

In: Christian Schmidt und Benno Zabel (Hrsg.), *Politik im Rechtsstaat*, Baden-Baden: Nomos Verlag 2021, S. 139-154.

*Herlinde Pauer-Studer*

## **Die Politisierung des Rechts im Nationalsozialismus**

Die Politisierung des Rechts im Nationalsozialismus hatte die Funktion, den Umbau des Staates in eine Diktatur theoretisch zu untermauern. Recht, Politik und Moral sollten, so die ideologische Vorgabe, eine Einheit in einem Staatsganzen bilden, das Volk und Führer vereinte. Der folgende Beitrag will anhand relevanter Texte der NS-Rechtstheoretiker wesentliche Merkmale dieser Rechtspolitization aufzeigen.

### 1. Nationalsozialistisches Recht: Richtlinien und Institutionen

Die NS-Rechtsdenker sprachen sich für ein Rechtsverständnis aus, das sich an Werten wie „Gemeinschaft“, „Ehre“, „Treue“ und dem Grundsatz „rassischer Gleichartigkeit“ orientierte. Individuelle Rechte galten als Überbleibsel einer antagonistischen Beziehung zwischen Souverän und Subjekten – ein Verhältnis, das nach Ansicht der NS-Juristen nicht länger der engen, auf Vertrauen beruhenden Beziehung zwischen „Führer“ und „Volksgemeinschaft“ entspreche.

So erinnerte der Autor der einführenden Bemerkungen zu einem 1935 erschienenen *Nationalsozialistischen Handbuch für Recht und Gesetzgebung* die Leser daran, dass bereits Punkt 19 des Parteiprogramms der NSDAP von 1920 die Forderung erhob, das mit einer materialistischen Weltordnung verknüpfte Römische Recht durch ein Deutsches Gemeinrecht zu ersetzen, das mit dem Gerechtigkeitssinn und den moralischen Gefühlen der Volksgenossen eng verbunden sein sollte.<sup>1</sup> Auf diese Weise würde sich der Gegensatz zwischen Recht und Moral auflösen. Statt individuelle Interessen zu schützen, würde sich das deutsche Recht auf die Förderung und Erhaltung der Gemeinschaft richten, ganz nach dem Prinzip „Gemeinnutz geht vor Eigennutz.“<sup>2</sup>

Die treibende Kraft hinter diesen Richtlinien war der Herausgeber des Handbuchs, Hans Frank. Frank, Mitglied der NSDAP seit 1923, arbeitete eifrig daran, eine organisatorische Struktur für die Implementierung eines nationalsozialistischen Rechts zu schaffen. Die „Assoziation Deutscher Juristen“, die Frank schon am 28. Oktober 1928 gegründet hatte, avancierte mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten zur Dachorganisation für die Vereinigungen der Deutschen Richter, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Universitätslehrer und Notare. Gemeinsam mit diesen Unterabteilungen hatte die Vereinigung der Juristen im Mai 1933 80000 Mitglieder, davon waren 10173 Parteimitglieder.<sup>3</sup> Frank leitete auch das NSDAP Reichsrechtsamt, das er auf Befehl Hitlers im Oktober 1930 gegründet hatte. Neben der Rechtsberatung für Parteimitglieder, bot dieses auch Kurse und Schulungen für Parteimitglieder an (zum Beispiel in Rechtspolitik und Rassendoktrin) und entwickelte ab 1933 Vorgaben für die Rechtsreform.<sup>4</sup>

Im März 1933 wurde Frank Justizminister in Bayern, und im April 1933 „Reichskommissar für die Gleichschaltung der Justiz in den deutschen Ländern und für die Erneuerung der Rechtsordnung“. 1934, nachdem die Gleichschaltung größtenteils vollendet war, wurde Frank

---

<sup>1</sup> Coblitz 1935, S. VII.

<sup>2</sup> Ebd.

<sup>3</sup> Vgl. den Eintrag „Der Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen und die Deutsche Rechtsfront“. In *Frank* 1935, S. 1566–1571 (bes. S. 1568).

<sup>4</sup> Vgl. den Eintrag „Das Reichsrechtsamt der NSDAP“. In: *Frank* 1935, S. 1555–1565.

zum Reichminister (ohne Portfolio) ernannt. Am 26. Juni 1933 gründete Frank die „Akademie für Deutsches Recht“, die er als Präsident bis zum 20. August 1942 leitete, als Hitler ihn durch Otto Georg Thierack ersetzte.<sup>5</sup>

In den 1930er Jahren entwickelte sich die „Akademie für Deutsches Recht“ in eine Schaltstelle für die Ausarbeitung und Verbreitung der NS-Rechtsideologie. Die Zeitschrift der Akademie, die von 1934 bis 1944 erschien, wurde zu einem wichtigen Forum der Debatte unter NS-Juristen.<sup>6</sup> Franks Ziel war es, den Einfluss der NSDAP auf Rechtsreform und die Gesetzgebung sicherzustellen. Er gründete deshalb Arbeitsausschüsse innerhalb der Akademie, denen die Aufgabe zukam, neue Gesetzesvorschläge auszuarbeiten. Die Protokolle der Treffen dieser Arbeitsausschüsse sind eine unschätzbare Quelle, um die rechtlich-politischen Debatten in der NS-Zeit zu verstehen.<sup>7</sup> Doch Franks ehrgeiziges Programm einer parteipolitischen Transformation der gesamten Rechtslandschaft traf auf den Widerstand der Ministerialbürokratie, die sich nicht völlig dem Partei-Diktat unterordnen wollte.

So versuchte Reichsjustizminister Franz Gürtner, Franks Macht und Einfluss zu unterlaufen. Am 3. November 1933 verkündete Gürtner die Errichtung einer offiziellen, von Hitler befürworteten Kommission für die Überarbeitung des Strafrechts im Justizministerium.<sup>8</sup> Von 1934 bis 1939 erarbeitete diese Kommission unter Gürtners Vorsitz einen Entwurf für ein neues Strafrecht für das Deutsche Reich, der aber von Hitler nicht unterzeichnet wurde und somit nicht in Kraft trat. Wenngleich ideologisch weit moderater als Frank, arbeitete doch auch die Gürtner-Kommission dem NS-Regime zu, indem sie einige schwerwiegende Änderungen des Strafrechtskodex von 1871 umsetzte (z. B. die Zulassung der Analogie im Strafrecht im Jahr 1935).<sup>9</sup> Diese Maßnahmen hatten einen erheblichen Einfluss auf das Rechtsdenken.

Alle Bemühungen der regime-loyalen Juristen, die Rechtsordnung der NS-Doktrin anzupassen, vermochten nicht, Hitlers notorisches Misstrauen gegen die Justiz auszuräumen. Der Krieg verstärkte die Aversionen des Führers. In einer Reichstagsrede am 26. April 1942 kündigte er an, in Fällen zu intervenieren, die seiner Meinung nach gerichtlich falsch entschieden wurden, und jene Richter aus ihrem Amt zu entfernen, die offensichtlich nicht „das Gebot der Stunde“

---

<sup>5</sup> Am 2. Oktober 1933 wurde die Gründung der Akademie für Deutsches Recht auf dem Juristentag 1933 in Leipzig bekanntgegeben.

<sup>6</sup> Vgl. *Frank/Thierack* 1934–1944.

