

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 135

„Gesetz“ im Staatsrecht  
und in der Staatsrechtslehre des NS

Von

Dr. Dietrich Kirschenmann



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**DIETRICH KIRSCHENMANN**

**„Gesetz“ im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 135**

# „Gesetz“ im Staatsrecht und in der Staatsrechtslehre des NS

Von

Dr. Dietrich Kirschenmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1970 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**D 21**

## Vorwort

Diese Arbeit lag im Winter-Semester 1969/70 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Tübingen als Dissertation vor.

Bei Herrn Professor Bachof, der die Arbeit betreute, möchte ich mich für die aufgewendete Mühe bedanken. Aus den von ihm in den Sommer-Semestern 1967 und 1968 abgehaltenen Seminaren über Staatsrecht und Staatsrechtslehre im NS erhielt ich vielfältige Anregungen.

Bedanken möchte ich mich auch bei Herrn Ministerialrat a.D. Dr. Johannes Broermann, der sich bereit fand, die Arbeit in die ‚Schriften zum Öffentlichen Recht‘ aufzunehmen.

*Dietrich Kirschenmann*



# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	9
<b>1. Ziel, Methode und Ausgrenzungen</b> .....	11
1.1. Das Ziel der Arbeit .....	11
1.2. Die Methode der Darstellung .....	19
1.3. Die Unterscheidung von Gesetz und anderen ‚Mitteln‘ des Führer-Willens .....	22
<b>2. Kategorien nationalsozialistischer Staats- und Rechtsvorstellung</b> .....	29
2.1. Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken .....	29
2.2. Der objektive (absolute) Idealismus .....	36
2.3. Der völkische Vitalismus .....	45
<b>3. Die materialen Qualitäten des Gesetzes nach nationalsozialistischer Rechtsvorstellung</b> .....	53
3.1. Das gemeinsame Element nationalsozialistischer Staats- und Rechtsvorstellung: die Führer-Formel .....	53
3.2. Exkurs: Das Unbehagen am Rechtsstaat in der Weimarer Zeit. Carl Schmitts Rechtsstaatskritik als Beispiel .....	62
3.3. Die nationalsozialistische ‚Rechtsurquelle‘: Legitimität ohne Legalität .....	69
3.3.1. Vom ‚Wesen rechter Ordnung‘; dargestellt an Karl Larenz' Methodenlehre völkischen Rechtsdenkens .....	72
3.3.2. Von der Legitimität zur ‚légalité qui tue‘ .....	83
3.4. Recht = Gesetz = förmliches Verfahren .....	88
<b>4. Die formalen Qualitäten des Gesetzes nach nationalsozialistischer Rechtsvorstellung</b> .....	96
4.1. Entstehungsverfahren (Entstehungsbeteiligte) .....	98
4.1.1. Ein Führer, ein Gesetzgeber .....	98
4.1.1.1. Der Griff nach der Gesetzgebung als Teil der nationalsozialistischen Machtergreifung .....	98
4.1.1.2. Mediale Führer-Gesetzgebung .....	104
4.1.1.3. Direkte Führer-Gesetzgebung .....	109
4.1.2. Ein Führer, mehrere Gesetzgeber .....	113
4.1.2.1. Der Beauftragte für den Vierjahresplan .....	113
4.1.2.2. Der Ministerrat für die Reichsverteidigung .....	114
4.1.2.3. Das Dreierkollegium .....	116
4.1.3. Drei und ein Gesetzgeber: Rang und Reihe .....	117

4.2.	Erscheinungsform .....	121
4.2.1.	Terminologisches oder: Gesetz ist, was so heißt; aber, was so heißt, ist vielleicht Verordnung .....	121
4.2.2.	Schaubild zur ‚materiellen‘ Gesetzgebung im NS-Staat .....	130
4.2.3.	Die Publikation des Gesetzes, das ‚Minimum von Form‘ .....	129
4.3.	Zur Typik des NS-Staates: Die ‚geplante Strukturlosigkeit‘ .....	133
<b>Literaturverzeichnis .....</b>		<b>137</b>

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	= am angegebenen Ort
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
ARSPh	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JW	= Juristische Wochenschrift
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
R Verw.Bl.	= Reichsverwaltungsblatt
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZDK	= Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft



# 1. Ziel, Methode und Ausgrenzungen

## 1.1. Das Ziel der Arbeit

Nach dem Ende des NS-Staates las man es anders als zu dessen Anfang. Sagte einer 1934, es habe ihn als „Juristen zum Nationalsozialismus getrieben“<sup>1</sup>, so sagte er in seinen „Erfahrungen aus der Zeit 1945/47“, die „deutsche Bildungsschicht“ — damit auch er — seien die „Beute einer verschworenen Gemeinschaft“ geworden<sup>2</sup>, erklärte er 1934 seinen Drang zum NS aus der Erkenntnis des „Bankerott(s) der idées générales“<sup>3</sup>, so wußte er nach 1945, zumindest für den „Forscher und Lehrer des öffentlichen Rechts“, zu deuten, daß er sich leicht als Beute des NS schlagen ließ, liege daran: „Der Stoff, aus dem er seine Begriffe bildet, und auf den er für seine wissenschaftliche Arbeit angewiesen ist, bindet ihn an politische Situationen, deren Gunst oder Ungunst, Glück oder Unglück, Sieg oder Niederlage auch den Forscher und Lehrer erfaßt und sein persönliches Schicksal entscheidet“<sup>4</sup>.

