

Streitsache Staat

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
1922–2022

im Auftrag der
Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V.

herausgegeben von
Pascale Cancik, Andreas Kley, Helmuth Schulze-Fielitz,
Christian Waldhoff und Ewald Wiederin

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-160988-6 / eISBN 978-3-16-161710-2
DOI 10.1628/978-3-16-161710-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Inhaltsverzeichnis

I. Zur Geschichte der Staatsrechtslehrervereinigung

Christoph Schönberger, Köln

Ein sonderbares Kind der Revolution. Die Gründung der Vereinigung
und die Weimarer Zeit 3

Andreas Kley, Zürich

Die Vereinigung in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Auflösung 39

Anna-Bettina Kaiser, Berlin

„Arbeits- oder Bekenntnisgemeinschaft“? Die Neugründung der
Staatsrechtslehrervereinigung 1949 und ihre Konsolidierung bis 1970 75

Hinnerk Wißmann, Münster

Zwischen Aufbruch und Bewahrung. Die Verhandlungen der Vereinigung
der Deutschen Staatsrechtslehrer 1971–1991 121

Christian Waldhoff, Berlin

Die Staatsrechtslehrervereinigung im Wandel von Selbstverständnis
und Außenwahrnehmung. Die Jahre von 1992 bis heute 151

Franz Reimer, Gießen

„Diese Zurückhaltung ist sicherlich ein guter Brauch ...“.
Satzungsaufträge und Selbstverständnis der Staatsrechtslehrervereinigung 183

Helmuth Schulze-Fielitz, Würzburg

Elemente einer Kulturgeschichte der Staatsrechtslehrervereinigung 215

Ewald Wiederin, Wien

Die Vereinigung und Österreich 245

Benjamin Schindler, St. Gallen

Die Vereinigung und die Schweiz 273

II. Themengeschichte der Tagungen der Staatsrechtslehrervereinigung

Udo Di Fabio, Bonn

Verschränkte Funktionen: Verfassung und Staat als Gegenstand
der Staatsrechtslehre 305

Julian Krüper, Bochum

Rousseaus langer Schatten. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
und ihr Ringen mit der Wirklichkeit moderner Demokratie 325

Giovanni Biaggini, Zürich

Bundesstaat als Gegenstand der Beratungen: Hundert Jahre Föderalismusfragen
im Spiegel der Jahrestagungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 355

Ulrike Davy, Bielefeld

Aus dem Schatten ins Licht: Zum Verhältnis von Sozialstaat und Rechtsstaat 381

Ekkehart Reimer, Heidelberg

„Das Steuerrecht soll seine wissenschaftliche Existenzberechtigung nachweisen“.
Finanz- und Steuerrecht als Themen der Staatsrechtslehrervereinigung 403

Matthias Jestaedt, Freiburg i. Br.

Ein Grundrechtslaboratorium – sic et non. Die Behandlung der Grundrechte
durch die Staatsrechtslehrervereinigung 431

Ute Sacksofsky, Frankfurt a. M.

Gleichheitsdiskussionen der Staatsrechtslehrervereinigung –
Paukenschlag, Stille, Marsch, Sinfonie 479

Horst Dreier, Würzburg

Vom Stabilitätsgaranten zum Gefahrenherd: Kirchen und Religionen
als Beratungsgegenstand der Staatsrechtslehrervereinigung 497

Marcel Kau, Heidelberg und Jan Philipp Schaefer, München

Die deutsche Teilung und die Wiedervereinigung 519

Anna Katharina Mangold, Flensburg

Deutsch und Staat. Die Europäische Integration in den Tagungsthemen 545

Bardo Fassbender, St. Gallen

Das Völkerrecht als Gegenstand der Beratungen der Vereinigung:
Bildnis eines Unsichtbaren? 567

<i>Christoph Gusy, Bielefeld</i> Asymmetrische Dialoge. Verfassungsgerichtsbarkeit als Themenstellung	585
<i>Friedrich Schoch, Freiburg i. Br.</i> Wandel von Staatlichkeit im Brennglas des Verwaltungsrechts	607
<i>Margrit Seckelmann, Hannover</i> Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrealität als Themen oder Nichtthemen	665
<i>Franz Merli, Wien</i> Verwaltungsrechtsvergleichung in den Tagungen der Vereinigung	681

III. Konflikte, retardierende Kräfte, Abgrenzungen

<i>Jan Thiessen, Berlin</i> „Selbstgerechtigkeit ist gräßlich“. Der Umgang der Staatsrechtslehrervereinigung mit der NS-Vergangenheit	697
<i>Florian Meinel, Göttingen</i> Die Staatsrechtslehrervereinigung und die Studentenbewegung	733
<i>Oliver Lepsius, Münster</i> Interdisziplinarität auf der Staatsrechtslehrertagung	753
<i>Pascale Cancik, Osnabrück</i> Die verspätete Zutritt? Frauen in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	795
<i>Jens Kersten, München</i> Mitglieder der Vereinigung in der politischen und gerichtlichen Praxis	829

IV. Außensichten auf die Staatsrechtslehrervereinigung

<i>Frieder Günther, Berlin</i> Antiliberalismus, liberaler Konsens, Neoliberalismus. Die Debatten der Staatsrechtslehrervereinigung und die zeitgeschichtliche Forschung	867
--	-----

Michel Fromont, Paris und Aurore Gaillet, Toulouse

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer als Garant der einheitlichen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht. Eine Betrachtung aus französischer Perspektive 893

Atsushi Takada, Osaka

Die Staatsrechtslehrervereinigung aus japanischer Perspektive.
Ein Vergleich zwischen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL) und der Japan Public Law Association (JPLA) 909

Reinhard Zimmermann, Hamburg

Wie es die anderen machen ... Charakteristika der Zivilrechtslehrervereinigung und ihrer „Kultur“ 919

Klaus Ferdinand Gärditz, Bonn

Das andere Öffentliche Recht: Die Staatsrechtslehrervereinigung im Vergleich mit der Strafrechtslehrervereinigung 951

Christoph Möllers, Berlin

Die Staatsrechtslehrervereinigung im Spiegel anderer wissenschaftlicher Vereinigungen 973

Hermann Pünder, Hamburg

Zum Weg in die „Zunft“ der Staatsrechtslehre. Erfahrungen, Beobachtungen, Einordnungen 995

V. Die Staatsrechtslehrervereinigung in Daten und Zahlen

Die Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022 . . . 1035

Die Vorstände der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022 . . . 1069

Tagungsthemen, Tagungsorte und Tagungsberichte 1071

Autorinnen und Autoren 1095

Bildquellennachweise 1099

Personenregister 1101

Sachregister 1129

Die Vereinigung in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Auflösung

Andreas Kley

I. Thema	39
II. Staatsrechtliche Denkrichtungen in der Weimarer Republik	41
1. Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens	41
2. Methoden-, Richtungs- und Grundlagenstreit in der Weimarer Republik	43
3. Weimarer Konferenzen der Verfassungstreuen 1926 bis 1932	45
4. Aufruf an der Tagung von Halle 1931 zu Art. 48 Abs. 2 WRV	46
III. Auflösung der Vereinigung	48
1. Absage der Tagung von Marburg 1933 und Stilllegung der Vereinigung	48
2. Paralleles Schicksal der Gesellschaft für Völkerrecht	49
3. Förmliche Liquidation der Vereinigung 1938	52
IV. Staatsrechtslehrer und ihre Organisationen in der Zeit des Nationalsozialismus	54
1. Vergebliche Nachfolgerivalität nationalsozialistischer Organisationen	54
2. Virtuelle Gruppen der Staatsrechtslehrer	55
V. Schrifttum der Staatsrechtslehrer in der Zeit des Nationalsozialismus	57
1. Schrifttum in den drei Phasen des NS-Regimes	57
2. Flug-, Bekenntnis- und Wendeschriften	59
3. Vom institutionellen Rechtsdenken zur „nationalsozialistischen“ Methodenlehre	61
4. Nationalsozialistische Gesamtdarstellungen versus Exilliteratur	63
5. Nationalsozialistische Aufsatzliteratur ab 1939	67
6. Habilitationsschriften	68
7. Am Ende: Staatsrechtslehre ohne Staatsrecht	70
VI. Epilog: Der „liegendebliebene, rechte braune Lederhandschuh“	72

I. Thema

Ernst Rudolf Huber schrieb 1941 im Vorwort des von ihm herausgegebenen Bandes „Idee und Ordnung des Reiches“: „Nach einer Unterbrechung von neun Jahren sind die deutschen Staatsrechtslehrer am 4. und 5. Oktober 1940 zum ersten Male wieder zu einer Arbeitstagung, und zwar in Leipzig im Rahmen des ‚Einsatzes der Geisteswissenschaften‘, zusammengetreten. Mitten im Krieg, in der Kampfpause zwischen den großen Schlachten im Westen und Osten, vereinten sich bei dieser Leipziger Tagung die Vertreter des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts, um den Grund einer neuen Gemeinschaftsarbeit zu legen.“¹ Der Band sollte „die Geschichte und die gegenwärtige

¹ Idee und Ordnung des Reiches, Gemeinschaftsarbeit deutscher Staatsrechtslehrer, herausgegeben

Gestalt des Reiches“ erforschen. *Huber* formulierte ein Bekenntnis der beteiligten Autoren. Ihnen gehe es um das „Gefüge der führenden und bewahrenden Macht, die aus der europäischen Mitte ausstrahlend ihre große Ordnungsaufgabe“ erfülle. „Verfassungsrecht bedeutet uns die politische Grundordnung, die allen Lebensbereichen der Volksgemeinschaft die sie bestimmenden Prinzipien vermittelt und die ihnen gemäße Stellung im gegliederten Bau des Reiches zuweist.“ Die Haltung der Autoren verbinde „rückhaltlose Entschiedenheit mit strengster Sachlichkeit“ und verschmelze „die Stärke deutscher wissenschaftlicher Überlieferung mit der Intensität, die die großen Ziele der Gegenwart“ erfordern. Das Vorwort spricht jenseits nationalsozialistischer Anleihen („neue Gemeinschaftsarbeit“, „rückhaltlose Entschiedenheit“) verklausuliert zwei Grundfragen an: Wer sollte nach der Stilllegung und Auflösung der Vereinigung die „Lücke“² füllen und die Tradition der Staatsrechtslehrervereinigung übernehmen?

Zwischen 1933 und 1949 gab es faktisch keine Vereinigung mehr, *Rudolf Smend* spricht daher konsequent von einer „Lücke von siebzehn Jahren“³. Das war die Sprachregelung anlässlich der Neugründung 1949. Der Altersvorsitzende *Richard Thoma* stellte fest, dass die Vereinigung anlässlich ihrer Wiedererrichtung „erhobenen Hauptes [...] wieder hervortrete“⁴. Trotz der plausiblen Unterbrechungsthese ist auch eine abgeschwächte Kontinuitätsthese einsichtsvoll. Der Bruch zeigte sich schon vor 1933, und die Kontinuität bestand in den zwölf Jahren des „Dritten Reiches“ in der Idee einer Staatsrechtslehre, die in den neuen Strukturen der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft und im Verhalten ihrer einstigen und potenziellen Mitglieder zum Ausdruck kam. Die Vereinigung verkörpert, wie *Schuppert* richtig betont hat, die deutsche Staatsrechtslehre und repräsentiert deren Meinungsstand⁵. Sie ist in den Worten von *Holstein* eine „geistige Genossenschaft, die sich ihrer Pflicht zum Dienst am Volksganzen zutiefst bewusst wird“ und deren „tragende gemeinsame Gedanken [...] eine weitgehende inhaltliche Einheit“ bestimmen⁶. Ab 1933 traten an die Stelle der Vereinigung andere Organisationsstrukturen, und etliche der verbliebenen Staatsrechtslehrer unterhielten eine Debatte im Rahmen des mutmaßlich Geduldeten. Die Radikalisierung des Regimes und der Krieg unterdrückten ab 1942 außerhalb des Kreises der nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer jede Form der normativen Diskussion.

Die Vereinigung erkannte an ihrer letzten Tagung 1931 in Halle die sich abzeichnende Problematik der Kompetenzkonzentration in der Exekutive. Den Boden für eine „neue Gemeinschaftsarbeit“ im „Dritten Reich“ legte der 1919 einsetzende Methodenstreit. Die

von Ernst Rudolf Huber, 1941, Vorwort unpag. Es ist nicht erstellt, wer an dieser „Tagung“ vom 4. und 5. Oktober 1940 in Leipzig anwesend war.

² Brief von Otto Koellreutter an Werner Weber vom 28.5.1937, zit. bei *Andreas Koenen*, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“*, 1995, S. 500 Fn. 243.

³ *Rudolf Smend*, *Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer und der Richtungsstreit*, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 4. Aufl. 2010, S. 620 (620).

⁴ *Richard Thoma*, *Eröffnung*, VVDStRL 8 (1950), S. 1.

⁵ *Gunnar Folke Schuppert*, *Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre*, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 5 (1994), S. 541.

⁶ Beide Zitate: *Günther Holstein*, *Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft*. Zur Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer [in Münster 1926], *AöR* 50 (1926), S. 1 (38).