<sup>7</sup> Vgl. *Schubert* 1986–2019. Wenngleich diese Arbeitsausschüsse, wie der Herausgeber Werner Schubert betont, nicht direkt die Gesetzgebung beeinflussen und steuern konnten, waren die Diskussionen und Vorschläge dieser Ausschüsse wichtig und wurden von der Ministerialbürokratie auch berücksichtigt. Vgl. *Schubert* 1986, S. XVII–XVIII.

<sup>8</sup> Die Protokolle der Sitzungen der „Amtlichen Kommission für die Strafrechtsreform“ sind veröffentlicht. Vgl. *Schubert/Regge/Rieß/Schmid* (Hrsg.) 1988–1994. Gürtner nominierte zwar Frank als seinen Stellvertreter in der Strafrechtskommission, versuchte aber dessen Einfluss auf die Beratungen zu neutralisieren. Frank verließ deswegen die „Amtliche Strafrechtskommission“ im Jahre 1935, nicht ohne Gürtner daran zu erinnern, dass die Zustimmung zu einem reformierten Strafrechtskodex auch von der Partei abhängen würde. Vgl. *Schubert* 1988, S. XV–XVI.

<sup>9</sup> Ein Kernelement eines liberalen Strafrechts ist, dass bestehende Strafrechtsnormen nicht per Analogie auf neue, im bestehenden Gesetz nicht geregelte Straftatbestände ausgedehnt werden können. Die amtliche Strafrechtskommission unter der Leitung des Justizministers Gürtner empfahl 1935 die Zulassung der Analogie im Strafrecht, womit der Grundsatz §2 des seit 1871 geltenden Strafrechts „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde“ außer Kraft gesetzt wurde. Der Vorschlag der amtlichen NS-Strafrechtskommission zur Neuformulierung des §2 des StGB lautete: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunder Volksanschauung 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.“ Mit der Auflage, „gesunde Volksanschauung“ durch „gesundes Volksempfinden“ zu ersetzen, wurde diese Formulierung dann Teil des Artikels 1 des Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (*Reichsgesetzblatt* RGL. I, 839). Mit der Aufhebung des Analogieverbots erweiterte sich der richterliche Ermessensspielraum erheblich. Zu einer ausführlichen Diskussion des Strafrechts im Nationalsozialismus vgl. *Pauer-Studer* 2020, Kap. 3.

erkannten, dass nämlich Deutschlands Überleben wichtiger sei als „formales Recht“.<sup>10</sup> Im Anschluss an Hitlers Rede bestätigte der Deutsche Reichstag offiziell, dass Hitler als oberster Gerichtsherr des Reichs ungeachtet bestehender rechtlicher Einschränkungen gegen jene Richter vorgehen konnte, die „ihre Pflichten verletzt hatten“.<sup>11</sup> Sogar Hans Frank protestierte in mehreren Reden gegen diese Entmachtung der Justiz – ein Schritt, der den Verlust all seiner juristischen Positionen im Reich zur Folge hatte.<sup>12</sup>

Hitlers Wille, gegen nicht angepasste Richter vorzugehen, führte dazu, dass Otto Georg Thierack (Gürtners Nachfolger als Reichsjustizminister) die so genannten „Richterbriefe“ entwickelte.<sup>13</sup> Diese Pamphlete, die ab Oktober 1942 an Staatsanwälte und Richter verschickt wurden, diskutierten, wie konkrete Fälle nach den Prinzipien der NS-Weltanschauung hätten entschieden werden sollen. Ironischerweise verdeutlichen die „Richterbriefe“, dass das NS-Regime in der Kontrolle der Justiz an Grenzen stieß. Selbst Justizminister Thierack, ein überzeugter Nationalsozialist, wagte es nicht, offen das Prinzip der Unabhängigkeit des Richters in Frage zu stellen oder gar abzuschaffen.<sup>14</sup>

Dennoch war der politische Druck auf Staatsanwälte und Richter im Dritten Reich erheblich. Die Justiz verlor zunehmend Kompetenzen an die Polizei. Bereits in den 1930er Jahren tagten die Gerichte oft unter Beobachtung der Gestapo, und frei gesprochene Angeklagte (insbesondere politische Gegner) wurden im Anschluss an das Gerichtsverfahren in Gestapo-Gewahrsam genommen.<sup>15</sup> In den besetzten Ostgebieten ersetzten Standgerichte zunehmend die ordentliche Gerichtsbarkeit. In einer Übereinkunft vom 18. September 1942 zwischen Thierack und Heinrich Himmler stimmte der Justizminister der Korrektur von Gerichtsurteilen durch die Gestapo prinzipiell zu und lieferte zu mehr als acht Jahren verurteilte Strafgefangene an die Polizei aus („Vernichtung durch Arbeit“). Und ab November 1942 erlangte der Reichsführer SS das Recht der Strafverfolgung für Polen, Juden und Angehörige „anderer Ostvölker“.

## 2. Nationalsozialistisches Recht: Theoretische Grundlagen

Wenngleich Hans Frank das Projekt einer Erneuerung des deutschen Rechtes im Einklang mit der nationalsozialistischen Weltanschauung mit Nachdruck verfolgte, so hatte er offensichtlich Schwierigkeiten zu erklären, was damit genau gemeint war. Die jüngst veröffentlichten Protokolle des „Ausschusses für Rechtsphilosophie“ der „Akademie für Deutsches Recht“ liefern ein anschauliches Beispiel.<sup>16</sup> Im Anschluss an die pompös inszenierte Gründungssitzung des Ausschusses am 3. Mai 1934 im Weimarer „Nietzsche Archiv“ mit feierlichen Reden von

<sup>10</sup> Vgl. *Hitler* 1942, S. 1874 f.

<sup>11</sup> Ebd., S. 1876 f. Das Treffen am 26. April 1942 war das letzte Treffen des sogenannten „Großdeutschen Reichstags“. Die Wahlen zum „Großdeutschen Reichstag“ (mit einer fast nur aus Nationalsozialisten bestehenden Liste von Kandidaten) hatten am 11. April 1938 stattgefunden (zusammen mit einem Referendum über den Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich). Im Anschluss an seine Reichstagsrede am 13. Juli 1934, in der Hitler die Aktion gegen die SA Ende Juni 1934 (also die Ermordung des SA-Führers Ernst Röhm und von 100 SA-Mitgliedern durch die SS) rechtfertigte, hatte sich Hitler schon die Rolle eines obersten Gerichtsherrn des deutschen Volkes angemahnt. Am 26. April 1942 holte er sich dafür die offizielle Bestätigung des Reichstags. Hitlers Anspruch vom 13. Juli 1934 auf das Amt des obersten Gerichtsherrn und seine Aktion gegen die SA wurde von Carl Schmitt in seinem Artikel „Der Führer schützt das Recht“ verteidigt.

<sup>12</sup> Hans Frank behielt seine Position als Generalgouverneur im besetzten Polen – eine Funktion, die ihn so tief in NS-Verbrechen verwickelte, dass er beim Nürnberger Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher zum Tode verurteilt und im Oktober 1946 hingerichtet wurde.

<sup>13</sup> Vgl. *Boberach* 1975. Franz Gürtner starb am 29. Januar 1941. Am 20. August 1942 ernannte Hitler nach einer Interimsperiode, in der Staatssekretär Franz Schlegelberger das Justizministerium leitete, Otto Georg Thierack als Justizminister.

