinen Objektivationen als Sprache, Sitte, Recht und Kultur dieses Volkes entgegentritt und in ihm weiterlebt, kann nicht nur psychologisch begriffen werden [...]; denn der objektive Geist gehört niemals dem einzelnen Individuum als solchem, sondern eben der Gemeinschaft als Lebensganzem an. Er ist darum auch immer der Geist eines bestimmten, durch Blut und Schicksal innerlich geformten Volkes.« (Ebd., S. 16, Hervorh. im Orig.)

³⁰ Vgl. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2., vollst. neu bearb. und erw. Aufl., Wien 2000; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, second edition, with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford 1994.

Die NS-Rechtstheoretiker setzen sich entschieden von einer solchen Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Ethik ab. Ihr Programm ist es, den Unterschied von Recht und Moral aufzuheben. Konkret bedeutet dies, ethische Konzepte wie sittliche Pflicht, Anständigkeit, Ehre und Treue auch als Rechtsbegriffe zu verstehen. Wie eng Recht und Moral im NS-System zusammenrücken, verdeutlicht etwa die Aussage Walter Hamels in einem Text zum Polizeirecht, dass im Nationalsozialismus »ein Unterschied zwischen moralischer Pflicht und Rechtspflicht zum Handeln [...] nicht mehr gemacht werden« könne.³¹

Ethische Grundsätze sind nach den NS-Juristen mit Rechtsprinzipien gleichzusetzen. Ethik und Moral sind also ins Recht eingebunden und nicht nur im Falle von Ermessensentscheidungen der Richter rechtswirksam. So fordert Höhn, dass sich die Gerechtigkeitsvorstellungen anders als im Rechtspositivismus nicht auf »ethische Wertvorstellungen« reduzieren dürften, »die in der Rechtsnorm unmittelbar keinen Ausdruck finden können, aber bei der Rechtsetzung und Rechtsanwendung Berücksichtigung finden sollen«.³² Nach Höhn folgt aus der positivistischen Trennung von Ethik und Recht, dass »die Gerechtigkeitsidee das positive Recht (niemals) unmittelbar zu durchdringen« vermöge.³³ Für »die neue deutsche Rechtsauffassung« gelte es jedoch, »diesen Zwiespalt zwischen Gerechtigkeitsidee und Gesetzesrecht zu überwinden«. Höhn bringt den Kern der neuen Rechtskonzeption in der markanten Formulierung auf den Punkt: »*Recht ist nach der deutschen Rechtslehre weder ein Normensystem noch eine Summe von Wertvorstellungen, Recht ist Ausdruck der Ordnung der Gemeinschaft.* Die Gerechtigkeit steht nicht außerhalb des Rechts.«³⁴

Das Recht ist nach Höhn »nicht eine bloße Technik, um selbständige sittliche Grundsätze zur Anwendung zu bringen, Recht kann vielmehr nur die gelebte Sittlichkeit eines Volkes selbst bedeuten.«³⁵ Die Verschiebung der Ethik in das Recht gewinnt bei Höhn eine klar ideologische Dimension, indem er die Verbindung zur arischen Gleichheit und zur Rassenlehre herstellt. So schreibt er:

31 Walter Hamel, »Wesen und Rechtsgrundlagen der Polizei«, S. 384.

32 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 13; wiederabgedruckt findet sich diese Passage in Pauer-Studer, Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts*, S. 160.

33 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 13 (*Rechtfertigungen des Unrechts*, S. 161).

34 Ebd., Hervorh. im Orig.

35 Ebd.

»Voraussetzung dafür, das Recht in der Gemeinschaft leben zu können, ist die Einheit des Blutes. Daher baut die deutsche Rechtslehre auf dem Rassegedanken auf. In der Rasse liegt nach nationalsozialistischer Weltanschauung die Wirklichkeit jeder Einheit von Ideal und Leben. Wenn somit die deutsche Rechtslehre betont, daß die Gemeinschaft nicht bloß in Wertideen besteht, sondern als konkrete Ordnung des Lebens gelebt und gewußt werden muß, so muß sie die Begrenzung der Volksgemeinschaft auf eine bloße Rechtsgemeinschaft ablehnen [...] *Damit verliert auch die scharfe Trennung von Recht und Sittlichkeit ihre Bedeutung.* [...] Recht kann vielmehr nur die gelebte Sittlichkeit eines Volkes selbst bedeuten.«³⁶

Und unter Berufung auf Rosenberg präzisiert Höhn, was er unter dieser »gelebten Sittlichkeit« versteht:

»In diesem Zusammenhang pflegt Alfred *Rosenberg* daher mit Recht den indischen Spruch zu zitieren: *»Recht und Unrecht gehen nicht umher und sagen: Das sind wir, sondern Recht ist das, was arische Menschen für Recht befinden, und Unrecht das, was sie verwerfen.«*³⁷