Der Widerspruch scheint offenkundig, Ironie liegt nahe. Doch was so widersprüchlich klingt: einmal die freiwillige Hinneigung zum, dann wieder Beute des NS, einmal Wendung gegen positivistischen Rationalismus, gegen die cartesianischen ‚idées générales‘, dann wieder Positivismus — der Stoff, aus dem der Jurist seine Begriffe bildet, ist ihm vorgegeben, ob die Erkenntnis seiner wissenschaftlichen Arbeit richtig oder falsch, darüber entscheidet (wie über sein persönliches Schicksal) letztlich die ‚politische Situation‘ — wie ihn platter selbst ein Bergbohm nicht hätte abziehen können.

Die Neigung zum NS, die individuelle Motivation für den Zulauf deutscher Intellektueller zum NS, bringen außer Carl Schmitt auch andere, sogar die Nicht-Betroffenen, variieren sie von ‚Opportunismus‘ bis ‚Idealismus‘<sup>5</sup>. Carl Schmitt steht dafür nur als Beispiel. Und gleich

<sup>1</sup> Carl Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: DR 1934, S. 325.

<sup>2</sup> Carl Schmitt, Ex captivitate salus, Köln 1950, S. 18.

<sup>3</sup> Carl Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, a.a.O.

<sup>4</sup> Carl Schmitt, Ex captivitate salus, a.a.O., S. 56. Ganz in diesem Sinne verstand auch E. Jünger die Lage seines Freundes Carl Schmitt in der NS-Zeit: „Das sind so Mißgeschicke des Berufs.“ (E. Jünger, Strahlungen, Tübingen 1949, S. 455.)

<sup>5</sup> Vgl. zu diesen Erklärungen der individuellen Dispositionen die Analyse der Vorlesungsreihe über Wissenschaft und NS von W. F. Haug, Der hilflose Antifaschismus, Frankfurt am Main, 1967, S. 56 ff., S. 60 ff., S. 70 ff., S. 77 ff.

ihm versperren sie damit nicht selten die Einsicht in die objektiven Bedingungen des NS, drängen ins Psychologisierende ab, personalisieren, was sie erklären sollen, wissenschaftliche Auseinandersetzung verharret dann bei ‚Mit-dem-Fingerzeigen‘ oder bei ‚menschlichem Verstehen‘. Freilich gilt es jene individuellen Motivationen zu begreifen, damit die Ursache der Massenbasis des NS (wie auch des Zulaufs von Intellektuellen), *einer* der Voraussetzungen der NS-Herrschaft, zu erklären, und freilich bedarf es dazu einer verstehenden, einer „apologetischen Dimension“<sup>6</sup>, einer Dimension jedoch, die im Falschen das Wahre zu erkennen trachtet, die einsichtig macht: „Was jene Individuen ‚eigentlich bewegt‘ hat, was sie anstrebten und erhofften, was ihr Verhalten ‚eigentlich ausdrückte‘ etc., zeigt sich im Effekt meist nur noch ganz verzerrt, entfremdet und verraten“<sup>7</sup>. Nur diese Dimension, die die individuellen Motivationen ‚übersetzte‘, könnte erklären, warum einer tatsächlich (freiwilliger) Befürworter und zugleich (unfreiwillige) Beute des NS werden konnte, warum die NS-Herrschaft „selbst diejenigen noch mit aller Radikalität trifft und in sich einbezieht, im Namen von deren Emanzipation sie zu funktionieren vorgibt“<sup>8</sup>.