Weimarer Konferenz der verfassungstreuen Hochschullehrer 1931 zeigte, dass es um mehr als um bloße Methode ging, denn der Gegenstand und das Ziel der Forschung waren umstritten (Ziff. II.). Die Absage der Marburger Tagung 1933 bereitete die Stilllegung und Auflösung der Vereinigung vor (Ziff. III.). Nach dem 30. Januar 1933 stellte sich die Frage, welche nationalsozialistische Organisation der Vereinigung folgen sollte (Ziff. IV.). Die Analyse der Tätigkeit der Staatsrechtslehrer zur Zeit des Nationalsozialismus ist vor dem *Hintergrund der fortschreitenden Zerstörung und Auflösung der Rechtsordnung* erhellend. Nach 1939 löste der reine Maßnahmenstaat den verbliebenen Normenstaat gänzlich ab: Die im normlosen Nationalsozialismus agierenden Staatsrechtslehrer unterstützten diesen Vorgang mit Verschleierung und Propaganda (Ziff. V.). Nach dem Krieg stellte sich im Zuge des Wiederaufbaus die Frage nach der Wiedererrichtung der Vereinigung. Die kompromittierende Verwicklung vieler Staatsrechtslehrer in den Nationalsozialismus warf die zunächst nicht öffentlich verhandelte Frage auf, wie mit den nationalsozialistischen Staatsrechtslehrern überhaupt zu verfahren sei. Das Tabu war stark, erst 2000 verhandelte die Vereinigung das Thema öffentlich (Ziff. VI.).

II. Staatsrechtliche Denkrichtungen in der Weimarer Republik

1. Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens

Drei Arten des Denkens – normativ, dezisionistisch und institutionell – bestimmten die Staatsrechtslehre seit Ende des 19. Jahrhunderts⁷.

Zunächst setzte sich im 19. Jahrhundert das *normative Denken* durch, und im Deutschen Kaiserreich erhielt dieses normative Denken unter der Bezeichnung Positivismus eine herausragende Stellung. Er hatte die wichtige Funktion, die Wissenschaft von der Politik fernzuhalten. Die Verfassungs- und Rechtsordnung war gegeben, deren Normen galten unbestritten, und die Lehre akzeptierte die begrenzt demokratische Ordnung, indem sie mit der Verfassung des Kaiserreichs arbeitete, ohne sie zu hinterfragen. *Paul Laband* gab dieser Haltung in seinem „Staatsrecht des Deutschen Reiches“ Ausdruck, ohne dass er rechtshistorische, philosophische oder politische Erörterungen für wertlos halten wollte⁸. *Laband* stützte die bestehende Ordnung faktisch, indem er sich auf „die gewissenhafte und vollständige Feststellung des positiven Rechtsstoffes und die logische Beherrschung desselben durch Begriffe“⁹ konzentrierte. Die spätere Lehre rügte diesen Positivismus als „unpolitisch“¹⁰, dabei ignorierte sie, dass die Positivisten auch politi-

⁷ *Christian Graf von Krockow*, Die Entscheidung, Diss. Göttingen, 1958, S. 94 m. w. H.; *Carl Schmitt*, Politische Theologie, 7. Aufl. 1996, S. 8 (Vorbemerkung zur 2. Auflage).

⁸ *Paul Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. in zwei Bänden, 2. Auflage 1888 mit den Vorworten von 1876 und 1888, S. V, IX.

⁹ *Laband*, Staatsrecht (Fn. 8), S. XI; *Kurt Sontheimer*, Zur Grundlagenproblematik in der deutschen Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 46 (1960), S. 39 m. w. H.

¹⁰ *Gerhard Leibholz*, Zur Begriffsbildung im öffentlichen Recht, Blätter für deutsche Philosophie 5 (1931), S. 175 (176); *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, 1992, S. 36

sche, ideelle und andere Betrachtungsweisen zuließen, einfach nicht innerhalb der Dogmatik des positiven Rechts. Die Forderung, dass die Wissenschaften wertfrei und objektiv arbeiten sollen, erhob ab 1904 *Max Weber* in verschiedenen Aufsätzen und Vorträgen.¹¹ Er löste damit einen wissenschaftlichen Grundlagenstreit aus. Der Positivismus schrieb seinem Gegenstand, den Rechtssätzen aller Rangstufen, *normative Geltung* zu und erhob die unbedingte Verbindlichkeit der gesetzten Rechtssätze zu seinem Dogma. Der Untergang der kaiserlichen Herrschaft am 9. November 1918 erschütterte auch den Positivismus und sein Dogma. Schon im Krieg kam die Frage nach der gerechten Ordnung, nach dem Naturrecht und der Demokratie auf. Das gesetzte Recht erhielt übergesetzliche Konkurrenz. Es stellte sich die Frage: Warum gilt das durch Staatsorgane gesetzte Recht? Das Dogma der Normativität des gesetzten Rechts war in Frage gestellt. *Carl Schmitt*¹² stellte fest: „Wenn im Interesse der politischen Existenz des Ganzen solche Durchbrechungen [...] vorgenommen werden, so zeigt sich darin die Überlegenheit des Existentiellen über die bloße Normativität. Wer zu solchen Handlungen befugt und imstande ist, handelt souverän.“ Die Normativität der Weimarer Reichsverfassung und des untergeordneten Rechts bildete den Kern des Methoden-, Richtungs- und Grundlagenstreits¹³.

Andere Denkweisen waren der *Dezisionismus* und der Institutionalismus. *Carl Schmitt* begreift in seiner Verfassungslehre die Tätigkeit der verfassungsgebenden Nationalversammlung als „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“¹⁴. Der Normierung geht „eine grundlegende politische Entscheidung des Trägers der verfassungsgebenden Gewalt“¹⁵ voraus. Für die Weimarer Republik betreffen diese Entscheidungen die Demokratie, die Republik, den Bundesstaat und den bürgerlichen Rechtsstaat.¹⁶ *Schmitt* spricht dabei von der „konkreten Dezision der souveränen Instanz“, die den „konkreten Inhalt“¹⁷ schaffe. Er übernimmt damit seinen 1922 in der „Politischen Theologie“ entwickelten Dezisionismus. Die Entscheidung beruht gerade nicht auf einer sie stützenden Norm: „Die Entscheidung ist, normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren.“¹⁸ Sie erfolgt also ohne jede Bindung an etwas Vorbestehendes. Die Entscheidung sondert sich „von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität

m. w.H.; *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus (1958), 2. Aufl. 1981, S. 214; *Horst Dreier*, Zerrbild Rechtspositivismus, in: FS für Heinz Mayer, 2011, S. 61 (69).

¹¹ *Max Weber*, Die Objektivität sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904), in: *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 4. Aufl. 1973, S. 146; *ders.*, Wissenschaft als Beruf (1918), a. a. O., S. 582.

¹² *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 107.

¹³ *Smend*, Richtungsstreit (Fn. 3); *Sontheimer* (Fn. 9), S. 65; *Michael Stolleis*, Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?, in: *ders.*, Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, 2011, S. 545 (565 m. w.H.); *Kathrin Groh*, Demokratische Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 2010, S. 4, 552.

¹⁴ *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 12), S. 20.

¹⁵ *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 12), S. 23.

¹⁶ *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 12), S. 23.

¹⁷ *Schmitt*, Verfassungslehre (Fn. 12), S. 49.

¹⁸ *Schmitt*, Theologie (Fn. 7), S. 37.

beweist, daß sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht“. Schmitt spitzt seine These zu: „Alles Recht ist ‚Situationsrecht‘“.¹⁹ Damit erlaubt der Dezisionismus eine rechtlich getarnte beliebige Verfügung über Menschen und Welt²⁰ und mündet in den Nihilismus.

Nach dem Ersten Weltkrieg entwickelte sich das *institutionelle Rechtsdenken*, namentlich durch *Maurice Hauriou* (1856–1929), als weitere Strömung, welche das normative und das dezisionistische Denken in sich aufnimmt²¹. Danach manifestiert sich das Recht in sozialen Tatbeständen, genannt Institutionen²². Institutionelles Denken ermöglicht, rechtliche Fragen anders zu entscheiden und zu begründen, als es in den normativen Vorgaben angelegt ist. Die institutionelle Wesensschau der Normen ergreift „auch die Struktur der außerpositiv-rechtlichen Sphäre“²³ und bringt sie normativ zur Geltung. Nüchtern betrachtet werden über die Rechtsnormen soziale Phänomene wie etwa Ehe, Familie, Eigentum gestülpt. Die sozialen Phänomene wirken normativ. Diese sogenannten „Institutionen“ haben eine überrechtliche Natur und sind dem staatlichen Gesetz vorgegeben. Die Institutionen bilden Teile eines „sinnvollen Gemeinwesens, die auf einen übergeordneten ‚organischen‘, d. h. weltanschaulichen Zusammenhang ausgerichtet sind“²⁴. Letzterer wird mit Gerechtigkeit, Natur, Naturrecht, völkischem Denken, Rechtsidee, Sittenordnung und andern abstrakten Vorstellungen bezeichnet. Mit diesen Konzepten können für einzelne oder alle „Institutionen“ konkrete Rechtsfolgen hergeleitet werden. Damit lassen sich die bisher gültigen Inhalte der positiven Rechtsordnung ohne Änderung des Gesetzes verändern. Diese Umwertung kann als bloße Anwendung des geltenden Rechts getarnt werden, was die Durchsetzung der neuen weltanschaulichen Konzepte erleichtert.²⁵

2. Methoden-, Richtungs- und Grundlagenstreit in der Weimarer Republik

Diese drei Denkrichtungen bestimmten die europäische Rechtswissenschaft schon vor dem Ersten Weltkrieg. In der Weimarer Republik taten sich nach der Revolution 1919 zwei Fronten auf, die man technisch als „Normativisten“ und „Antinormativisten“ bezeichnen kann. Die ersteren standen für die Geltung der Weimarer Verfassung und die von ihr errichtete politische Ordnung ein. Es handelte sich im weitesten Sinne um liberale Kräfte, die den Schutz der Individualfreiheit und der Demokratie betonten; die Positivisten standen in der Regel auf dieser Seite. Die Antinormativisten waren heterogener zusammengesetzt und bezweifelten die Geltung der Weimarer Verfassung. Sie standen der dezisionistischen und vor allem der institutionellen Denkrichtung nahe.

¹⁹ Schmitt, *Theologie* (Fn. 7), S. 19 (beide Zitate).

²⁰ Krockow, *Entscheidung* (Fn. 7), S. 144.

²¹ *Maurice Hauriou*, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, 1965.

²² *Ute Mager*, *Einrichtungsgarantien*, 2003, S. 128 m. w. H., namentlich *Maurice Hauriou*, *La théorie de l'institution et de la fondation*, in: *ders.*, *Aux sources du droit*, 1986, S. 89.

²³ *Leibholz*, *Begriffsbildung* (Fn. 10), S. 187.

²⁴ *Bernd Rüthers*, *Das Ungerechte an der Gerechtigkeit*, 3. Aufl. 2009, S. 99.

²⁵ *Rüthers*, *Gerechtigkeit* (Fn. 24), S. 99; *Bernd Rüthers*, *Wir denken die Rechtsbegriffe um*, 1987 S. 60.

Die Schaffung der Weimarer Republik folgte aus der Kriegsniederlage und der erfolgreichen Revolution. Die verfassungsgebende Nationalversammlung übernahm die Staatsgewalt, erarbeitete und verabschiedete die Verfassung und bereitete die Bestellung der Organe vor. Die Staatsrechtslehre erhielt einen neuen Gegenstand. Diesen bildete nicht mehr die Reichsverfassung von 1870, sondern die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919. „Wer sich unter deren Geltung mit dem Staatsrecht befasste, musste sich also mit dem Verfassungsrecht der Republik beschäftigen.“²⁶ Nicht alle Staatsrechtslehrer hatten den grundlegenden Herrschaftswechsel begrüßt, und einige zweifelten an der Normativität der Weimarer Reichsverfassung. Die Gründung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer hängt mit dieser Grundlegendiskussion zusammen. Berliner Professoren, namentlich *Heinrich Triepel*, vernahmen, dass der sozialdemokratisch gesinnte *Fritz Stier-Somlo* eine republikanische Staatsrechtslehrervereinigung plante. Sie wollten eine Spaltung der Staatsrechtslehrer in Verteidiger und Gegner der Weimarer Verfassung verhindern und luden auf den 13./14. Oktober 1922 nach Berlin ein, um die Vereinigung zu gründen²⁷. Diese umfasste in der Folge fast alle Staatsrechtslehrer und damit das gesamte Meinungsspektrum. An der Tagung 1926 über „die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung“ prallten die Meinungen zwischen dem Antinormativisten *Erich Kaufmann* und dem Positivisten *Hans Kelsen* aufeinander. *Kaufmann* attackierte schon zu Beginn seines Referats den Rechtspositivismus, der „erledigt“ sei. Hinter dem positiven Recht sei „das wahrhaft Reale, in dem wir mit dem Besten in uns wurzeln, wenn wir geistig und moralisch aufrecht stehen wollen“²⁸. *Kaufmann* bekannte sich dabei nicht zu einem beliebigen Naturrecht, sondern zum „rationalistischen Naturrecht des 17. und des 18. Jahrhunderts“²⁹. Das Referat kulminierte in der Aussage: „Der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht“³⁰. In der Diskussion widersprach *Hans Kelsen*³¹ der These eines Naturrechts. Der Weimarer Streit war an dieser Tagung und an den meisten späteren Tagungen offen anwesend³².