<sup>14</sup> In einem Runderlass vom 7. September 1942 erklärte Thierack, dass die „Richterbriefe“ keine Weisungen an Richter seien, sondern als Veranschaulichung zur verstehen seien, wie sich die juristische Führung die Anwendung nationalsozialistischen Rechts vorstelle. Vgl. Thierack 1942, S. 1–3 (bes. S. 2). Zur komplexen Haltung des NS-Regimes gegenüber Richtern vgl. *Graver* 2018.

<sup>15</sup> *Werle* 1989, S. 574.

<sup>16</sup> Siehe „Ausschuss für Rechtsphilosophie der Akademie für Deutsches Recht“. In: *Schubert* 2019a, S. 45–78.

Frank und Alfred Rosenberg, wurden die Ausschuss-Mitglieder in einem mit 8. Mai 1934 datierten Brief des stellvertretenden Ausschuss-Vorsitzenden Carl-August Emge gebeten, in schriftlicher Form zu der Frage Stellung zu nehmen, wie der Begriff des „Deutschen“ mit dem Recht „in Verbindung zu setzen“ sei.<sup>17</sup> Die Antworten dürften selbst Emge enttäuscht haben, da sie lediglich bereits bekannte Phrasen wiederholten. Das nationalsozialistische deutsche Recht, schrieb etwa Julius Binder, gehe nicht von einem „abstrakten Universalismus“ und einem „kosmopolitischen Denken“ aus, sondern vielmehr von der „Einheit des Volkes und seiner Glieder in ihrer ständischen Unterschiedenheit“, also von der „Deutschen Volksgemeinschaft, die deutsches Wollen und Denken wesenhaft“ bestimme.<sup>18</sup>

Dass sich Franks ehrgeizige Pläne nicht in der gewünschten Weise realisieren ließen, lag nicht zuletzt an der schwer fassbaren Nazi-Ideologie.<sup>19</sup> Maßgeblich für die NS-Weltanschauung waren die programmatischen Reden des Führers. Es erwies sich jedoch als fast unmögliche Aufgabe, Hitlers Tiraden in normative Argumente zu übersetzen.

Dennoch setzten die NS-Rechtstheoretiker alles daran, dem NS-Staat eine über Willkürmaßnahmen hinausreichende normative Struktur zuzuschreiben. Dabei bedienten sie sich der Ressourcen der klassischen politischen Philosophie. So argumentierten sie, basierend auf der bewussten Umdeutung von Rousseaus Begriff des „allgemeinen Willens“ (*volonté générale*), dass des Führers umfassende, ja totale Autorität in seiner persönlichen Verkörperung des kollektiven Willens des deutschen Volkes begründet sei.<sup>20</sup> Wie der NS-Verfassungsexperte Ernst Rudolf Huber schrieb: „Er [der Führer] ist vielmehr selbst der Träger des völkischen

---

<sup>17</sup> Mitglieder des „Ausschusses für Rechtsphilosophie“ der Akademie waren (unter anderen): Hans Frank (Vorsitzender), Carl-August Emge (stellvertretender Vorsitzender), Alfred Rosenberg, Martin Heidegger, Carl Schmitt, Julius Binder, Erich Jung, Erich Rothacker, Rudolf Stammmler, Hans Freyer, Jakob v. Uexküll. Die Gastgeberin der Gründungssitzung am 3. Mai 1934 in Weimar war Friedrich Nietzsches Schwester Elisabeth Förster-Nietzsche. In seiner Eröffnungsrede betonte Frank die Relevanz von Nietzsches Denken für den Nationalsozialismus. Neben den Reden von Frank, Rosenberg, und Emge enthält die Weimarer Akte zu dem Ausschuss für Rechtsphilosophie auch schriftliche Antworten mehrerer Mitglieder (Binder, v. Uexküll, Rothacker, Jung, Stammmler) dazu, wie die Aufgaben des Ausschusses im Lichte von Franks und Rosenbergs Reden zu definieren seien. Wie der Herausgeber Werner Schubert bemerkt, ist unklar, ob nach dem Juni 1934 noch weitere Sitzungen dieses Ausschusses stattfanden, da in den Archiven keine weiteren Protokolle auffindbar sind. Schubert hält es für unwahrscheinlich, dass der „Ausschuss für Rechtsphilosophie“ nach dem 1934 heimlich tagte, wie unlängst von einigen Forschern behauptet wurde. Vgl. *Schubert* 2019, S. 13–18.

<sup>18</sup> Vgl. Antwort von Prof. D. J. Binder vom 9.5.1934, In: *Schubert* 1990b, S. 58–61 (bes. S. 60). Neben Julius Binder, J. v. Uexküll, Erich Jung, Rudolf Stammmler, antwortete auch Erich Rothacker in schriftlicher Form. Rothacker meinte, die Beantwortung der Frage, was „deutsch“ sei, erfordere eine solch „ungeheure Vorarbeit“, dass er die Einrichtung eines speziellen Forschungsinstituts (möglicherweise als geisteswissenschaftliche Abteilung der „Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft“) empfahl, an dem neben Juristen auch Historiker, Soziologen, Philosophen und Vertreter der Geopolitik und Rassenkunde beteiligt sein sollten. Vgl. Antwort von Prof. Dr. Erich Rothacker vom 20.5.1934. In: *Schubert* (Hrsg.) 1990b, S. 65–67 (bes. S. 65 f.). Die Weimarer Akte enthält keine schriftlichen Stellungnahmen von Martin Heidegger oder Carl Schmitt auf Emges Fragen.

<sup>19</sup> In seiner berühmten Studie *Behemoth* (1942) schrieb Franz Neumann dass sich die nationalsozialistische Ideologie ständig ändere. Abgesehen von bestimmten magischen Glaubensformeln (z. B. Führerverehrung und Überlegenheit der arischen Rasse) würden sich keine klar formulierten und festgelegten Postulate finden. Vgl. *Neumann* 1942, S. 40; 2009, S. 39.

<sup>20</sup> Vgl. *Rousseau* 1762/1977, S. 16–19. Rousseaus Problem war eine Form der politischen Vergesellschaftung zu finden, die jeder Person ihre Freiheit sichert. Seine Lösung war ein Gesellschaftsvertrag, dem jeder freiwillig zustimmt und „*seine Person und seine ganze Kraft unter die oberste Richtschnur des Gemeinwillens*“ stellt. (A. a. O., S. 18 (Kursivierung im Original).) Unter Interpretieren ist die Frage umstritten, ob Rousseaus Charakterisierung des daraus entstehenden Gesellschaftsgefüges letztlich totalitär sei, da die Unabhängigkeit des Individuums nicht mehr gegeben sei. Besonders kontrovers ist Rousseaus Behauptung: „Dieser Akt des Zusammenschlusses schafft augenblicklich eine sittliche Gesamtkörperschaft, die aus ebenso vielen Gliedern besteht, wie die Versammlung Stimmen hat, und die durch ebendiesen Akt ihre Einheit, ihr gemeinschaftliches Ich, ihr Leben und ihren Willen erhält.“ (Ebd.) Robert Nisbet sieht Rousseau als einen Wegbereiter des Totalitarismus. Vgl. *Nisbet* 1943. Interessant ist jedenfalls, dass die NS-Rechtstheoretiker Rousseau nicht als theoretisch-philosophischen Anknüpfungspunkt für die Darlegung der normativen Grundlagen des NS-Staates sahen.