Ethisierung des Rechts besagt also, dass der zentrale Gemeinschaftsgedanke zum Rechtselement avanciert. Wie Höhn schreibt, *»ist die Gemeinschaft nach der neuen deutschen Rechtsauffassung nicht nur eine soziale Tatsache, sondern auch Rechtsprinzip.«*³⁸ Indem die Gemeinschaftsidee ins Recht integriert wird, rücken auch die für die nationalsozialistische Konzeption der Gemeinschaft konstitutiven ethischen Tugenden und Konzepte in das Recht. Konkret bedeutet dies, dass Ehre, Treue, Rasse und Boden nun auch ins Recht Eingang finden.³⁹ Doch aus der Perspektive eines »individualistischen Rechtssystems« müssen solche Begriffe, wie Höhn einräumt, als »wesensfremd und »unjuristisch«« erscheinen.⁴⁰

Indem die Ethisierung des Rechts die Differenz zwischen sittlichen und rechtlichen Pflichten beseitigt, werden ehrenvolles und treues Verhalten rechtlich einforderbar. Gleichzeitig spricht Höhn den Mitgliedern der arischen Volksgemeinschaft die vorrangige, ja alleinige Kompetenz in Rechts- und Wertungsfragen zu: Ihr Urteil definiert, was als richtig und falsch, was als Wert und Unwert, was als Recht und Unrecht gilt.

Höhn betont, dass das Konzept der Volksgemeinschaft nicht auf das einer Rechtsgemeinschaft reduziert werden könne. Damit schafft er einen er-

36 Ebd., Hervorh. im Orig.

37 Ebd., Hervorh. im Orig.

38 Ebd., S. 9, Hervorh. im Orig.

39 Ebd.

40 Ebd.

heblichen Freiraum in der Interpretation des Gemeinschaftsbegriffs im Rahmen eines rassegebundenen Kommunitarismus. Einerseits wird das Konzept der Volksgemeinschaft zum Rechtsbegriff erklärt und gewinnt damit den normativen Status und das Gewicht eines Rechtsprinzips, das die konkrete Normsetzung bestimmt. Auf der anderen Seite wird der Idee der Volksgemeinschaft auch eine überrechtliche Bedeutung zugeschrieben, womit das Prinzip der Gemeinschaft für ideologische Neubestimmungen offen bleibt.

Wie genau ist es zu verstehen, dass ein Begriff gleichzeitig ein Rechtsprinzip, einen ethischen Grundsatz und eine überrechtliche Idee verkörpert? Um nicht augenfällig widersprüchlich zu argumentieren, muss Höhn in einem ersten Schritt den Unterschied von Recht und Moral einebnen. Doch damit hat er nur erreicht, dass »Gemeinschaft« gleichzeitig einen rechtlichen und einen ethischen Begriff verkörpert. Selbst dies bedeutet ihm offenbar noch zu viel an Festlegung. Deshalb betont er auch den überrechtlichen Status der Gemeinschaftsidee jenseits von Ethik und Recht. Somit ist eine Projektionsfläche für beliebige Interpretationen und Zuschreibungen dessen, was Gemeinschaft bedeuten solle, geschaffen.⁴¹

Die Verschiebung des Gemeinschaftsgedankens in das Recht ist für die NS-Jurisprudenz und die NS-Politik strukturell äußerst wichtig. Denn mit der Aufwertung zum Rechtsprinzip sind auch normative Konsequenzen verbunden. Besonders relevant ist, dass zu den erwähnten für den Gemeinschaftsgeist konstitutiven Komponenten wie Ehre, Treue, Rasse und Boden noch das Element der Artgleichheit und des artgleichen Erlebens hinzutritt. So schreibt Höhn:

»Das Werden des Gemeinschaftsgeistes ist nun an gewisse Voraussetzungen gebunden, vor allem an die Artgleichheit derjenigen Menschen, die die Gemeinschaft bilden. Infolgedessen baut die deutsche Rechtsauffassung auf den Tatsachen der Rassenlehre auf. *Gleiches Denken, Fühlen und Handeln in einem Volk ist notwendig durch artmäßige Anlagen bedingt.*«⁴²

Mit diesem Argument ist nicht nur die ideologische Verbindung zur NS-Rassenlehre hergestellt, sondern auch deren juristische Verankerung gesichert. Indem Höhn die Wahrung der rassistisch definierten Volksgemeinschaft zur Rechtspflicht erklärt, erscheint die Rassengesetzgebung nur folgerichtig.

41 Höhns Argumentation ist ein anschauliches Beispiel für die methodische Strategie in vielen Texten der NS-Juristen. In seiner Gedankenführung benützt er durchaus gängige Begrifflichkeiten, die aber dann in einer geschickten Erweiterung und Umdeutung die Basis spezifischer mit der NS-Ideologie konformer Rechtsbegriffe bilden.

42 Höhn, »Volk, Staat und Recht«, S. 8, Hervorh. im Orig.