Die Weimarer Staatsrechtslehrer fanden für die entgegengesetzten Meinungen, genauer für die Aporie, prägnante Metaphern und Formeln. *Hans Nawiasky* sagte nach dem

²⁶ *Christoph Gusy*, „Vernunftrepublikanismus“ in der Staatsrechtswissenschaft der Weimarer Republik, in: *Wirsching/Eder* (Hrsg.), *Vernunftrepublikanismus in der Weimarer Republik*, 2008, S. 195 (196).

²⁷ *Michael Stolleis*, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 80 (1997), S. 339 (340); *Smend*, *Richtungsstreit* (Fn. 3), S. 621; *Ulrich M. Gassner*, *Heinrich Triepel. Leben und Werk*, 1995, S. 134 sieht die Gründung nicht als eine Reaktion auf das Vorhaben von *Stier-Somlo*.

²⁸ VVDStRL 3 (1927), S. 3.

²⁹ VVDStRL 3 (1927), S. 4.

³⁰ VVDStRL 3 (1927), S. 21.

³¹ VVDStRL 3 (1927), S. 53.

³² *Groh*, *Staatsrechtslehrer* (Fn. 13), S. 552; *Smend*, *Richtungsstreit* (Fn. 3), S. 624; 1922 im Eröffnungsreferat von *Richard Thoma*, *Das richterliche Prüfungsrecht*, AöR 43 (1922), S. 267 (267); VVDStRL 1 (1924), S. 63 (63 1. Satz), *Schmitt/Jacobi*, *Diktaturgewalt*; VVDStRL 2 (1925), S. 8, *Jellinek/Lassar*, *Schutz des öffentlichen Rechts*; VVDStRL 3 (1927), S. 2, *Kaufmann/Nawiasky*, *Gleichheitssatz* (namentlich S. 3 und die Entgegnung von *Kelsen*, S. 53); VVDStRL 4 (1928), S. 98 (99), *Heller/Wenzel*, *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*; VVDStRL 5 (1929), S. 2, *Triepel/Kelsen*, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*; VVDStRL 7 (1932), S. 1, *Eröffnung mit dem Aufruf betreffend die Anwendung des Art. 48 WRV*.

Zweiten Weltkrieg in seinen Vorlesungen: „Eine gelungene Revolution hat soziologisch betrachtet staatsrechtliche und eine mißlungene Revolution hat rechtlich betrachtet strafrechtliche Folgen.“³³ Freiherr von der Heydte führte aus: „Der Hochverrat [ist] nur strafbar [...], wenn er mißlingt“³⁴. Die Langform des Diktums findet sich etwa im Votum *Jellinek-Kiel* an der Tagung von 1928: Der Votant beobachtete eine Szenerie anlässlich einer Versammlung: „Einige Leute betraten den Rasen, wurden aber vom Schutzmann aufgeschrieben. Nachher drängte die ganze Menschenmenge auf den Rasen; da stellte der Schutzmann seine Tätigkeit ein. Da verglichen wir das Gesehene mit der Revolution. Wir sagten: wenn die Revolution im Anfangsstadium sich befindet, ist sie ungesetzlich; wenn sie sich einmal durchgesetzt hat, dann hat sie das entgegenstehende Recht besiegt.“³⁵

Das Thema verschwand nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten nicht und bestand in modifizierter Form fort.³⁶ Das nationalsozialistische Herrschaftssystem hatte es darauf abgesehen, die Normativität von Recht abzuschaffen und „Recht“ zur Tarnung von Willkür einzusetzen.

3. Weimarer Konferenzen der Verfassungstreuen 1926 bis 1932

1926 – im Jahr der Stabilisierung der Weimarer Republik – beschloss eine kleine Minderheit der deutschen Hochschullehrer, sich öffentlich zur Weimarer Republik zu bekennen. Einige Berliner Professoren gründeten die formlose Vereinigung „verfassungstreuer Hochschullehrer“ und hielten 1926 eine erste Tagung in Weimar ab³⁷, worauf 1927, 1931 und 1932 weitere folgten. An den Tagungen nahmen vor allem Professoren der Geisteswissenschaften sowie eine ansehnliche Zahl deutscher Staatsrechtslehrer teil, zumeist auch Mitglieder der Vereinigung, insbesondere *Gerhard Anschütz* und *Richard Thoma*³⁸. 1931 änderte die lose Vereinigung ihren Namen in „Weimarer Kreis“³⁹. Die Zusammenkunft von

³³ *Andreas Kley*, Rechtsstaat und Widerstand, in: Aubert/Thürer/Müller (Hrsg.), Handbuch des schweizerischen Verfassungsrechts, 2001, S. 285 (289) und dazu die Begründung im Detail bei *Hans Nawiasky*, Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil, Bd. 2, Staatsgesellschaftslehre, 1955, S. 40.

³⁴ *F. A. Freiherr von der Heydte*, Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 39 (1951), S. 461 (465); *Hans Julius Wolff*, Organschaft und Juristische Person, Bd. 1, 1933, S. 390: „Der in einer Revolution Siegreiche setzt danach ‚Recht‘, der Unterliegende ‚Unrecht‘.“

³⁵ VVDStRL 5 (1929), S. 215; ähnliche Überlegungen bei *Hermann Herrfahrdt*, Revolution und Rechtswissenschaft, Habil., 1930, S. 5, 53, 147.

³⁶ *Stolleis*, Methodenstreit (Fn. 13), S. 560; a.M. *Smend*, Richtungsstreit (Fn. 3), S. 632 spricht von „Stilllegung“ dieser Diskussion.

³⁷ Die deutschen Universitäten und der heutige Staat. Referate, erstattet auf der Weimarer Tagung deutscher Hochschullehrer am 23. und 24. April 1926, hrsg. von Wilhelm Kahl, Friedrich Meinecke und Gustav Radbruch, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 44, 1926. Dazu grundlegend die materialreiche Studie, *Herbert Döring*, Der Weimarer Kreis, 1975, S. 4, 82.

³⁸ Außer um die aktiven G. Anschütz und R. Thoma handelt es sich um W. Apelt, O. Bühler, F. Giese, H. Heller, A. Hensel, W. Jellinek, K. Loewenstein, A. Mendelssohn-Bartholdy, H. Nawiasky, K. Perels, H. Peters, H. Preuß, G. Radbruch, L. Richter, K. Rothenbücher, C. Sartorius, W. Schücking, H. Sinzheimer, F. Stier-Somlo, R. Thoma, L. Waldecker, L. Wittmayer, H.J. Wolff, E. Jacobi, F. Jerusalem, H.U. Kantorowicz, H. Kelsen, L. v. Koehler, R. Laun, Nachweise bei *Gusy*, „Vernunftrepublikanismus“ (Fn. 26), S. 195 Fn. 2.

³⁹ *Döring*, Kreis (Fn. 37), S. 7 m. w. H.

1926 verabschiedete eine wegleitende Resolution zum Teilnehmerkreis: Danach hieß man jeden Kollegen willkommen, „welcher – unbeschadet seiner wie immer gearteten politischen Grundüberzeugung – gewillt ist, auf dem Boden der bestehenden demokratisch-republikanischen Staatsordnung positiv mitzuarbeiten am Ausbau unseres Verfassungslebens“⁴⁰. Die rechtsstehenden Unterzeichner bekundeten erhebliche Mühe mit diesem Text, weil sie sich nicht als Demokraten oder Republikaner verstanden. So formulierte der abwesende *Otto Koellreutter*, damals Mitglied der Deutschen Volkspartei, dass die Resolution ein „unnötig bekenntnismäßiges Element“, sozusagen einen „Geßlerhut“⁴¹, enthalte.

Die Tagungen waren keineswegs repräsentativ und eher schlecht besucht. Am meisten Teilnehmer erhielt die Tagung 1927 in Weimar über den Parlamentarismus, nämlich 114, und sie wurde in der Presse breit wiedergegeben.⁴² Die Tagung 1931 in Weimar war auf Pfingsten anberaumt und wurde wegen Uneinigkeit der Organisatoren auf den 26./27. Oktober verschoben und mit 59 Teilnehmern durchgeführt. Thema war der „Kampf gegen die Invasion des Nationalsozialismus in die Universitäten“⁴³. Die letzte Tagung Ende Oktober 1932 in Leipzig umfasste nur 30 Teilnehmer. Sie widmete sich den Themen des liberalen Staatsgedankens im Verhältnis zum totalen Staat und der akademischen Jugend.⁴⁴

4. Aufruf an der Tagung von Halle 1931 zu Art. 48 Abs. 2 WRV

Die regelmäßigen Teilnehmer am Weimarer Kreis vertraten in der Staatsrechtslehrertagung die demokratisch-republikanische Staatsordnung, wie sie in der Weimarer Verfassung von 1919 von der verfassungsgebenden Nationalversammlung konzipiert worden war. Auf der Gegenseite standen die Kritiker der Weimarer Verfassung und die nichtdemokratischen Professoren, die eine autoritäre Staatsordnung bevorzugten. Der Weimarer Kreis stand also tendenziell eher auf der Seite der Positivisten im Rahmen des „Methodenstreits“ innerhalb der Staatsrechtslehrervereinigung. Er bildete damit den Widerpart zu den Vertretern des dezisionistischen oder institutionellen Rechtsdenkens. Die Weimarer Tagung des Weimarer Kreises vom 26./27. Oktober und die achte und letzte Tagung der Vereinigung vom 27. bis zum 29. Oktober 1931 in Halle überlappten sich an einem Tag. Die Überlappung war auch inhaltlicher Art, da die achte und letzte Tagung zur Zeit der Weimarer Republik außerhalb der beiden Themen Beamtenrecht und Wahlrecht einen spontan angesetzten Tagesordnungspunkt diskutierte. Der Tagungsband berichtet unter der „Eröffnung“, außerhalb der Tagesordnung habe eine Aussprache über die Handhabung des sogenannten Notverordnungsrechts stattgefunden. Das Ergebnis der Aussprache sei in einer an die Presse gegebenen Mitteilung niedergelegt worden, in der die Vereinigung als ihre Überzeugung ausspreche: „Daß es die Aufgabe der Regierungen des Reiches und der Länder sei, strenger als bisher darüber zu wachen, daß das

⁴⁰ Deutsche Universitäten und der heutige Staat (Fn. 37), S. 38.

⁴¹ *Döring*, Kreis (Fn. 37), S. 87 Anm. 52 in einem Brief vom 9.6.1926 an Hans Delbrück.

⁴² *Döring*, Kreis (Fn. 37), S. 96.

⁴³ *Döring*, Kreis (Fn. 37), S. 104.

⁴⁴ *Döring*, Kreis (Fn. 37), S. 111.

Mittel der Notverordnung nicht mißbraucht werde durch die Einfügung von Bestimmungen, welche weder mit dem Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, noch mit der Behebung der gegenwärtigen Notlage auch nur in mittelbarem Zusammenhange stehen.“⁴⁵ Dem Tagebuch von *Carl Schmitt* ist zu entnehmen, dass eine „heftige Diskussion über unsere Resolution“ stattfand, in welcher er, *Bilfinger* und andere überstimmt worden seien, und er fuhr fort: [Ich] „[s]ah die Gemeinheit und Bösartigkeit von *Rothenbücher*, *Kaufmann* und *Smend*. War nicht geschickt genug, aber mutig. Die Resolution wurde beschlossen, es ist ganz gleichgültig“⁴⁶.

Diese vorsichtige und schwache Mahnung wurde zum Vermächtnis der Weimarer Zeit. Die Presse hatte den Aufruf nur am Rande aufgenommen⁴⁷, und er entfaltete keine politische Wirkung. Die beiden Berichte zur Tagung von *Arnold Köttgen* und *Friedrich Giese* enthielten keine weitergehenden Informationen zum Aufruf⁴⁸. Die Öffentlichkeit überging die Mahnung nahezu mit Stillschweigen. Ganz im Gegensatz dazu merkte *Otto Koellreutter* bei diesem Thema auf und verfasste einen Epilog zum Aufruf von Halle.⁴⁹ Er geißelte darin auch die fast gleichzeitig stattfindende „Konferenz der Verfassungstreuen“ vom 26./27. Oktober 1931 – wie sie sich selbst bezeichnete, bevor sie den Namen wechselte – und erklärte deren Liberalismus für widersprüchlich und unmöglich. Zudem verfolgte der umbenannte „Weimarer Ring“ [recte „Kreis“] eine „bewußte politische Linie“, gegen die ein echt liberaler Kreis protestieren müsste. Er urteilte wohlwollender zum Aufruf der Hallenser Tagung der Staatsrechtslehrer, denn diese konnte „in völliger Geschlossenheit und echt wissenschaftlichem Geiste durchgeführt werden“⁵⁰. Der Aufruf über das Notrecht veranlasste *Koellreutter* zum Nachdenken. Er bezog sich dabei auf die entsprechende Kontroverse zwischen den beiden Schweizer Staatsrechtsprofessoren *Dietrich Schindler sen.* und *Zaccaria Giacometti*⁵¹. Ersterer befürwortete ein ungeschriebenes Notrecht, wenn es um die Existenz des Staates gehe, wogegen *Giacometti* kein ungeschriebenes Notrecht außerhalb der Verfassung anerkennen wollte. *Koellreutter* schlug sich auf die Seite von *Schindler* und wollte keinen Zweifel am Notmaßnahmenrecht zulassen, „wenn man den Staat nicht konsequent atomisieren will“⁵². Das hinderte ihn aber nicht, sich dem Anschein nach für den Aufruf einzusetzen und der Weimarer Republik den Missbrauch des Notverordnungsrechts vorzuwerfen. Leider könne man nicht behaupten, „daß alle Bestimmungen der Notverordnungen nur von einem *nationalen* und *sozialen* Staats- und Rechtsdenken beherrscht sind“⁵³. Seine Hinwendung zu einem „*nationalen* und *sozialen*

⁴⁵ VVDStRL 7 (1932), S. 1.