2. Zu ‚übersetzen‘ gälte es in der individuellen Motivation der Neigung zum NS vor allem eine Protest-Haltung: die gegen den Kapitalismus. Kapitalismus nicht eigentlich verstanden als ökonomisches System, beruhend auf zweckrationalen Techniken, vielmehr als ‚geistiges‘ Substrat fortgeschrittener Industrialisierung. Der nicht durchschaute Zusammenhang von Technik, Produktion und Verwaltung in der industriell fortgeschrittenen Gesellschaft, die Entfremdung, entstanden aus der Diskrepanz stetig erweiterter technischer Verfügungen und der zurückgebliebenen praktischen Beherrschung seines Geschicks durch den Menschen, äußert sich in Krisen-Gefühl und Krisen-Theorie. Der Protest gegen die Krise verharret jedoch im bloßen Hoffen auf Erlösung. Erlösung nicht durch kritische Einsicht in Gewaltverhältnisse — die schon darum verschlossen bleibt, weil nicht das ökonomische System, sondern das ‚geistige‘ Substrat, nicht die Ursache, sondern die Folge, Ziel des Protests bildet — vielmehr durch Wirken geheimnisvoller ‚geschichtsmächtiger‘ Kräfte in der ‚Gemeinschaft‘ oder aber in einem einzelnen, dem Heros, der gleichsam von außen an die Geschichte

---

<sup>6</sup> a.a.O., S. 79.

<sup>7</sup> Ebenda.

<sup>8</sup> Lieber, *Die deutsche Lebensphilosophie und ihre Folgen*, in: *Universitätstage 1966, Nationalsozialismus und die deutsche Universität*, Berlin 1966. S. 92.

Lieber bezieht a.a.O. Emanzipation auf die ‚Massen‘, doch gilt diese Charakterisierung des NS auch für wissenschaftliche ‚Emanzipations‘-Bestrebungen.

herantritt<sup>9</sup>. Es ist ein Protest der apokryphen Ziele und der apokryphen Mittel, sein Ziel bildet nicht Emanzipation durch praktische Vernunft, seine Mittel bezwecken die ‚Fehlentwicklung‘ des Kapitalismus (synonyme Termini: Liberalismus, Individualismus) einfach rückgängig zu machen. Eben wegen der mangelnden kritischen Aufklärung über seine eigentliche Ursache, eben wegen seiner falschen Mittel, läßt sich der Protest vom NS manipulativ auffangen und gegen die wirklichen Interessen seiner Träger kehren.

Der Protest gegen die als schlecht geworden empfundene Welt des Kapitalismus richtet sich vornehmlich gegen zweierlei: die *Gesellschaft* samt ihrer Form der (unmittelbaren) Herrschaft und das (verkürzt gesagt: cartesianische wie empiristische) *rationale Denken*. Der industriellen Gesellschaft und den ‚liberalistischen Zerreißen‘ des Parlamentarismus stellt er die Gemeinschaft, dem rationalen Denken die Hingabe an die Intuition entgegen. Freilich nur in seiner ersten Zeit, in der Philosophie Nietzsches oder Bergsons, in der impressionistischen Kunst, in der Jugendbewegung schließlich, sucht dieser Protest den zunehmenden technischen Zwang zu treffen, dagegen ruft er die Möglichkeiten des ‚Lebens‘. Der Protest verkehrt sich jedoch bald zur Affirmation, veräußert, insbesondere nach dem ersten Weltkrieg, zu einem Kampf gegen den Parlamentarismus, wogegen er sich einstmals mit Recht wandte, das versagte Glück des Menschen, das preist er später, pflichtbewußter Gehorsam, selbstloser Dienst, fragloser Einsatz, sie werden Tugenden genannt, die (vom Kapitalismus geprägte) Wirklichkeit gar, sie soll praktischer Vernunft verschlossen bleiben, die „Wirklichkeit läßt sich nicht erkennen, sie läßt sich nur anerkennen“<sup>10</sup>.

Die eine Richtung des Protests, den Streit um das rationalistische Denken, um den positivistischen Rationalismus insbesondere, jene dem kapitalistischen Wirtschaften korrelierende spezifische ‚occidentale Rationalität‘ (Max Weber), bestimmt vor allem eine Denkart: der Irrationalismus. Der Irrationalismus läßt sich hauptsächlich nur negativ abgrenzen, aus dem Gegenteil dessen bestimmen, was er dem Rationalismus vorwirft: dessen pure Begrifflichkeit, dessen analytische Methode verfehle die Wirklichkeit, da sie zerstöre, was sie begrifflich auflöse. Die bedeutendsten Phänomene des Lebens ließen sich nicht in abstrakte Merkmale zergliedern, weil sie zergliedert ihren ursprünglichen, vom

<sup>9</sup> Alle diese Züge eines anti-kapitalistischen Protests werden bereits in den beiden ersten größeren bürgerlichen Protest-Reaktionen auf den fortgeschrittenen Kapitalismus, der Lebensphilosophie und der Jugendbewegung, sichtbar. Vgl. dazu: v. Krockow, Die Entscheidung, Stuttgart 1958, S. 28 ff.

<sup>10</sup> H. Forsthoff, Das Ende der humanistischen Illusion, Berlin 1933, S. 25. Zusammenfassende Darstellung des Kampfes gegen den Rationalismus bei M. Horkheimer, Zum Rationalismusstreit in der gegenwärtigen Philosophie, in: Zeitschrift für Sozialforschung, Jg. 3, Paris (1934), S. 1 ff.