Gemeinwillens. [...] Er ist hingegeben an die objektive geschichtliche Einheit und Ganzheit des Volkes. Deshalb ist es ihm möglich, sich im Namen des wahrhaften Volkswillens, dem er dient, gegen die subjektiven Meinungen und Überzeugungen einzelner Volksglieder zu wenden, wenn diese sich von der objektiven Sendung des Volkes abkehren.“<sup>21</sup>

Selbstredend waren sich diese Rechtsdenker bewusst, dass Rousseaus Überlegungen im „Gesellschaftsvertrag“ auf die Begründung einer republikanischen Regierungsform abzielte. Sie kritisierten deshalb, Rousseaus Begriff des allgemeinen Willens (*volonté générale*) sei „zu individualistisch“ und, wie Huber es ausdrückte, lediglich „ein Kompromiß zwischen den verschiedenen im Widerstreit liegenden gesellschaftlichen Interessen.“<sup>22</sup> Ähnlich argumentierte Karl Larenz: Rousseaus *volonté générale*, würde nur „das verallgemeinerte, auf einen Generalnenner gebrachte Einzelinteresse“ zum Ausdruck bringen.<sup>23</sup>

Notwendig sei vielmehr eine substantielle, in der Seinsordnung verankerte Interpretation des Begriffs des allgemeinen Willens, die sich von Rousseaus fiktionaler Lesart unterscheide.<sup>24</sup> Gemeint war damit wohl, dass die Macht des Souveräns im Führerstaat nicht über ein hypothetisches Gedankenexperiment gerechtfertigt werden könne, demgemäß alle Bürger gleichermaßen Grund haben, der Machtübertragung an den Souverän zuzustimmen. Denn Rousseaus vorrangiges Bestreben war ja bekanntlich, die *Freiheit* der Bürger durch deren politische Selbstgesetzgebung unter Bedingungen der Unparteilichkeit und Gleichheit zu sichern. Die NS-Denker ignorierten bewusst Rousseaus wichtige Unterscheidung zwischen dem Willen aller (*volonté de tous*) und dem allgemeinen Willen (*volonté générale*), der mehr war als die bloße Summe der individuell-egoistischen Interessen.

Die verzerrten Interpretationen Rousseaus sind der NS-Ideologie geschuldet. Sie verdeutlichen, wie im Nationalsozialismus das Individuum in der Volksgemeinschaft aufging. Der Führerstaat verstand sich nicht als Gesellschaft von autonomen Individuen mit politischen Rechten, sondern als Gemeinschaft von Volksgenossen, die primär Verbindlichkeiten gegenüber dem völkischen Ganzen hatten.

Das Dritte Reich entwickelte sich rasch in Richtung eines Staates mit unübersehbar totalitären Zügen. Neben der Einschränkung bürgerlicher Freiheiten intervenierte der NS-Staat in Bereiche des sozialen Lebens, die während der demokratischen Weimarer Periode der staatlichen Einmischung und Kontrolle entzogen waren.<sup>25</sup> Besonders gravierend und verstörend war der Einfluss der Rassenideologie, die eine brutale Ausgrenzung jüdischer Mitbürger nach sich zog und die sozialen und intimen Beziehungen zwischen jüdischen und nicht-jüdischen Deutschen zerstörte.

Diese Eingriffe in die persönliche Freiheitssphäre zielten darauf, die Bürger politisch auf Linie zu bringen. Die offizielle Rechtfertigung der NS-Theoretiker klang harmloser: Die nationale Einheit mache es erforderlich, dass die Bürgerinnen und Bürger ihr Leben in Übereinstimmung mit einer einheitlichen Weltanschauung und geteilten ethischen Werten und Überzeugungen führten.

Philosophisch gesehen widersprachen diese normativen Ambitionen den Grundsätzen der Aufklärungsdenker, allen voran der politischen Philosophie Immanuel Kants. Dies erklärt,

---

<sup>21</sup> Huber 1939, S. 195 f.

<sup>22</sup> A. a. O., S. 195.

<sup>23</sup> Larenz 1934, S. 7. Nach Larenz kam Hegels Philosophie dem nationalsozialistischen Rechtsverständnis wesentlich näher als Rousseau. Für Hegel, so schrieb Larenz, sei „das Recht ‚etwas Heiliges überhaupt‘, weil es das Dasein des allgemeinen Willens, d. h. Form und Ausdruck der in einem Volke lebendigen Sittlichkeit ist.“ (A. a. O., S. 6.) Larenz verknüpfte, Hegel folgend, den ethischen Wert des Rechts mit dem der Lebensordnung und Sittenordnung innewohnenden objektiven Geist. Larenz betonte auch, dass Hegel, anders als Kant, für den die Aufgabe des Staates und des öffentlichen Rechts in der Sicherung des Privatrechts bestand, das Privatrecht dem Staat und dem öffentlichen Recht unterordnete. Vgl. Larenz 1934, S. 9. Der Vorrang des öffentlichen Rechts vor dem Privatrecht war ein zentrales Prinzip der NS-Rechtsdoktrin.

<sup>24</sup> Huber 1939, S. 196.

<sup>25</sup> Vgl. Koonz 2003, S. 69–102.

warum sich in den Texten der NS-Rechtstheoretiker so gut wie keine positiven Bezugnahmen auf Kants politische Philosophie und Rechtsphilosophie finden.<sup>26</sup>

Kants strikte Trennung von Recht und Ethik war unvereinbar mit dem Zugriff des NS-Staates auf die ethischen Haltungen der Bürger. Nach Kant obliegt der Staatsmacht die Sicherung der gleichen externen Freiheit der Bürger, also deren gewaltloser Interaktion im öffentlichen Raum. Aufgabe des Staates ist es, diese äußere Freiheit zu schützen, sich aber jeglicher Kontrolle der Gesinnungen der Individuen zu enthalten.<sup>27</sup> Die ethische Perfektionierung des Selbst ist der inneren Freiheit und Selbstgesetzgebung der Subjekte überantwortet.

Kants Definition individueller Selbstbestimmung steht in scharfem Kontrast mit der NS-Ideologie. Die berühmte Passage in Kants „Gemeinspruch“, dass eine „Regierung, die auf dem Prinzip des Wohlwollens gegen das Volk als eines Vaters gegen seine Kinder errichtet wäre“, der „größte denkbare Despotismus“ wäre, liest sich gleichsam als vernichtendes Urteil über den Führerstaat und seine Volkswohlrrhetorik.<sup>28</sup> Hitlers vorgebliche Verpflichtung, das Wohlergehen des Volkes zu fördern war nicht mehr als eine propagandistische Verschleierung seines Griffs nach totaler Macht.

Die NS-Rechtsdenker waren bemüht, genau diese Tendenz zum Totalitarismus zu verwischen. Denn jegliche Assoziation des NS-Staates mit einem allmächtigen „Leviathan“ würde, wie die regime-loyalen Juristen realisierten, das Bild des Führers als vertrauenswürdiger Autorität untergraben.<sup>29</sup> Doch das Unterfangen, die rechtlichen Grundlagen einer nach normativer Entgrenzung strebenden Staatsführung zu definieren und deren Macht zu legitimieren, erwies sich als zunehmend schwieriger.