⁴⁶ *Carl Schmitt*, Tagebücher 1930 bis 1934, 2010, S. 141.

⁴⁷ Die Vossische Zeitung vom 30. Oktober 1931, Nr. 512, S. 3 gab die Mahnung kommentarlos wieder.

⁴⁸ *Arnold Köttgen*, Bericht zur 8. Tagung, AÖR 21 (1932), S. 404; *Friedrich Giese*, DJZ 1931, Sp. 1438.

⁴⁹ *Otto Koellreutter*, Zur Krise des liberalistischen Staatsdenkens. Zugleich ein Epilog zur Weimarer Tagung „verfassungstreuer“ Hochschullehrer und zur 8. Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer in Halle, Zeitschrift für Politik 21 (1932), S. 472.

⁵⁰ *Koellreutter*, Krise (Fn. 49), S. 474.

⁵¹ Im Detail *Andreas Kley*, Von Stampa nach Zürich. Der Staatsrechtler Zaccaria Giacometti, sein Leben und Werk und seine Bergeller Künstlerfamilie, 2014, S. 244.

⁵² *Koellreutter*, Krise (Fn. 49), S. 477.

⁵³ *Koellreutter*, Krise (Fn. 49), S. 478.

Denken“, eben dem „Nationalsozialismus“, war schon im Gange. Im Juli 1932 hatte *Koellreutter* – als einziger Staatsrechtslehrer – zusammen mit 31 anderen Professoren anlässlich der Reichstagswahl zur Wahl für die Nationalsozialisten aufgerufen⁵⁴. Er war am Ende der Weimarer Republik vom Nationalsozialismus überzeugt und trat am 1. Mai 1933 der Partei bei.⁵⁵ Der Aufruf der Staatsrechtslehrer war inhaltlich zutreffend, aber schwach formuliert, da er in der Vereinigung nur begrenzte Unterstützung genoss⁵⁶.

III. Auflösung der Vereinigung

1. Absage der Tagung von Marburg 1933 und Stilllegung der Vereinigung

Die Vereinigung trat nach ihrer achten Tagung 1931 in Halle nicht mehr zusammen. Die seit 1926 sich entwickelnden Meinungsgegensätze⁵⁷ verstärkten sich. Sie bereiteten den Boden für die nahezu unverzügliche Stilllegung der Vereinigung nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten am 30. Januar 1933. Im März 1933 erklärten die Mitglieder *Gerhard Anschütz*, *Carl Schmitt*, *Carl Bilfinger*, *Edgar Tatarin-Tarnheyden* und das Vorstandsmitglied *Otto Koellreutter* ihren Austritt aus der Vereinigung⁵⁸. Mit Ausnahme von *Anschütz* handelte es sich um rechtsgerichtete Mitglieder. Selbst der verfassungstreue *Anschütz* glaubte offenbar nicht mehr an eine Zukunft der Vereinigung⁵⁹. Die seit 1929 amtierenden Vorstandsmitglieder *Carl Sartorius* (Vorsitz), *Hans Kelsen* und *Otto Koellreutter* hatten zur Tagung vom 20. bis 22. April 1933 in Marburg eingeladen, die sich mit der Reichsreform (*Apelt/Herrfahrdt*) und der Reform des preußischen Polizeirechts (*Genzmer/Peters*) befassen wollte⁶⁰. Dazu sollte es nicht mehr kommen: „*Erich Kaufmann*, der damals für das Auswärtige Amt in Berlin arbeitete“, rief *Rudolf Smend* an und „berichtete, dass die ‚hohe Bürokratie‘ befürchte, es werde bei der nächsten Tagung zu unabsehbaren Folgen – Loyalitätserklärungen zum neuen Regime einerseits, Bekenntnissen zum Rechtsstaat andererseits – kommen; man wünsche die ‚Vertagung auf unbestimmte Zeit‘. *Smend* gab diese Mitteilung an den Vorstandsvorsitzenden *Sartorius*

⁵⁴ *Jörg Schmidt*, *Otto Koellreutter, 1883–1972. Sein Leben, sein Werk, seine Zeit*, 1995, S. 13, 84, 183.

⁵⁵ *Schmidt*, *Koellreutter* (Fn. 54), S. 71.

⁵⁶ *Smend*, *Richtungsstreit* (Fn. 3), S. 622.

⁵⁷ *Thomas Olechowski*, *Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*, in: *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses*, herausgegeben von *Matthias Jestaedt*, 2013, S. 21.

⁵⁸ Undatierte Aufzeichnung „Die Stilllegung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im April 1933“, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, S. 119 zitiert bei *Olechowski*, *Mitglied* (Fn. 57), S. 25 Fn. 61 und *Thomas Olechowski*, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, 2020, S. 558 Fn. 420.

⁵⁹ *Michael Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. III, 1999, S. 311; *Olechowski*, *Mitglied* (Fn. 57), S. 25; *Olechowski*, *Hans Kelsen* (Fn. 58), S. 558.

⁶⁰ DJZ 1933, Sp. 485 (Heft 7): „Die 9. Tagung der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer findet vom 20. (Begrüßungsabend) bis 22. April in Marburg statt. Beratungsgegenstände: 1. Die Reichsreform, Berichterstatte: Staatsminister a.D. Prof. Dr. Apelt, Leipzig, und Prof. Dr. Herrfahrdt, Greifswald. 2. Die Reform des preußischen Polizeirechts, Berichterstatte: die Proff. Dres. Genzmer, Marburg, und Peters, M.d.L., Berlin“.

weiter⁶¹. Anfang März 1933 widerrief der Vorstand die Einladung und trat zurück. Die Deutsche Juristen-Zeitung gab bekannt: „Auf Beschluß des Vorstandes ist die Abhaltung der Marburger Tagung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben worden. Der bisherige Vorstand hat seinen Rücktritt erklärt und führt bis zur satzungsgemäßen Neuwahl des Vorstandes durch die nächste ordentliche Mitgliederversammlung die Geschäfte weiter.“⁶² Nach *Smend* und *Koellreutter* hatte dieses Vorgehen *Hans Kelsen* eine Absetzung erspart⁶³. Ausgerechnet der aus der Vereinigung ausgetretene *Otto Koellreutter* behielt sich die Geschäftsführung vor, „wohl in Erwartung baldiger Liquidation“⁶⁴. Die Vereinigung blieb bis zu ihrer förmlichen Auflösung 1938 stillgelegt. Es wurden keine Beiträge der abgesagten Tagung 1933 veröffentlicht; *Koellreutter* sorgte dafür, dass *Heinrich Herrfahrts* Beitrag nicht publiziert wurde⁶⁵.

2. Paralleles Schicksal der Gesellschaft für Völkerrecht

Die Machtergreifung der Nationalsozialisten sollte sich für alle wissenschaftlichen und akademischen Vereinigungen vernichtend auswirken. Unter den vielen parallelen Vorgängen⁶⁶ ist jener der Gesellschaft für Völkerrecht hervorzuheben. Wie bei der Staatsrechtslehrervereinigung überrascht dabei die Geschwindigkeit dieser Anpassung sowie die Parallelität der Geschehnisse. Die 1917 gegründete Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht konnte von 1918 bis zum Herbst 1932 ihre Tagungen durchführen⁶⁷. Sie zählte 1932 425 Mitglieder, darunter fanden sich etliche Mitglieder der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Die Referate zur Tagung in Kassel vom 22. bis 25. September 1932 erschienen im April 1933. Der Vorsitzende *Walter Simons* hoffte in seinem Vorwort, dass die nationale Revolution am traditionellen Charakter der Tätigkeit nichts ändere. Er bekundete gegenüber der neuen Führung, dass die Gesellschaft nichts unternehme, was die Stellung der „politischen Führer dem Ausland gegenüber irgend erschweren könnte“. Und dies sei umso weniger verzeihlich, wo „von allen Seiten sich eine Flut von Haß“⁶⁸ gegen das deut-

⁶¹ *Olechowski*, Hans Kelsen (Fn. 58), S. 558 m.H. und *Olechowski*, Mitglied (Fn. 57), S. 26 m.H.

⁶² Der Widerruf erfolgte in der nächsten Ausgabe DJZ 1933, Sp. 548.

⁶³ *Olechowski*, Hans Kelsen (Fn. 58), S. 558 Fn. 420 m.H. auf die Schrift „Stilllegung“ (Fn. 58).

⁶⁴ *Olechowski*, Hans Kelsen (Fn. 58), S. 558 und *Olechowski*, Mitglied (Fn. 57), S. 26.

⁶⁵ *Jörg Luther*, Werte an der Front. Eine Geschichte der Lehren Heinrich Herrfahrts, *JöR* 62 (2014), S. 421 (431); *Stolleis*, III (Fn. 59), S. 311 Fn. 413.

⁶⁶ Etwa die Beispiele des Juristen- und Historikertags: *Peter Landau*, Die deutschen Juristen und der nationalsozialistische Deutsche Juristentag in Leipzig 1933, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), S. 373; *Hermann Conrad*, Der Deutsche Juristentag 1860–1960, in: *Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, 1960, Bd. I, S. 1; *Matthias Berg/Olaf Blaschke/Martin Sabrow/Jens Thiel/Krijn Thijs*, Die versammelte Zunft. Historikerverband und Historikertage in Deutschland 1893–2000, 2018.

⁶⁷ *Daniel-Erasmus Khan*, Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht von 1917 bis 1933, in: *Dethloff/Notte/Reinisch* (Hrsg.): *Rückblick nach 100 Jahren und Ausblick. Migrationsbewegungen*, 2018, S. 11; *Hermann Mosler*, Die Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht. Ihr Beitrag zum Internationalen Recht seit der Wiedergründung im Jahre 1949, in: *Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Rückungskontrolle im Vertragsvölkerrecht der Gegenwart*, 1990, S. 9.

⁶⁸ Alle Zitate: *Mitteilungen der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Heft 12, 1933, S. IX.

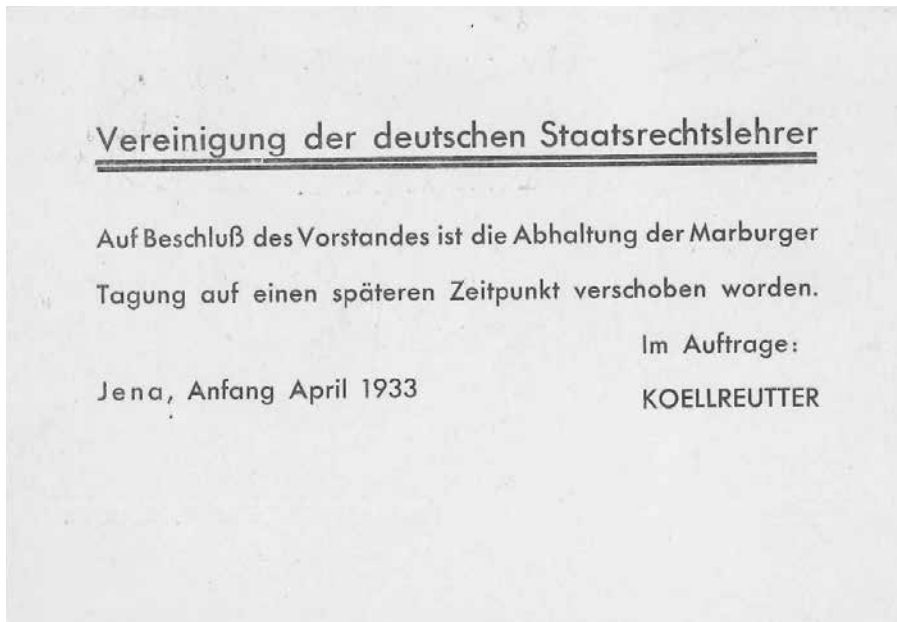
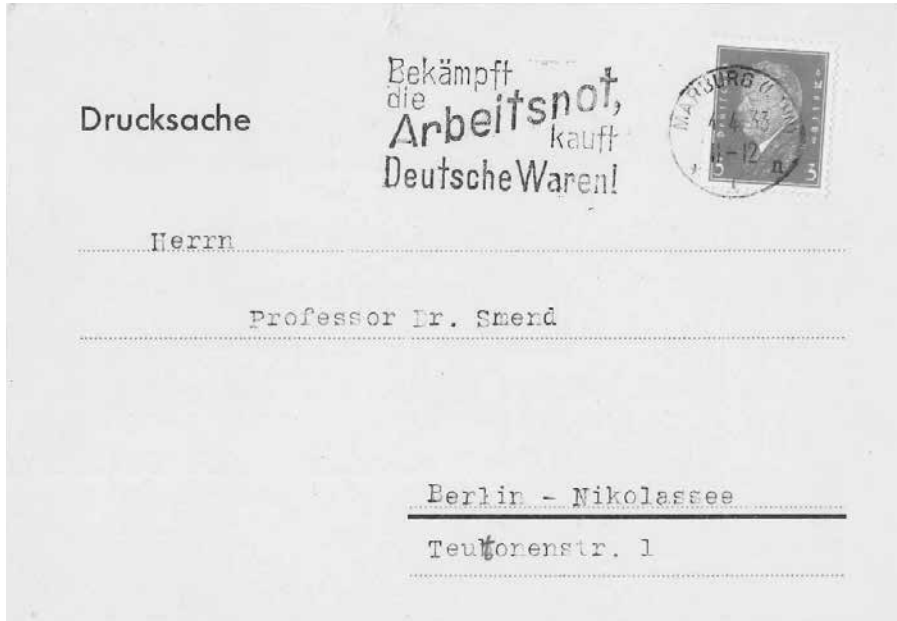


Abbildung 1: Vorgedruckte Postkarten zur Absage der Marburger Tagung 1933 (hier: an Rudolf Smend, abgesandt aus Marburg).

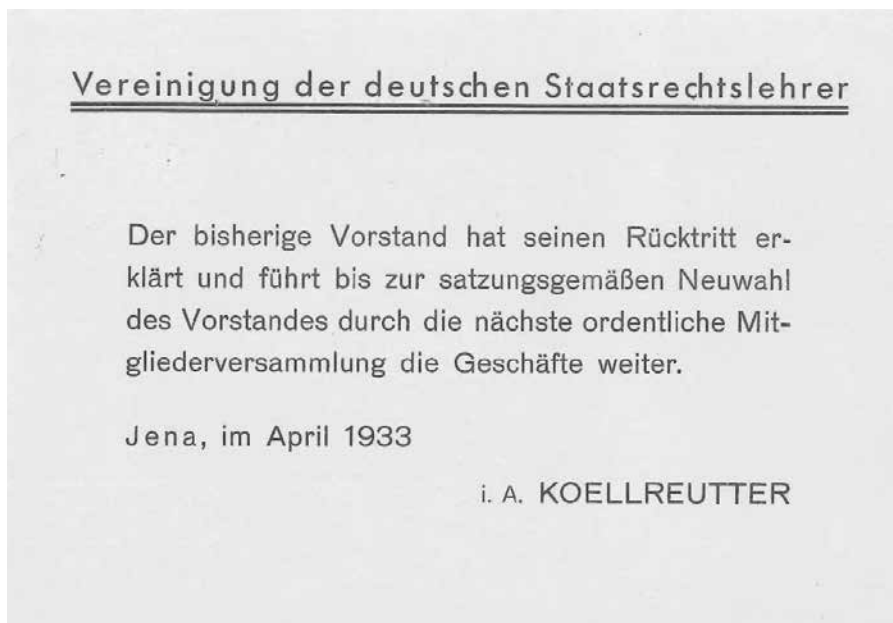


Abbildung 2: Vordruckte Postkarten zum Rücktritt des Vorstands 1933 (hier: an Rudolf Smend, abgesandt aus Jena).

sche Volk erhebe. Die Loyalitätserklärung half nichts. Die neuen Machthaber forderten schon im April 1933 die Gleichschaltung der Gesellschaft. Der Vorstand beschloss, dass die Gesellschaft ihre Tätigkeit vorläufig aufgebe, und die „Friedenswarte“ berichtete, dass sie 1934 liquidiert wurde: „Wir erhalten die erschütternde Mitteilung von dem Ende der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, deren Bestehen im nationalsozialistischen Deutschland von amtlichen Stellen nicht mehr als erwünscht betrachtet [...] wurde“.⁶⁹

3. Förmliche Liquidation der Vereinigung 1938

1938 erklärte der letzte Vorsitzende, *Carl Sartorius*, in einem gedruckten Rundschreiben an die Mitglieder die Vereinigung für aufgelöst⁷⁰:

An die Mitglieder der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer

Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer hat ihre letzte Tagung im Herbst 1933 abgehalten.

Nach der Machtübernahme hat der damalige Vorstand (Sartorius, Kelsen, Koellreutter) sein Amt niedergelegt, wobei Sartorius und Koellreutter sich bereit erklärten, eine etwaige Abwicklung der Geschäfte vorzunehmen. Eine Anzahl von Mitgliedern erklärte schon damals ihren Austritt aus der Vereinigung.

Seitdem hat die Tätigkeit der Vereinigung geruht. Durch die Gründung der Forschungsabteilung der Akademie für deutsches Recht im vergangenen Sommer, deren öffentlich-rechtlicher Abteilung auch eine größere Anzahl von Mitgliedern der Vereinigung angehört, ist nun die Möglichkeit gegeben, die wertvolle wissenschaftliche Arbeit der früheren Vereinigung im Rahmen der Akademie für deutsches Recht aufzunehmen.

Ich löse daher die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer hiermit auf, vorbehaltlich der Zustimmung ihrer Mitglieder, die ich als gegeben annehme, wenn nicht innerhalb von vier Wochen die Mehrheit der Mitglieder Einspruch erhebt.

Der letzte Schatzmeister, Professor Koellreutter, hatte im Jahre 1933 das vorhandene Barvermögen der Vereinigung auf ein Sonderkonto bei der Deutschen Bank, Zweigstelle München, hinterlegt. Er hat mir den Kontoabschluss zur Einsicht vorgelegt. Danach schließt das Konto mit 265 RM. ab. Falls kein Widerspruch von der Mehrheit erhoben wird, wird Professor Koellreutter Entlastung erteilt und er ermächtigt, die Summe nach Abzug der durch die Auflösung entstandenen Kosten der öffentlich-rechtlichen Abteilung der Forschungsabteilung der Akademie zu Händen ihres derzeitigen Vorsitzenden, Professor von Freytag-Loringhoven, zu übergeben und anzuregen, daß die Abteilung diesen Betrag zur Finanzierung einer wissenschaftlichen Arbeit aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts verwenden möge.

Schließlich wird Professor Koellreutter ermächtigt, nach genehmigter Auflösung die noch in seinem Besitz befindlichen Akten der früheren Vereinigung zu vernichten.

Tübingen, den 31. März 1938

(gez.) Sartorius

⁶⁹ Die Friedenswarte 34 (1934), S. 79.

⁷⁰ Archiv VDStRL, Ordner-Nr. 1, Reg.-Nr. 6; *Konrad Hesse*, Zur Geschichte der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 99 (1974), S. 312. Hesse veröffentlichte das ihm von Rudolf Smend

An die Mitglieder der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer

Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer hat ihre letzte Tagung im Herbst 1931 abgehalten.

Nach der Machtübernahme hat der damalige Vorstand (Sartorius, Kelsen, Koellreutter) sein Amt niedergelegt, wobei Sartorius und Koellreutter sich bereit erklärten, eine etwaige Abwicklung der Geschäfte vorzunehmen. Eine Anzahl von Mitgliedern erklärte schon damals ihren Austritt aus der Vereinigung.

Seitdem hat die Tätigkeit der Vereinigung geruht. Durch die Gründung der Forschungsabteilung der Akademie für deutsches Recht im vergangenen Sommer, deren öffentlich-rechtlicher Abteilung auch eine größere Anzahl von Mitgliedern der Vereinigung angehört, ist nun die Möglichkeit gegeben, die wertvolle wissenschaftliche Arbeit der früheren Vereinigung im Rahmen der Akademie für deutsches Recht aufzunehmen.

Ich löse daher die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer hiemit auf, vorbehaltlich der Zustimmung ihrer Mitglieder, die ich als gegeben annehme, wenn nicht innerhalb von vier Wochen die Mehrheit der Mitglieder Einspruch erhebt.

Der letzte Schatzmeister, Professor Koellreutter, hatte im Jahre 1933 das vorhandene Barvermögen der Vereinigung auf ein Sonderkonto bei der Deutschen Bank, Zweigstelle München, hinterlegt. Er hat mir den Kontoabschluss zur Einsicht vorgelegt. Darnach schließt das Konto mit 265 RM. ab, falls kein Widerspruch von der Mehrheit erhoben wird, wird Professor Koellreutter Entlastung erteilt und er ermächtigt, die Summe nach Abzug der durch die Auflösung entstandenen Kosten der öffentlich-rechtlichen Abteilung der Forschungsabteilung der Akademie zu Händen ihres derzeitigen Vorsitzenden, Professor von Freytag-Loringhoven, zu übergeben und anzuregen, daß die Abteilung diesen Betrag zur Finanzierung einer wissenschaftlichen Arbeit aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts verwenden möge.

Schließlich wird Professor Koellreutter ermächtigt, nach genehmigter Auflösung die noch in seinem Besitz befindlichen Akten der früheren Vereinigung zu vernichten.

Tübingen, den 31. März 1938

(gez.) Sartorius

Abbildung 3: Schreiben zur Information der Mitglieder der Vereinigung über deren Auflösung durch den letzten Vorsitzenden Carl Sartorius 1938.

übergebene Schreiben. Hans Peter Ipsen, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–1992, in: VVDStRL 52 (1993), S. 7 (7) berichtete, dass das Auflösungsschreiben gemäß Beurteilung von Prof. Dr. Götz Landwehr zivilrechtlich unwirksam war.

Das Schreiben schaffte über eine „neue“ Vereinigung, die Finanzen und den Verbleib der Akten Klarheit. Die fünf Jahre nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten erfolgte Auflösung hängt wohl mit verschiedenen Umständen zusammen. Gründe für die späte Auflösung sind die Auseinandersetzungen zwischen *Heinrich Triepel*, *Otto Koellreutter* und *Carl Schmitt*. Nach der Machtergreifung versuchten *Schmitt* und *Koellreutter* die Vereinigung unter ihren Einfluss zu bringen, indem sie sie entweder in den Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen oder in die Akademie für Deutsches Recht zu integrieren suchten⁷¹. Der Konflikt blieb in der Schwebe. Nach *Schmitts* Kaltstellung Ende 1936 eröffnete sich die Möglichkeit, dass der Restsaldo und die „Nachfolge“ der Vereinigung in die Akademie für Deutsches Recht überführt werden konnten. Selbstverständlich war das keine Nachfolge, so hatte es *Heinrich Triepel* abgelehnt, Mitglied der Akademie zu werden⁷². Das am 27. Mai 1937 von der Reichsregierung beschlossene Gesetz über Beamtenvereinigungen⁷³ löste alle Spitzenverbände der Beamtschaft sowie die ihnen auch nur mittelbar angehörenden Beamtenvereinigungen auf den 1. Juli 1937 auf und übertrug das Vermögen auf den NS-Rechtswahrerbund (BNSDJ)⁷⁴. Das letzte Rundschreiben, das Datum der Auflösung und die Überweisung des Restsaldos zeigen, dass das Gesetz nicht auf die Vereinigung angewandt wurde.⁷⁵

IV. Staatsrechtslehrer und ihre Organisationen in der Zeit des Nationalsozialismus

1. Vergebliche Nachfolgerivalität nationalsozialistischer Organisationen

Nach der Stilllegung der Vereinigung rangen nationalsozialistische Organisationen und ihre Exponenten um die Einverleibung der Vereinigung. Diese wollten damit ihr Renommee und ihren Geist aufnehmen, fortan für sich beanspruchen und sich damit dem System andienen und Einfluss gewinnen. Im Vordergrund standen für die Nachfolge der 1928 gegründete Deutsche Rechtswahrerbund (Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen, BNSDJ) und die 1933 vom Reichsrechtsführer *Hans Frank* gegründete Akademie für Deutsches Recht. Der Nationalsozialistische Deutsche Dozentenbund schied als bloße Parteioorganisation für eine derartige Nachfolge aus. Im Rechtswahrerbund dominierte bis 1936 *Carl Schmitt*, und er suchte erfolglos das Erbe der Vereinigung in den Rechtswahrerbund einzubringen. *Otto Koellreutter*, ein Gegner von *Carl Schmitt*⁷⁶, wollte als Gründungsmitglied der Akademie für Deutsches Recht dasselbe für die Akademie erreichen. Formal hatte *Koellreutter* 1938 Erfolg, allerdings hatte die politische und rechtliche

⁷¹ Siehe die detaillierte Darlegung mit Nachweisen bei *Gassner*, *Heinrich Triepel* (Fn. 27), S. 141.

⁷² *Gassner*, *Heinrich Triepel* (Fn. 27), S. 144.

⁷³ RGBl. I, S. 597; *Koenen*, Fall (Fn. 2), S. 500 Fn. 243 mit weiteren Hinweisen auf Schreiben der Beteiligten.

⁷⁴ *Gassner*, *Heinrich Triepel* (Fn. 27), S. 144; *Stolleis*, *Vereinigung* (Fn. 27), S. 344; *Stolleis*, III (Fn. 59), S. 312.