### 3. Der normative Status des Führers

Die Entwicklung der Weimarer Republik in ihrer letzten Phase zu einer Art Präsidialdiktatur erwies sich als folgenreich. Hitlers erste Maßnahmen als Kanzler setzten die Praxis fort, mit präsidialen Notverordnungen zu regieren. Sowohl die Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933 als auch das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 beruhten auf präsidialen Notverordnungen gemäß Artikel 48.2 der Weimarer Verfassung.<sup>30</sup> Rein äußerlich

---

<sup>26</sup> Obwohl sich die NS-Juristen nicht auf Kants politische Philosophie berufen konnten, instrumentalisierten sie Kants Reflexionen über Ethik, indem sie Kantische Begriffe – guter Wille, unbedingte Pflicht und den kategorischen Imperativ zum Beispiel – aus dem Kontext lösten. Kants Anspruch, dass ethische Pflichten unabhängig von ihrer Zweckdienlichkeit und Nützlichkeit gelten sollten, wurde so falsch interpretiert. Die NS-Rhetorik transformierte einfach die Kantische Idee, dass ethische Pflichten um ihrer selbst willen gelten in die Forderung, dass Pflichten bedingungslos befolgt werden müssten – also ohne jede Berücksichtigung ihres Inhalts und ihrer Rechtfertigung. Während „bedingungslos“ und „unbedingt“ in Kants System besagen, dass ethische Pflichten nicht von instrumentellen Überlegungen abhängen, interpretierten die Nazis „bedingungslos“ und „unbedingt“ im Sinne eines blinden Gehorsam gegenüber autoritären Befehlen, die nicht in Frage gestellt werden durften.

<sup>27</sup> Die von den NS-Theoretikern geforderte Aufhebung des Unterschieds von Recht und Moral war keine bloß abstrakte philosophische Diskussion, sondern hatte konkrete Auswirkungen auf das Strafrechtsverständnis im Dritten Reich, zum Beispiel die Entwicklung eines Willensstrafrechts und einer kriminologischen Tätertypologie. Vgl. dazu *Pauer-Studer* 2020, Kap. 4.

<sup>28</sup> *Kant* 1793/1991, S. 145 f., Akademie-Ausgabe TP AA 08:291.

<sup>29</sup> Dies erklärt, warum sich in den Texten der NS-Rechtstheoretiker kaum Bezugnahmen auf Thomas Hobbes finden. Eine Ausnahme ist Carl Schmitts 1938 erschienene Studie über Hobbes. Doch Schmitt liest Hobbes als einen Liberalen, also als fern davon, eine totalitäre Staatskonzeption zu vertreten. Für Schmitt war solch eine, ihm zufolge irriige Interpretation von Hobbes als Anhänger des Totalitarismus das Ergebnis einer einseitigen Konzentration auf die mythologischen Komponenten des „Leviathan“. Hobbes' Theorie wäre, wie Schmitt kritisch bemerkt, eine seltsame philosophische Konstruktion, wenn ihre gesamte Idee nur darin bestünde, arme Menschen aus dem Naturzustand, in dem sie in Furcht leben, in einen Staat zu treiben, in dem sie die gleiche Furcht erleben würden. Vgl. *Schmitt* 1938, S. 112. Zu Schmitts Rezeption von Hobbes vgl. *Dyzenhaus* 1994.

<sup>30</sup> Die NS-Theoretiker waren widersprüchlich, wenn es um die Gültigkeit der Weimarer Verfassung ging. Zum einen betonten sie, dass diese selbstverständlich mit dem Übergang zum Dritten Reich ihre Gültigkeit verloren habe. Zum anderen aber beriefen sie sich auf genau diese Verfassung, wenn es darum ging, die Legalität von Führermaßnahmen zu rechtfertigen.

gesehen wurde damit der Eindruck politischer und legalistischer Kontinuität vermittelt. Doch die politischen Zielsetzungen hatten sich grundlegend geändert: Während die präsidentialen Notverordnungen in der Weimarer Republik zur Stabilisierung und Rettung der Demokratie eingesetzt wurden, zielten die Nationalsozialisten mit der Berufung auf den sogenannten „Diktaturartikel“ auf die Zerstörung der Demokratie.

Hitler war sorgfältig darauf bedacht, in der Anfangsphase des Dritten Reiches die überragende Stellung und Aura Hindenburgs als militärischer Held des Ersten Weltkriegs nicht in Frage zu stellen. Nach Hindenburgs Tod am 2. August 1934 übernahm Hitler kurzerhand auch die Agenden des Reichspräsidenten.<sup>31</sup> Mit dieser Amtsübernahme profitierte Hitler von dem normativen Status, den die konservativ-national gesinnten Juristen dem Präsidenten in der Spätphase der Weimarer Republik zugeschrieben hatten.

In seinem 1932 erschienenen Buch „Der Hüter der Verfassung“ hatte Carl Schmitt argumentiert, dass der Präsident der oberste Wächter der Verfassung sei. Diese Rolle wurde dem Präsidenten auch deshalb zugeschrieben, weil die Weimarer Verfassung keine Verfassungsgerichtsbarkeit kannte – ein Umstand, der sich bekanntlich als verhängnisvoll erwies, als die durch ein Präsidialdekret am 22. Juli 1932 abgesetzte preußische Regierung auf dem Rechtswege gegen diese Absetzung zu klagen versuchte und vor dem nur zum Teil zuständigen Staatsgerichtshof in Leipzig praktisch scheiterte.

Somit konnte sich Hitler nach Hindenburgs Tod auch die Rolle eines Hüters der Verfassung aneignen. Damit stand der Führer klar über der Verfassung – sofern diese überhaupt noch gültig war. In seinem ominösen Artikel „Der Führer schützt das Recht“ vom Juli 1934 schrieb Carl Schmitt Hitler auch die Rolle eines Garanten von Recht und Gerechtigkeit zu.<sup>32</sup> Der Führer war die oberste gesetzgebende Instanz und auch der oberste Gerichtsherr und jeder verfassungsrechtlichen Kontrolle entzogen.

Die NS-Juristen standen nicht an, diese Machtakkumulation mit dem Hinweis auf die dadurch angeblich garantierte politische Einheit und Stabilität zu rechtfertigen. Der Führerstaat, so das Argument, kompensiere das „Machtvakuum“ des parlamentarischen Systems, das durch den Dualismus von Präsident auf der einen Seite und einem die Geschäfte führenden Regierungschef verstärkt worden sei.<sup>33</sup> Nichts sollte der Einheit des Führer-Amtes entgegenstehen. Ernst Rudolf Huber argumentierte, dass das klassische Prinzip der Gewaltenteilung – also die Teilung in Legislative, Exekutive und Judikative – seinen Sinn verloren habe.<sup>34</sup> Wesentlich sei vielmehr, dass die oberste politische Führung in der Hand eines Mannes liege: „ein Volk, ein Reich, ein Führer!“<sup>35</sup>

Diese rhetorische Beschwörung eines einheitlichen Staates stand in Spannung mit der polyzentrischen Struktur des Dritten Reiches, die zu einer Vervielfachung institutioneller Ämter führte. So fand Hitlers Funktion als Präsident, Kanzler und Führer der NSDAP Ausdruck in der Dreiteilung von Präsidialkanzlei, Reichskanzlei, und Führerkanzlei.<sup>36</sup> Huber, bemüht die „Totalität“ und Einheit des NS-Staates zu retten, stufte diese Dreiteilung zu einer bloß „organisatorisch-technischen Trennung“ herab, die in keiner Weise „die Einheit des Führeramtes in Frage stelle.“<sup>37</sup> Die Macht des Führers war, so behauptete er, umfassend und verpflichtete alle zu Treue und Gehorsam.