⁷⁵ Wohl irrtümlich a. M. *Koenen*, Fall (Fn. 2), S. 500 Fn. 243 und S. 557.

⁷⁶ *Schmidt*, *Koellreutter* (Fn. 54), S. 76.

Entwicklung⁷⁷ ein Diskussionsforum für staatsrechtliche Fragen hinfällig gemacht. Die Vereinigung und deren allfällige Nachfolge hatte 1938 jede Relevanz eingebüßt.⁷⁸

Der Akademie für Deutsches Recht gehörten zu Beginn viele prominente nationalsozialistische Amtsträger an wie Reichsminister, Rechtsprofessoren und ehemalige Mitglieder der Vereinigung, so etwa *Carl Bilfinger*, *Georg Dahm*, *Axel Freiherr von Freytagh-Loringhoven*, *Johannes Heckel*, *Wilhelm Kisch*, *Otto Koellreutter* und *Carl Schmitt*⁷⁹. Allerdings war nur ein kleiner Teil der Mitglieder der Vereinigung in die Akademie eingetreten. Von einer Fortsetzung der Diskussionen im bisherigen Stil konnte nicht die Rede sein. Die zur Verfügung stehenden nationalsozialistischen Organisationen wollten keine freien wissenschaftlichen Gespräche führen oder die Meinungen der Mitglieder austauschen.

2. Virtuelle Gruppen der Staatsrechtslehrer

Während der NS-Herrschaft gab es keine förmliche Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer mehr. Gleichwohl lassen sich entsprechend dem wissenschaftlichen und übrigen beruflichen Verhalten der Professoren und Privatdozenten Gruppen bilden, die an die Stelle der Vereinigung traten. Selbstverständlich sind das keine Organisationen mehr, sondern ähnliche Verhaltensweisen, die die Personen virtuell zusammenfassen.⁸⁰ Entsprechend den Anforderungen der neuen Machthaber und dem daraus folgenden Verhalten der Individuen lassen sich innerhalb Deutschlands zwei Gruppen von Staatsrechtslehrern unterscheiden.

Die Mitglieder der ersten Gruppe verloren ihre berufliche Stellung. Das nationalsozialistische Regime entthob sie einerseits aus politischen Gründen oder wegen ihrer jüdischen Herkunft ihrer Ämter. Viele von ihnen flohen ins Ausland, da ihr Leben gefährdet war. Es handelt sich beispielsweise um *Hermann Heller*, *Hans Kelsen*, *Karl Loewenstein*, [...], *Hans Nawiasky*, *Erich Kaufmann* und *Gerhard Leibholz*. Weitere Professoren nahmen sich das Leben wie *Gerhard Lassar* (1888–1936) oder *Kurt Perels* (1878–1933). Andererseits gehören zu dieser Gruppe auch Professoren, die wegen grundlegend anderer Ansichten schwiegen oder sich in Rechtsgebiete flüchteten, die politisch unbedenklicher waren. Als Beispiele sind hier zu nennen der Gründer der Vereinigung, *Heinrich Triepel* (1868–1946), *Gerhard Anschütz* (1867–1948), *Ottmar Bühler* (1884–1965), *Friedrich Giese* (1882–1958), *Erwin Jacobi* (1884–1965), *Walter Jellinek* (1885–1955), *Wilhelm Laforet* (1877–1959), *Rudolf Laun* (1882–1975) und *Rudolf Smend* (1882–1975).⁸¹ Im Ergebnis waren diese Mitglieder auf dem politisch heiklen Gebiet des Staatsrechts nicht mehr aktiv.

⁷⁷ Dazu unten, S. 57 ff., zu den drei Phasen der Entwicklung.

⁷⁸ *Stolleis*, *Methodenstreit* (Fn. 13), S. 560.

⁷⁹ Akademie für Deutsches Recht, *Jahrbuch* 1 (1934), S. 252.

⁸⁰ *Horst Dreier*, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, VVDStRL (60), 2001, S. 9 (15) teilt die Staatsrechtslehrer nach der Machtergreifung differenziert in vier Gruppen ein. Es ist unmöglich, das Ausmaß der Verstrickung und der „Schuld“ von außen festzustellen, wenn man von den Extremfällen Carl Schmitt und Johannes Heckel absieht.

⁸¹ *Dreier*, *Staatsrechtslehre* (Fn. 80), S. 15 unterscheidet die Gruppe der Verfolgten und der Verstummenen.

Die Mitglieder der zweiten Gruppe hatten sich auf die Seite der nationalsozialistischen Machthaber gestellt und die Errichtung der neuen „völkischen“ Ordnung unterstützt⁸². Diese Gruppe pflegte als solche ein virtuelles Mittun, das sich in realen Treffen niederschlug⁸³. Die Unterstützung erfolgte unterschiedlich intensiv. Das Handeln dieser Professoren reichte – stets nach deren Verhalten – mutmaßlich von Gedrängtwerden, Opportunismus bis zur vorbehaltlosen Übernahme der Ideologie und ihrer Durchsetzung bis zu den letzten Konsequenzen. Dokumentiert und erkennbar ist freilich nur das äußere Verhalten; es lässt sich nicht eruieren, was diese Mitglieder wirklich gedacht haben. Es liegen denn auch kaum Bekenntnisse über das Verhalten der Juristen vor⁸⁴.

Verschiedene Autoren haben sich bei ihrer moralischen Beurteilung des Verhaltens an der maßnahmenstaatlichen bzw. normenstaatlichen Beschäftigung der inkriminierten Staatsrechtslehrer orientiert. Die Unterstützer der Nationalsozialisten haben sich nach dieser Kategorienbildung am Maßnahmenstaat und ihre versteckten Gegner am Normenstaat orientiert. Mit andern Worten wird für die Unterscheidung der Unterstützer das Analyseinstrument von *Ernst Fraenkels* Doppelstaat herangezogen⁸⁵. Diese Unterscheidung hat aber nur auf den ersten Blick etwas für sich. Denn auch damit lassen sich die inneren Vorgänge der einzelnen Akteure nicht eruieren. Es gibt gegensätzliche und widersprüchliche Motive, weshalb ein Staatsrechtsprofessor sich maßnahmen- oder normenstaatlich äußert. Ein wichtiges Motiv für das letztere Verhalten liegt in der Tatsache, dass kein Staatsrechtsprofessor die Normativität von Recht grundsätzlich leugnen kann, so wie das die Nationalsozialisten letztlich gefordert haben. Ein Rest von Selbstachtung zeigt sich, wenn ein nationalsozialistischer Staatsrechtslehrer es unternimmt, die Führerbefehle rechtlich zu kategorisieren⁸⁶. Denn damit bestätigt er wenigstens sich gegenüber, dass es Recht als normative Ordnung geben soll. Zudem bediente sich das „Dritte Reich“ in der Anfangsphase der Juristen, um Legitimation zu suggerieren. Deshalb leistet die normenstaatliche Orientierung keine Entlastung. Vielmehr muss man jeden Text eines nationalsozialistischen Staatsrechtsprofessors für sich ansehen. Dabei spielt allerdings die jeweilige Phase der nationalsozialistischen Herrschaft eine Rolle. Die zunehmende Radikalisierung des NS-Regimes brachte einige der opportunistischen Professoren in Verlegenheit und bewegte sie zum Rückzug.

In andern juristischen Berufen im „Dritten Reich“ ist die Sachlage fundamental anders. Der Normenstaat gibt Rechtsanwälten und Verwaltungsjuristen die Möglichkeit, versteckt und getarnt Widerstand gegen den Maßnahmenstaat zu leisten, wie das *Ernst*

⁸² Dreier, Staatsrechtslehre (Fn. 80), S. 17.

⁸³ Etwa im Rahmen der Tagung vom 4. und 5. Oktober 1940 in Leipzig, Fn. 1.

⁸⁴ Bernd Rütters, Deutsche Funktionseiliten als Wende-Experten?, 2017, S. 13 berichtet lediglich von Carl August Emge und von Fritz Hartung, beide waren keine Staatsrechtslehrer. Emge gestand: Die juristische Dogmatik sei die „Höchstform der (jeweils herrschenden) Ideologie“ (S. 14); ferner die Bemerkung in der Diskussion zur Tagung von 2000, VVDStRL 60 (2001), Votum Bayer, S. 124 über Ottmar Bühler, dazu: *Simon Kempny/Henning Tappe*, Ottmar Bühler. Meine Stellung zum Nationalsozialismus, *StuW* 2009, S. 376 (377).

⁸⁵ *Ernst Fraenkel*, *Der Doppelstaat* (1974), in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1999, S. 33; die frühere Fassung, *Der Urdoppelstaat* (1938), ist in demselben Bd. 2, S. 267.

⁸⁶ Dazu unten, S. 67 f., und Fn. 155.

Fraenkel anhand zahlreicher Beispiele gezeigt hat. Im Bereich der Wissenschaft geht es um die Bildung, die zum Zweck der unumschränkten Herrschaft instrumentalisiert worden ist. Daher kann man die normenstaatlichen Äußerungen der das Regime unterstützenden Professoren keinesfalls als verborgene Äußerungen des Widerstands ansehen. Es sind vielmehr Versuche, die realen Vorgänge zu vernebeln.

V. Schrifttum der Staatsrechtslehrer in der Zeit des Nationalsozialismus

1. Schrifttum in den drei Phasen des NS-Regimes

Der beschriebene Methoden-, Richtungs- und Grundlagenstreit in der Weimarer Republik reicht bis in das Kaiserreich zurück und setzt sich im Nationalsozialismus in verzerrter Form fort. Grob betrachtet schied er die Staatsrechtslehrer in zwei Hauptgruppen, nämlich in jene, die die Weimarer Ordnung akzeptierten, und in die Antinormativisten, die aus vielfältigen Gründen nicht an das von der Revolution 1918 gesetzte Recht glauben wollten, sondern an ein anderes und höheres Recht dachten. Die Nationalsozialisten verachteten das gesetzte Recht, weshalb politisch angepasste Juristen sich als antinormativistisch betätigten. Dies bedeutete, dass die überwundene Ordnung der Weimarer Reichsverfassung und des Kaiserreichs abzuwerten und als nicht mehr verbindlich anzusehen war. Dabei halfen neue Auslegungsmethoden und vor allem das institutionelle Rechtsdenken. Freilich bestand die bisherige Rechtsordnung weiter, und sie galt insoweit, als sie für die Politik der Nationalsozialisten nicht relevant war. Es entstand der von *Ernst Fraenkel* beschriebene Doppelstaat, der sich in den Normen- und den Maßnahmenstaat aufteilte. Dabei ist das Phänomen entscheidend, dass „es zur Auflösung und zum Verfall des Rechts im Dritten Reich“⁸⁷ kam. „Die Auflösung des Rechts im Nationalsozialismus ist keine unbeabsichtigte Nebenerscheinung des nationalsozialistischen Regimes, sondern ein essentieller Bestandteil der nationalsozialistischen Weltanschauung“.⁸⁸ Von der Machtergreifung bis zum Kriegsende zersetzte sich die normative Ordnung schrittweise. Das antinormative Denken der Nationalsozialisten sorgte dafür, dass der Rechtsbegriff völlig entleert wurde⁸⁹. Die NS-Herrscher wünschten kein nationalsozialistisches Recht; es sollte keine Bindung an eine abstrakte Norm mehr geben. Der letzte Beschluss des nur aus Nationalsozialisten zusammengesetzten Reichstags vom 26. April 1942 löste die deutsche Rechtsordnung im Führerbefehl auf: „Der Führer muß daher – ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein – in seiner Eigenschaft als Führer der Nation [...] jederzeit in der Lage sein, nötigenfalls jeden Deutschen [...] mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten [...]“⁹⁰. Schon vor diesem

⁸⁷ *Ernst Fraenkel*, *Auflösung und Verfall des Rechts im III. Reich* (1960), in: *ders.*, *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, 1999, S. 608 (610), dazu *Horst Dreier*, *Nachwort*. Was ist doppelt am „Doppelstaat“?, in: *Ernst Fraenkel*, *Der Doppelstaat*, 3. Aufl. 2012, S. 274.

⁸⁸ *Fraenkel*, *Auflösung und Verfall* (Fn. 87), S. 617.

⁸⁹ *Fraenkel*, *Auflösung und Verfall* (Fn. 87), S. 609.

⁹⁰ *RGBl.* 1942 I, S. 247.

Beschluss dienten nationalsozialistische „Gesetze“ dazu, die normenlose Herrschaft zu tarnen, wie das die „nationalsozialistische“ Methodenlehre für die überkommenen Normen des Kaiserreiches und der Weimarer Republik besorgte.

Der Verfall des Normativen entzieht den rechtswissenschaftlich tätigen Staatsrechtslehrern den Boden ihres Arbeitsfelds. Die diskretionäre Maßnahmenherrschaft breitete sich unaufhaltsam aus: Gleichwohl gibt es Schwellen, die die NS-Herrscher überschritten haben. Es lassen sich drei Phasen unterscheiden.

Erste Phase: Es handelt sich um die Übergangsphase von der Weimarer Reichsverfassung zur NS-Herrschaft. Der Bruch der Weimarer Verfassung erhielt den Titel der „nationalsozialistischen Revolution“. Sofort bemühten sich die nationalsozialistischen Juristen zu behaupten, dass dieser Übergang legal gewesen sei. Die zum Nationalsozialismus umschwenkenden Staatsrechtslehrer suchen die Öffentlichkeit zu täuschen und wollen die Legalität der Machtergreifung und ihrer Folgen herstellen.⁹¹

Zweite Phase: In den Jahren 1935 und 1936 verzichtete das preußische Oberverwaltungsgericht schrittweise darauf, die „Akte irgendwelcher Art der Sonderpolizeibehörden einer verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung zu unterziehen“⁹². Damit war entschieden, „daß es staatliche Instanzen gab, die außerhalb des Rechts zu operieren befugt waren“.⁹³ Der Maßnahmenstaat war damit eingerichtet und konnte sich ausbreiten. Die NS-Herrschaft hatte sich in den Reichstagswahlen vom 29. März 1936 endgültig durchgesetzt: Die Nationalsozialisten erreichten 98,8 % der Stimmen⁹⁴. In der zweiten Phase hatten die nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer die Strategie zu überdenken. Es ist hinfällig geworden, sich zum „Dritten Reich“ zu bekennen. Vielmehr geht es jetzt darum, mit neuen juristischen Methoden und den erlassenen NS-Gesetzen, etwa den Nürnberger Rassegesetzen, die einsetzende Gewaltherrschaft zu verhüllen. In dieser Phase verlieren die Juristen an Bedeutung und sind in ihrer „juristischen Tätigkeit“ bloße Helfer der NS-Herrscher.

Dritte Phase: Mit dem Angriff auf die Sowjetunion am 22. Juni 1941 setzte die Vernichtung der Juden ein. Die nationalsozialistischen Gewaltherrscher setzten ihre Vernichtungsideologie in die Tat um. Die rechtlichen Verschleierungen und Täuschungen traten in den Hintergrund. Es setzte eine Personalherrschaft ein, die nicht mehr auf Normen angewiesen war und im erwähnten Beschluss des Großdeutschen Reichstages vom 26. April 1942 ihren förmlichen Ausdruck fand. Rechtsetzung war lediglich eine Technik der Rationalisierung, um die Vernichtung der Juden und die Kriegsziele zu verfolgen. Das normative Element in der Herrschaftsausübung blieb in kümmerlichen Formen bis Kriegsende erhalten, wie es der Bereich des Bildungswesens zeigte⁹⁵. Das Phänomen Recht und Rechtswissenschaft erwies sich als ein veraltetes Überbleibsel gesetzesgebundenen Den-

⁹¹ Zum Beispiel Diller (Fn. 116) sowie die Staatsrechtsbücher von Koellreutter und E. R. Huber.

⁹² *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 616; *Fraenkel*, Doppelstaat (Fn. 85), S. 80 m.H.

⁹³ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 616; *Theodor Maunz* feierte diese Entwicklung im Beitrag: Das Ende des subjektiven öffentlichen Rechts, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 96 (1936), S. 71.

⁹⁴ *Heinrich August Winkler*, Der lange Weg nach Westen, Bd. 2, 2005, S. 32; *Alfred Voigt*, Die Staatsrechtslehrer und das Dritte Reich, *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte* 31 (1979), S. 195 (196).

⁹⁵ Dazu unten, S. 68 ff.

kens⁹⁶. Zwischen realem Maßnahmenstaat und Rechtswissenschaft besteht in der dritten Phase ein nicht mehr überwindbarer Graben. Forschung zum geltenden deutschen öffentlichen Recht ist ausgeschlossen, aber sie wird immer noch unternommen. Im Ergebnis werden die Staatsrechtslehrer in der dritten Phase überflüssig, weshalb sich verschiedene dem Völkerrecht, dem ausländischen Staatsrecht oder der von den Nationalsozialisten hoch geschätzten Geschichte zuwenden. Etliche halten trotz vorherrschender Normlosigkeit am nationalsozialistischen Recht fest. Sie huldigen dem Führer und täuschen eine normative Normalität vor.

2. Flug-, Bekenntnis- und Wendeschriften

In den Jahren 1932 bis 1935, in der ersten Phase, entstand eine staatsrechtliche Literaturgattung, „die vorher nicht vorhanden gewesen war [und] alsbald versiegte“⁹⁷. Es kamen Flug- oder Bekenntnisschriften in Umlauf, die gewöhnlich einen geringen Umfang aufwiesen und einer Parteisache dienten. Dem nach Straßburg geflohenen Soziologen *Gottfried Salomon* (1892–1964) war dies aufgefallen, als er einen Beitrag im Band „Freie Wissenschaft. Ein Sammelbuch aus der deutschen Emigration“ des Pazifisten *Emil Gumbel* (1891–1966) verfasste. *Salomon* fiel das „Schrifttum des ersten Aufbruchs und Aufschwungs der Jugend“ auf. Er behandelte die „Aufbruchsschriften“ der Staatsrechtslehrer, etwa von *Arnold Köttgen*, *Hans J. Wolff*, *Heinrich Hellfritz*, *Otto Koellreutter*, *Johannes Heckel* und *Carl Schmitt*. Mit letzterem rechnete er schonungslos ab und war zufrieden, dass die Nationalsozialisten den „Opportunisten“ und „politischen Romantiker“ Ende 1936 kaltstellten.⁹⁸

Der Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) in der Reihe „Recht und Staat“, die Hanseatische Verlagsanstalt Hamburg mit der Reihe „Der deutsche Staat der Gegenwart“ und weitere Verlage stellten dem neuen Staatsdenken Broschüren im Umfang von maximal zwei Bögen zur Verfügung⁹⁹. Diese neue Literaturgattung eröffnet *Otto Koellreutter* 1932 mit dem Heft Nr. 89 der Reihe „Recht und Staat“¹⁰⁰. Es handelt sich nicht um eine staatsrechtliche Schrift, vielmehr will er die Leser davon überzeugen, dass ein nationaler Rechtsstaat nötig wird, der im Gegensatz zum bürgerlichen Rechtsstaat steht. Die Schrift eröffnete er mit einem Zitat der Aussprache der Hallenser Tagung 1931, wonach es nur eine Wirtschafts-, aber keine Staatskrise gebe¹⁰¹. Für *Koellreutter* vertröstet man „sich auf bessere Zeiten und glaubt, in der Zwischenzeit hinter den Wällen eines rechtstechnischen Positivismus Schutz zu finden“¹⁰². Dabei kenne „der bürgerliche Rechtsstaat allein

⁹⁶ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 618.

⁹⁷ *Voigt*, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 195; Staff (Hrsg.), Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation, 1964, S. 160 zitiert im Kapitel über die Hochschullehrer zumeist aus eben dieser Literaturgattung.

⁹⁸ *Gottfried Salomon*, Staatsrecht in Deutschland, in: *Gumbel* (Hrsg.), Freie Wissenschaft. Ein Sammelbuch aus der deutschen Emigration, 1938, S. 174.

⁹⁹ *Voigt*, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 195.

¹⁰⁰ *Otto Koellreutter*, Der nationale Rechtsstaat, Heft Nr. 89 der Reihe Recht und Staat von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1932.

¹⁰¹ VVDStRL 7 (1932), S. 201, *Richard Thoma*.

¹⁰² *Koellreutter*, Rechtsstaat (Fn. 100), S. 4.

den Begriff der individuellen Rechtssicherheit, ihrer Erhaltung und ihres Schutzes¹⁰³, was abzulehnen sei. Der nationale Rechtsstaat stelle „das Primat der Sicherheit der nationalen Lebensordnung auf. Das Staatsnotrecht positiviert sich also soweit, als der Staat rechtliche Sicherheiten für die Existenz der nationalen Lebensordnung treffen muß.“ Das rechtfertige „dann auch Eingriffe in die individuellen Rechtspositionen“¹⁰⁴. „Nur ein Volk, das sich zu ihm bekennt und sich ihm eingliedert, wird auch Zeiten höchster Not überwinden können, ohne die Idee des Rechtsstaates zu zerbrechen.“¹⁰⁵ *Koellreutter* zeigt mit seiner „Regimeapotheose“¹⁰⁶ mustergültig, wie die nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer zentrale Begriffe eines freiheitlichen Staatsrechts umfunktionierten.

Kurzgefasst postulierte *Koellreutter*, wie in andern Schriften jener Jahre, den Vorrang des Kollektivs vor dem Individuum, und das Staatsnotrecht soll nicht die Individuen schützen, sondern die Lebensordnung des Kollektivs. In der Schrift verwendet *Koellreutter* unzählige Male die Adjektive „politisch“, „national“, „sozial“ sowie die Nomina „Rechtsstaat“ und „Leben“ in zahllosen Zusammensetzungen wie Lebensordnung, Rechtsleben, Verfassungsleben, Lebenskraft, Staatsleben, Lebensmöglichkeiten, Lebensgemeinschaft, Gemeinschaftsleben, Kulturleben, Parteilieben, Lebensform, Lebensrecht und Volksleben. Das Adjektiv „politisch“ hat in seinem Text keine Bedeutung, sondern signalisiert nur, dass es nicht um die normative Ordnung, sondern um das Beliebigste geht. Das Nationale bezeichnet die Kollektivität und damit den Gegensatz zu einer Ordnung, die sich primär am Individuum ausrichtet. Das häufig verwendete Hochwertwort „Rechtsstaat“ indiziert, dass die höchsten Güter bewahrt werden. Schließlich vermag das pausenlose Trommelfeuer mit dem Ausdruck „Leben“ die Leser zu beruhigen, geht es doch um das Wichtigste überhaupt, das mit dem Staatsnotrecht geschützt und gestärkt werden soll. *Koellreutter* entfaltet eine Wortzauberei, die für die staatsrechtlich-nationalsozialistischen Flugschriften stilbildend wurde. Die „meist suggestiv geschriebenen“¹⁰⁷ Flugschriften argumentieren nicht, sie suchen vielmehr mit wohlklingenden Abstrakta zu betören. *Koellreutter* lädt die „Begriffe mit politischer Energie“ auf, „die alles zum Vibrieren bringen“. Diese „verlieren aber an Bestimmtheit und Schärfe“¹⁰⁸.

Das Charakteristikum der nationalsozialistischen Flugschriften der Staatsrechtslehrer besteht in der Abstraktheit der Texte, in ihrer wolkigen Widersprüchlichkeit und ihrer ausgefeilten rhetorischen Beschaffenheit. Die Texte machen deutlich, dass staatsrechtliche Reflexion eine reale normative Ordnung mit „länger gefestigten Strukturen“¹⁰⁹ vor-

¹⁰³ *Koellreutter*, Rechtsstaat (Fn. 100), S. 35.

¹⁰⁴ *Koellreutter*, Rechtsstaat (Fn. 100), S. 35, beide Zitate.

¹⁰⁵ *Koellreutter*, Rechtsstaat (Fn. 100), S. 35, beide Zitate.

¹⁰⁶ *Uta Gerhardt*, Der Universitätshistoriker Edward Y. Hartshorne, in: Hermann u. a. (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht. Zweite und Dritte Babelsberger Gespräche, 2018, S. 250.

¹⁰⁷ *Dietrich Schindler sen.*, Nationalsozialistische Staatslehre (Besprechung von Otto Koellreutters Allgemeiner Staatslehre, 1933), NZZ vom 22.4.1934, Nr. 708, Blatt 4, Erste Sonntagsausgabe.

¹⁰⁸ *Schindler sen.* (Fn. 107). *Otto Koellreutter*, Volk und Staat in der Weltanschauung des Nationalsozialismus, 1935, S. 4 entgegnet Schindlers Kritik. Als ein besonders instruktives Beispiel dient die Schrift von *Hans J. Wolff* über „Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches“ von 1933, der eine an Novalis gemahnende mystische Huldigung an den Führer entwickelt, *Voigt*, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 198.

¹⁰⁹ *Voigt*, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 197.

aussetzt. Die Staatsrechtswissenschaft kann nur dann ihren Stoff erforschen, wenn die nationale Geschichte eine praktizierte Normenordnung hervorgebracht hat. Im Fall eines fundamentalen Umbruchs, eben einer Revolution oder eines Staatsstreichs, fehlen diese Voraussetzungen, und die staatsrechtlichen Texte der „neuen Ordnung“ werden zu Prophetien, mystischen Beschwörungen¹¹⁰ oder Bekenntnissen. Ein Beispiel für letzteres bietet *Hans Gerber*, der an der Tagung 1931 nüchtern zum Beamtenrecht referiert hatte. 1933 schrieb er: „Das Dritte Reich ist da! In dieser Hoffnung wollen wir unsere ganze Kraft einsetzen in treuer Gefolgschaft unseres großen Führers, der uns allen in solcher Verfassungsgesinnung ein leuchtendes Vorbild ist! Heil Deutschland.“¹¹¹ Es ist ein Kennzeichen der nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer, dass sie eine neue Sorte von Schriften entwickelt haben, „die einen wissenschaftlichen Unterbau für das politische Denken der Zeit bieten“¹¹². Denn die deutschen Hochschulen sollten „durch die neue Staatsauffassung zu einer [...] im völkischen Sinne ‚politischen Universität‘ werden“.¹¹³ Das „Dritte Reich“ bedurfte nur vorübergehend dieser Form der Unterstützung¹¹⁴. Nach den Reichstagswahlen vom 29. März 1936 war die Sachlage klar¹¹⁵. Die Machthaber waren nicht mehr auf die suggestive Mystik seitens der Wissenschaft angewiesen. Vielmehr setzten sie unverhüllte Gewalt ein. Die charakteristischen Flugschriften verschwanden aus den Programmen der Verlage¹¹⁶.