Unter keinen Umständen, so die NS-Rechtsdenker, dürfe des Führers Autorität durch parlamentarische Mehrheitsbeschlüsse beschränkt werden, denn diese würden niemals das

---

<sup>31</sup> Vgl. von der Goltz 2009.

<sup>32</sup> Vgl. Schmitt 1934.

<sup>33</sup> Huber 1939, S. 30–37.

<sup>34</sup> A. a. O., S. 236.

<sup>35</sup> A. a. O., S. 216.

<sup>36</sup> Die Präsidialkanzlei wurde von Otto Meißner geleitet. Bedeutsamer war die Reichskanzlei unter Hans Heinrich Lammers. Die Kanzlei des Führers wurde von Philipp Bouhler geleitet. Ab 1941 gab es zudem die von Martin Bormann geleitete Partei-Kanzlei.

<sup>37</sup> Huber 1939, S. 230.

Volk als Ganzes repräsentieren.<sup>38</sup> Wie Huber schrieb: „Das Gesetz hat aufgehört, ein Akt des selbständigen, unabhängigen, bürgerlichen Parlaments zu sein; es ist eine Gestaltungsform der politischen Führung geworden. Alle gesetzgebende Gewalt im neuen Reich geht auf den Entscheid des Führers zurück, gleichviel ob es sich um Regierungsgesetze, Reichstagsgesetze oder volksbeschlossene Gesetze handelt. Träger der gesetzgebenden Gewalt ist also stets der Führer selbst.“<sup>39</sup>

Der neue Staat verlange, so die NS-Juristen, nach einer die formale Legalität transzendierenden Autorität, die sich an einer über dem positiven Recht stehenden Idee der Gerechtigkeit orientiere. Und diese Gerechtigkeit im völkischen Sinn würde durch den Führerwillen repräsentiert.<sup>40</sup> Karl Larenz erklärte dieses Prinzip folgendermaßen: „Ihm [dem Führer] gegenüber bedarf es keiner Garantie für die Wahrung der Gerechtigkeit, da er kraft seines Führertums der ‚Hüter der Verfassung‘, und d. h. hier: *der ungeschriebenen konkreten Rechtsidee seines Volkes* ist. Ein auf seinen Willen zurückgehendes Gesetz unterliegt daher keiner richterlichen Nachprüfung.“<sup>41</sup>

Eine unter den NS-Theoretikern diskutierte Frage war, wie weit sich die gesetzgebende Kompetenz des Führers erstreckte. Manche Juristen (etwa Roland Freisler) forderten, auch Erklärungen, Reden und Ankündigungen Hitlers sollten als rechtsverbindlich gelten. Doch bei weitem nicht alle waren bereit, einer Art performativer Rechtserzeugung zuzustimmen. Nicht jede beliebige Ausdrucksform des Führerwillens könne Recht sein, warnte etwa Manfred Fauser, da dies eine nicht wünschenswerte Verwirrung im öffentlichen Leben stiften könne. Auch die Veröffentlichung und Begründung von Rechtsvorschriften seien notwendige Komponenten legislativen Handelns.<sup>42</sup>

Auch Justizminister Gürtner erteilte den Ambitionen der Rechtsideologen in einer Arbeitssitzung der Kommission zur Strafrechtsreform eine Absage. Doch der Wortlaut von Gürtners Erklärung zeigt, in welchem Maße die Rechtskultur im Jahre 1935 bereits politisch bestimmt war: „Als Mittel zur Erkenntnis des Zieles des Gesetzes und seines Inhaltes lasse ich mir jede Willenskundgebung des Führers gefallen, aber diesen Willen als koordiniert neben den in Gesetzgebungsform gegebenen Willen zu setzen, kommt mir sehr bedenklich vor, zumal die Form, in der diese außergesetzliche Willenskundgebung erfolgt, eine Frage wäre, über die man sich auch noch einige Gedanken machen müßte.“<sup>43</sup>

#### 4. Abschließende Bemerkungen

Trotz aller Beflissenheit gegenüber den neuen Machthabern hatten sich die Juristen in den 1930er Jahren nicht von der Vorstellung gelöst, dass sich die Rechtsetzung zu einem gewissen Grad an Kriterien wie Öffentlichkeit, Berechenbarkeit und Erfüllbarkeit zu orientieren habe. Sogar ein überzeugter Nationalsozialist wie Helmut Nicolai verlangte, dass die Gesetzgebung auf verlässlichen Prozederes beruhen sollten, die sie von „rein privaten Willenskundgebungen“ unterschieden.<sup>44</sup> Doch angesichts der politischen Entwicklungen waren solche Forderungen nicht mehr als Wunschenken. Schlussendlich musste sich Nicolai damit begnügen, eine gewisse Stetigkeit und Ruhe in der Gesetzgebung und im Rechtsleben einzufordern.

Die Juristen unterschätzten das sich letztlich über alle Regeln hinwegsetzende Potential des Regimes. Hitlers idiosynkratischer Regierungsstil machte alle Versuche normativer

<sup>38</sup> Vgl. Nicolai 1933, S. 73.

<sup>39</sup> Huber 1939, S. 237.

<sup>40</sup> A. a. O., S. 244. Nicolai rechtfertigte die Übertragung der Gesetzgebung an den Führer damit, dass dieser ein größeres Wissen und mehr Erfahrung habe als das Parlament. Vgl. Nicolai 1933, S. 87.

<sup>41</sup> Larenz 1934, S. 34 (Kursivierung im Original).

<sup>42</sup> Fauser 1935, S. 151; auch Koellreutter legte Wert auf die Veröffentlichung von Gesetzen, vgl. Koellreutter 1938, S. 152.

<sup>43</sup> Regge und Schubert (Hrsg.) 1990, S. 11.

<sup>44</sup> Nicolai 1933, S. 86.

Strukturierung und Eingrenzung letztlich hinfällig.<sup>45</sup> Besonders unter den Bedingungen des Krieges gewannen die normativen Überschreitungen an Dynamik. Selbst nach den Standards der gegenüber dem NS-Regime nach wie vor loyalen Juristen strapazierten die während des Krieges ergangenen Befehle Hitlers sogar die Grenzen eines ideologisch ausgedehnten Rechtsbegriffs.

Doch in ihren Schriften und auch in ihren berufsständischen Aktivitäten (etwa als Mitglieder in Kommissionen) trugen die Rechtstheoretiker wesentlich zu diesen späteren Entwicklungen bei, indem sie die staatlichen Grundlagen bewusst an die weltanschaulichen und politischen Ideen der Nazi-Bewegung banden. Viele von ihnen akzeptierten den Grundsatz der Einheit von Partei und Staat und werteten das Parteirecht zu einer eigenen völkischen Rechtsquelle auf.<sup>46</sup> Ebenso fand die Abschaffung der Gewaltentrennung und die Konzentrierung aller Macht im Amt des Führers ihre Zustimmung. Die NS-Denker waren, wie die einschlägigen Texte der 1930er Jahre belegen, gewillt, alle staatlichen Kompetenzen der überragenden Stellung und umfassenden Autorität eines Einzelnen anzuvertrauen. Nicht zuletzt war diese Haltung einer tief anti-demokratischen Gesinnung geschuldet – einer Einstellung, die gleichsam einer Verkehrung von Aristoteles' These entsprach, es sei besser, von den besten Gesetzen als vom besten Manne beherrscht zu werden.<sup>47</sup>

Was folgt aus unserer Darlegung der schonungslosen Ideologisierung und politischen Instrumentalisierung des Rechts im Nationalsozialismus für das prekäre Verhältnis von Recht und Politik?

Wie eingangs erwähnt, sprachen sich die NS-Theoretiker für die Einheit von Recht, Moral und Politik in einem Führerstaat aus. Die normative Vermischung dieser Sphären diene der Ausdehnung der Führermacht. Mit dem Wegfall der Trennung von Recht und Moral (Moral verstanden als Individualethik) konnte sich der Staat anmaßen, den Bürgern auch erhebliche ethische Vorgaben zu machen, wie sie zu leben hatten. Die von den NS-Rechtstheoretikern propagierte These, dass es zwischen rechtlichen und moralischen Anordnungen, zwischen „Rechtsgebot und Sittengebot“<sup>48</sup>, keinen Unterscheid gebe, sprach dem NS-Regime auf theoretischer Ebene das Recht zu, sich auch der Gesinnungen der Bürger und Bürgerinnen und somit deren ‚innerer Freiheit‘ zu bemächtigen. Die von den NS-Juristen bejahte Verschmelzung von Recht, Moral und Politik im Führerstaat ermöglichte dem NS-Regime, seine ideologische Moralisierung und Politisierung des Rechts zu legitimieren.

Recht als eine der Unparteilichkeit verpflichtete Institution sollte unabhängig von der Politik sein. Einer der berühmtesten Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Hans Kelsen, hat dieses Postulat zur Grundlage seiner Konzeption einer „Reinen Rechtslehre“ gemacht. Recht hat, und hier würden wir Kelsen zweifellos zustimmen, frei zu sein von politischen, religiösen, und ethischen Einflüssen, die vorrangig den Interessen bestimmter politischer und gesellschaftlicher Akteure (z.B. politische Parteien, kirchliche Institutionen, Interessenverbände) dienen und somit das Recht als neutrale Instanz zur Regelung von Interessenkonflikten untergraben. Aus dieser Perspektive macht die Forderung nach einer strikten Trennung von Recht und Politik Sinn.

Doch die normative Sphäre des Politischen kann nicht auf bloße Partei- und Interessenpolitik reduziert werden. Das Politische berührt auch grundlegende Fragen zum Aufbau einer staatlichen Grundordnung. Und normativ gesehen ist das Recht das geeignete Mittel zur Schaffung einer staatlichen und gesellschaftlichen Grundstruktur. Im Kontext einer solch allgemeineren Sicht des „Politischen“ stellt sich die drängende Frage: Wie sollen wir das Verhältnis zwischen einer bestimmten Konzeption des Staates und dem Recht definieren? Ist

---

<sup>45</sup> Vgl. dazu *Kershaw* 2000, S. 69–82.

<sup>46</sup> Vgl. *Koellreutter* 1938, S. 59.

<sup>47</sup> Fauser hatte die Abkehr von dieser Aristotelischen These zu einem der Grundsätze des NS-Staates erklärt. Vgl. *Fauser* 1935, S. 129.

<sup>48</sup> Siehe *Freisler* 1938, S. 56.

nicht jede Rechtsordnung zwangsläufig in eine Staatskonzeption eingebettet, die ihrerseits auf bestimmten politisch-normativen Vorstellungen vom Zusammenleben in einem Gesellschaftsgefüge beruht?

Wenn wir diesem Gedanken näher treten, stehen wir vor dem Problem, wie wir die Grenzen zwischen legitimen und nicht-legitimen Staatsordnungen ziehen. Denn selbstredend gestehen wir nicht jeder beliebigen Staatsform zu, in einem normativ-moralischen Sinn legitim zu sein. Ein Staat wie der NS-Staat, in dem sich Recht in Unrecht verkehrte, in dem Recht zum Werkzeug politischer Kriminalität wurde, kann seinen ideologischen Zugriff auf das Recht nicht einfach mit dem Argument rechtfertigen, das Recht stehe nun mal im Dienste der Staatsordnung.

Vermag das Recht, so können wir fragen, seiner eigenen ideologischen Instrumentalisierung Grenzen zu setzen? Kann das Recht, zumindest auf formaler Ebene, Einschränkungen gegenüber Systemen politischer Willkürherrschaft generieren und wenn ja, welche? Der Weg zur Bejahung dieser Fragen führt über die normativ-konstitutiven Voraussetzungen von Recht, besser gesagt: von Rechtsstaatlichkeit. Denn nicht jede Form politischer Anordnung, nicht jede Artikulation politischer Macht erfüllt die formalen Bedingungen eines Rechtsakts. Allgemeiner gesagt: Eine Rechtsordnung, die sich an normativen Bedingungen wie Öffentlichkeit, Transparenz, Verstehbarkeit, Verlässlichkeit, Konsistenz und Berechenbarkeit orientiert, ist mit einem politischen System, das nach absoluter Macht und Kontrolle aller Bürger und Bürgerinnen strebt, nicht vereinbar.

Im NS-Staat wurden die erwähnten Standards systematisch verletzt. Als ein vielsagendes Beispiel mag die Forderung gelten, dass Gesetze öffentlich bekannt gemacht werden müssen und die Bürgerinnen und Bürger somit über transparente und verlässliche gesetzliche Richtlinien für ihr Verhalten verfügen sollten. Die Nürnberger Gesetze vom 15. September 1935, die jüdische Mitbürger in ihren Rechten massiv einschränkten, wurden noch im *Reichsgesetzblatt* veröffentlicht. Doch spätere Maßnahmen, die den Übergang zum Massenmord einleiteten, wurden nicht veröffentlicht und genügten auch in formaler Hinsicht nicht Rechtsakten. So basierte das NS-Euthanasieprogramm auf einem Brief Hitlers vom 1. September 1939, und den Befehl zur Ermordung der jüdischen Bevölkerung gab es nicht in schriftlicher Form, geschweige denn, dass er öffentlich gemacht werden konnte.<sup>49</sup>

Die erwähnten Bedingungen, die einen Teil der konstitutiven Voraussetzungen von Rechtsstaatlichkeit bilden, setzen also möglichen politischen Ordnungen Grenzen. Nicht jede staatliche Ausgestaltung des Verhältnisses von Politik und Recht genügt elementaren Bedingungen, was Rechtsform, Rechtserzeugung und Rechtsstaatlichkeit betrifft. Auf konkreter Ebene kann sich Politik des Rechts bemächtigen. Skrupellose Machthaber sind zweifellos gewillt, das Recht für ihre Zwecke einzusetzen und es ideologisch zu missbrauchen. Solche Verzerrungen des Rechts infolge politischer Willkür haben jedoch einen Preis: Die so geschaffenen normativen Ordnungen disqualifizieren sich nicht nur in moralischer, sondern auch in formal-rechtlicher Hinsicht. Es sind Systeme, die, ungeachtet ihrer faktischen Macht und Autorität, so gravierend von gängigen Formen der Rechtserzeugung und Rechtsgestaltung abweichen, dass sie im Sinne normativer Angemessenheit streng genommen nicht mehr als Rechtsordnungen gelten können.<sup>50\*</sup>

---

<sup>49</sup> Der entsprechende Brief Hitlers an Philip Bouhler und Dr. med. Brandt besagte, dass „unheilbar Kranken bei kritischster Beurteilung ihres Krankheitszustandes der Gnadentod gewährt werden kann“. Der Brief war ein Dokument (NS-630) im Nürnberger Ärzteprozess. Zu der Frage von Hitlers Befehl zum Massenmord an der jüdischen Bevölkerung Europas siehe Longerich 2001. Sowohl das Euthanasieprogramm als auch die geplante Vernichtung der gesamten jüdischen Bevölkerung waren bekanntlich „geheime Reichssache“.

<sup>50</sup> Mit Bezug auf das „Dritte Reich“ ist im Auge zu behalten, dass gewisse Bereiche des Rechts aus der Weimarer Republik bzw. dem vormaligen Kaiserreich stammten und einfach übernommen wurden. Doch die politische Ideologie und Willkür des NS-Regimes (vorrangig der Antisemitismus und der Kampf gegen politische Gegner) erfasste auch Rechtsbereiche (z.B. Mietrecht, Erbschaftsrecht, Unternehmensrecht), deren gesetzliche Regelungen

## Bibliographie

### NS-Literatur

*Coblitz*, Wilhelm, 1935: Vorbemerkungen. In Frank, Hans (Hrsg.), 1935: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München, S. VII–XI.

*Hitler*, Adolf, 1942: Reichstagsrede vom 26. April 1942. In: Domarus, Max, 1963: Hitler. Reden und Proklamationen 1932–1945. Kommentiert von einem Zeitgenossen, Bd. II Untergang (1939–1945), München, S. 1865–1876.

*Fausser*, Manfred, 1935: Das Gesetz im Führerstaat. In: Archiv des Öffentlichen Rechts N. F. 26, S. 129–154.

*Frank*, Hans (Hrsg.), 1935: Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung. München.

*Frank*, Hans/*Thierack*, Otto Georg [Mitherausgeber ab 1942] (Hrsg.), 1934–1944: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, 11 Bde., München.

*Freisler*, Roland, 1938: *Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken*, Berlin: Spaeth & Linde, 1938.

*Huber*, Ernst Rudolf, 1939: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg.

*Koellreutter*, Otto, 1938: Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriß, 3. durchgesehene und ergänzte Auflage. Berlin.

*Larenz*, Karl, 1934: Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen.

*Nicolai*, Helmut, 1933: Grundlagen der kommenden Verfassung. Über den staatsrechtlichen Aufbau des Dritten Reiches, Berlin.

*Schmitt*, Carl, 1934: Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934. In: Deutsche Juristen-Zeitung 39, H. 15, Sp. 945–950; wiederabgedruckt in Schmitt, Carl, 1940: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923–1939, Hamburg, S. 199–203.

*Schmitt*, Carl, 1938: Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols, Hamburg.

---

nach den in der Weimarer Republik bzw. dem Kaiserreich geltenden Prozederes der Rechtserzeugung entstanden waren.

\* Acknowledgment: Research for this article has been funded by the European Union's Horizon 2020 research and innovation program under grant agreement No. 740922, ERC Advanced Grant 'The Normative and Moral Foundations of Group Agency'.

*Thierack*, Otto Georg, 1942: Runderlaß des Reichsministers der Justiz vom 7. September 1942. In: *Boberach*, Heinz (Hrsg.), 1975: Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944, Boppard am Rhein, S. 1–3.

*Sonstige Literatur und Quellensammlungen*

*Boberach*, Heinz (Hrsg.), 1975: Richterbriefe. Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942–1944, Boppard am Rhein.

*Dyzenhaus*, David, 1994: ‘Now the Machine Runs Itself’. Carl Schmitt on Hobbes and Kelsen, in *Cardozo Law Review* 16 , H. 1, S. 1–19.

*Graver*, Hans Petter, 2018: Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State. In *German Law Journal* 19, H. 4, S. 845–877.

*Kant*, Immanuel, 1793/1991, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: *Kant Werkausgabe*. Bd. XI (Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik), Frankfurt am Main.

*Kershaw*, Ian, 2000: The Nazi Dictatorship. Problems and Perspectives of Interpretation, 4. Auflage, London.

*Koonz*, Claudia, 2003: The Nazi Conscience, Cambridge, MA and London.

*Longerich*, Peter, 2001: Der ungeschriebene Befehl. Hitler und der Weg zur Endlösung, München.

*Neumann*, Franz, 1942/2009: Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism, London; mit einer Einleitung von Peter Hayes, Chicago.

*Nisbet*, Robert A., 1943: Rousseau and Totalitarianism. In: *The Journal of Politics* 5, H. 2, S. 93–114.

*Pauer-Studer*, Herlinde, Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus. In: *Pauer-Studer* , Herlinde/Fink, Julian (Hrsg.) 2014: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, Berlin, S. 15–135.

*Pauer-Studer*, Herlinde, 2020, Justifying Injustice. Legal Theory in Nazi Germany, Cambridge.

*Regge*, Jürgen/*Schubert*, Werner (Hrsg.) 1990: Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts, II. Abt. NS-Zeit (1933–1939) – Strafgesetzbuch, Bd. 2, Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 3. Teil, 2. Lesung: Allgemeiner Teil. Besonderer Teil, 56. Sitzung, 22. März 1935. Berlin/New York.

*Rousseau*, Jean-Jacques, 1762/1977: Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts, Stuttgart.

*Schubert*, Werner (Hrsg.), 1986–2019: Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse. Bd. 1–23. Frankfurt am Main (Bd. 23: Berlin).

*Schubert, Werner*, 1986: Vorbemerkungen zur Gesamtedition, in: Schubert, Werner (Hrsg.): Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Bd. 1, Frankfurt am Main, S. VIII–XIX.

*Schubert, Werner*, 1988: Einleitung. In: Schubert, Regge, Rieß, Schmid (Hrsg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts 1933–1939. Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 1. Teil (Band), S. XIII–LVIII.

*Schubert, Werner* 2019a: (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse. Weitere Nachträge (1934–1939). Berlin.

*Schubert, Werner*, 2019b: Einleitung. In: ders. (Hrsg.), 2019a: Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse. Weitere Nachträge (1934–1939), Berlin, S. 9–44.

*Schubert, Werner/Regge, Jürgen/Rieß, Peter/Schmid, Werner* (Hrsg.), 1998–1994: Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts 1933–1939. Protokolle der Strafrechtskommission des Reichsjustizministeriums, 4 Bde., Berlin/New York.

*Schubert, Werner* (Hrsg.), 2019a: Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Weitere Nachträge (1934–1939), Berlin.

*Werle, Gerhard*, 1989: Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin/New York.

*von der Goltz, Anna*, 2009: Hindenburg. Power, Myth, and the Rise of the Nazis. Oxford.