3. Vom institutionellen Rechtsdenken zur „nationalsozialistischen“ Methodenlehre

Das institutionelle Rechtsdenken sorgt dafür, dass die Normen des gesetzten Rechts mit außerrechtlichen Inhalten angereichert werden können. Im „Dritten Reich“ zeigte sich das institutionelle Denken in den zwei Ausprägungen von *Carl Schmitts* „konkretem Ordnungsdenken“ sowie von *Karl Larenz’* „konkret-allgemeinen Begriffen“¹¹⁷. Die beiden Autoren bestimmten die rechtswissenschaftliche Diskussion der Professoren, die den Nationalsozialisten nahestanden. Sie machten sich der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft dienstbar, denn die Methode ändert ohne textliche Anpassung den Inhalt der Norm.¹¹⁸ Die neue Ordnung ließ sich mit einem nur geringen Aufwand an Rechtsetzung einführen.

¹¹⁰ Voigt, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 197.

¹¹¹ *Hans Gerber*, Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Rechts, 1933, S. 33.

¹¹² *Otto Koellreutter*, Grundriß der Allgemeinen Staatslehre, 1933, S. V.

¹¹³ *Koellreutter*, Grundriß (Fn. 112), S. V.

¹¹⁴ *Franz Neumann*, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, neu herausgegeben von Alfons Söllner und Michael Wildt, 2018, differenziert zu dieser Rolle der Staatsrechtslehrer 1933–1944, S. 76.

¹¹⁵ Voigt, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 196.

¹¹⁶ Voigt, Staatsrechtslehrer (Fn. 94), S. 196 hielt die Flugschriften ab 1936 für hinfällig, weil wissenschaftliche Texte wesensnotwendig kritische Elemente enthalten müssten, was er am Beispiel einer Flugschrift von Ernst Forsthoff belegt, S. 197. Die Erklärungen über „die Legalität der nationalsozialistischen Revolution“ (z. B. von Albert Diller, 1935) verloren jeden Sinn und verschwanden rasch.

¹¹⁷ *Rüthers*, Gerechtigkeit (Fn. 24), S. 99.

¹¹⁸ Dazu oben, S. 41 ff.

Ein Meister im Bereich dieser „Einlegung“¹¹⁹ von Inhalten in Normen war außer *Carl Schmitt* der Zivilrechtler *Karl Larenz* (1903–1993). Er gesellte sich zu den nationalsozialistischen Staatsrechtslehrern. Im Nationalsozialismus haben sich *Larenz* und weitere Professoren aus andern Rechtsgebieten berufen gefühlt, die Gewaltherrschaft juristisch zu unterstützen und zu legitimieren. Sie kamen dadurch zwanglos zum Thema des „nationalsozialistischen Staatsrechts“. *Larenz*, der die „Kieler Schule“ mit ihrer Stoßtrupp-fakultät repräsentierte, führte die Arbeitsweise einer scheinrechtlichen Argumentation mit seinem konkret-allgemeinen Begriff vor.

Als 32-Jähriger begründete *Larenz* im Werk „Rechtsperson und subjektives Recht“¹²⁰ 1935, dass der Satz „Jedermann ist rechtsfähig“ (§ 1 BGB) nicht für Juden, sondern nur für „Arier“ gelte:

„Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse ist der einzelne eine konkrete Persönlichkeit. Nur als Glied der Volksgemeinschaft hat er seine Ehre, genießt er Achtung als Rechtsgenosse. Rechtsgenosse zu sein, das heißt im Recht zu leben und eine bestimmte Gliedstellung auszufüllen, ist also ein Vorrecht des Volksgenossen. Es ist, wenn man so will, eine besondere Qualität nicht des Menschen schlechthin, sondern des Volksgenossen. Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist. Dieser Satz könnte an Stelle des die Rechtsfähigkeit ‚jedes Menschen‘ aussprechenden § 1 BGB an die Spitze unserer Rechtsordnung gestellt werden.“

Als Zivilrechtsprofessor in der Bundesrepublik kommentierte er den textlich seit 1900 unveränderten § 1 BGB im Jahr 1989 anders:

„Die Rechtsfähigkeit kommt jedem Menschen zu, weil er seinem Wesen nach Person im ethischen Sinn ist. Als solche steht er im ‚rechtlichen Grundverhältnis‘ zu allen anderen, d. h. er hat das Recht auf Achtung seiner Personwürde und die Pflicht, jeden anderen als Person zu achten. [...] Personhaftigkeit des Menschen und mit ihr seine Rechtsfähigkeit ist dem positiven Recht vorgegeben.“¹²¹

Larenz täuscht 1935 mit den jeweils zeitgemäßen Jargons eine schlüssige Argumentation vor. Die Ausdrücke „Glied“, „Lebensform“, „Gemeinschaft“, „Volksgemeinschaft“, „Wesen“, „Volksgenosse“, „konkrete Persönlichkeit“, „Rechtsgenosse“ kulminieren im Satz: „Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist.“ Die Scheinargumentation verkleidet diesen Satz. Er kann auf die Tatsache reduziert werden, dass die von der Rechtlosigkeit Getroffenen „zu keiner irgendwie gearteten Gemeinschaft gehören“¹²². Einen anderen Grund als die vorgegebene Diskriminierung gibt es nicht. Nach *Arendt* bedeutet das „Recht, Rechte zu haben“, „in einem Beziehungssystem zu leben, in dem man aufgrund von Handlungen und Meinungen beurteilt wird“¹²³. *Larenz* hat vorgeführt, dass dann, wenn das Beziehungssystem ändert, auch die vorhandenen Rechte ändern.

¹¹⁹ *Bernd Rüthers*, *Entartetes Recht*, 2. Aufl. 1989, S. 54.

¹²⁰ *Karl Larenz*, *Zur Wandlung der Rechts-Grundbegriffe*, 1935, S. 21.

¹²¹ *Karl Larenz*, *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl. 1989, S. 88.

¹²² *Hannah Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1986, S. 612.

¹²³ *Arendt*, *Elemente* (Fn. 122), S. 614.

Larenz demonstriert an diesem Beispiel die Arbeitsweise der Unterstützer des Nationalsozialismus, die mit zeitgemäßen Wortwolken und Jargon jegliche Normativität von Recht aufzulösen vermögen. Es war das erklärte Ziel der Nationalsozialisten und ihrer professoralen Unterstützer, die Normativität von Recht aufzugeben und nur ein „Rechtsdenken“ zu praktizieren, „das von konkreten Ordnungen ausgeht“¹²⁴. In der Theorie nahm Larenz eine Vorrangstellung ein, indem er mit seiner Methode des „konkreten Ordnungsdenkens“ die Normativität des Rechts mit einem Schlag beseitigte. Larenz kann wegen seiner theoretisch wichtigen Unterstützungsarbeit nicht ausgeblendet werden, obwohl er im Rahmen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer keine Rolle spielte.

4. Nationalsozialistische Gesamtdarstellungen versus Exilliteratur

Die Literaturgattung der staatsrechtlichen Gesamtdarstellungen verkümmert ab 1933, weil ein erheblicher Teil der Professoren sich zurückzieht, ins Ausland vertrieben wird oder ums Leben kommt. Zusätzlich entzieht die antinormative Ausrichtung der Nationalsozialisten den Staatsrechtsbüchern den Boden. Im nationalsozialistischen Deutschland entstehen in der ersten und zweiten Phase mindestens sechs größere Übersichten, nämlich die Werke von *Otto Koellreutter*, „Grundriß der Allgemeinen Staatslehre“ (1933), „Verfassungsrecht“ (1935¹, 1936², 1938³), „Verwaltungsrecht“ (1936¹, 1937²), *Theodor Maunz*, „Verwaltung“ (1937), und von *Ernst Rudolf Huber*, „Verfassung“ bzw. „Verfassungsrecht“ (1937¹, 1939²). Zusätzlich erscheinen Aufsätze vor allem im Rahmen der Akademie für Deutsches Recht sowie der weitergeführten Zeitschriften, die einen nationalsozialistischen Kurs zu fahren hatten. Die von *Wilhelm Stuckart* und weiteren in der Praxis tätigen Autoren verfasste, in zahlreichen Auflagen bis 1944 erschienene Heftrihe „Neues Staatsrecht“¹²⁵ hat den Charakter einer Aufzählung der Organisationsstrukturen, der Herrschaftsmaßnahmen und des Territoriums des „Dritten Reichs“. Da wo die Autoren etwas erklären sollten, geben sie die völkische Sprachregelung wieder. Es handelt sich in diesem Sinn nicht um ein „rechtswissenschaftliches Werk“.

Koellreutter erklärte im „Verfassungsrecht“, wie sich der Weimarer Staat mit dem Kanzler weiterentwickelte und dass der liberale Staat der Gegensatz des nationalsozialistischen Staates sei. Die Verneinung der Weimarer Verfassung ist die wesentliche Stütze des Werks. Lässt man die Verneinungen und die historischen Teile weg, bleibt eine Huldigung des Nationalsozialismus übrig, die nicht einmal die „Qualität“ der Flugschriften erreicht. Der Inhalt des „Völkischen“ lässt sich mit wenigen Worten wiedergeben. Der Autor hebt in der neuen Ordnung die Gemeinschaft hervor und schiebt das Individuum

¹²⁴ *Karl Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 43; weitere Hinweise bei *Rüthers*, Entartetes Recht (Fn. 119), S. 77 Fn. 203. Es ist bemerkenswert, dass Larenz' konkret-allgemeiner Begriff in der Figur der Allgemeinverfügung (einem Zwitter zwischen Norm und Einzelakt) aufscheint.

¹²⁵ *Wilhelm Stuckart/Rolf Schiederemair*, Neues Staatsrecht I. Der neue Staatsaufbau, 18. Aufl. 1943; *Wilhelm Stuckart/Rolf Schiederemair*, Neues Staatsrecht II. Die Errichtung des Großdeutschen Reiches, 15. Aufl. 1941; *Wilhelm Stuckart/Rolf Schiederemair/Harry v. Rosen-v. Hoewel*, Neues Staatsrecht III. Der Staatsaufbau des Deutschen Reichs in systematischer Darstellung, 1. Aufl. 1943.

beiseite. „Daß es liberale Grundrechte [...] im deutschen Führerstaat nicht mehr geben kann, ist selbstverständlich“¹²⁶. Diese neue Orientierung ist durch den Ersten Weltkrieg mit seinen Frontsoldaten entstanden¹²⁷. Das wichtigste Gut ist die Hingabe der Volksgenossen an die Gemeinschaft. Die „politischen Soldaten“ gehorchen ihren Vorgesetzten blind. Der Ausdruck Verfassung ist „vieldeutig“¹²⁸, und als Rechtsquelle scheint sie bei *Koellreutter* bereits nicht mehr auf¹²⁹. Er spricht bei den Gesetzen, welche die Macht in der Hand der Exekutive und des Führers vereinigen, von „Verfassungsgesetzen“¹³⁰, aber sie bilden keine ganzheitliche, abgestimmte Ordnung. Am Ende bildet die „Verfassung“ einen Nebel, der aus nationalsozialistischen Kampfbegriffen, Leerformeln, Beschwörungen, Widersprüchen und Tautologien besteht. Das Buch wiederholt immer wieder die „völkisch“ umgeformten Begriffe, ohne dass klar wird, was diese bedeuten. *Koellreutter* setzt sich kaum mit anderen Autoren auseinander. Er attackiert *Carl Schmitt* und verballhornt etwa *Erich Kaufmanns* Aussage in dessen Referat von 1926: „Erst kommt das Recht, dann kommt das Gesetz“¹³¹. In seinem Konzept bedeutet „Recht“ nationalsozialistische Ideologie, und das Gesetz ist die willfähige Umsetzung des NSDAP-Parteiprogramms. *Koellreutter* betont den normativen Charakter von Gesetzen¹³², um die wirklichen Vorgänge zu verschleiern. Das Buch will den Graben von der Präsidialdiktatur der Weimarer Verfassung 1932 zum Führerstaat überbrücken. *Koellreutter* setzt die liberale Staatsauffassung herab und argumentiert in den staatsrechtlichen Passagen scheinjuristisch, um den fundamentalen Bruch mit der Tradition zu tarnen. *Fritz Morstein Marx* sah 1938 im Buch die Kombination von „political orthodoxy and plain common sense“¹³³.

Ernst Rudolf Huber nimmt sich – später als *Koellreutter* – der Verfassung an. Der Erstauflage 1937 der „Verfassung“¹³⁴ folgt 1939 die stark erweiterte Zweitauflage „Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches“¹³⁵. Die NS-Herrschaft ist gefestigt, sie intensiviert in der zweiten Phase Gewalt und Terror und ist nicht mehr auf die schattenhafte Unterstützung von Weimar angewiesen. *Huber* konzentriert sich im Gegensatz zu *Koellreutter* nicht auf die flächendeckende Negation der Weimarer Republik, sondern sucht die faktische Herrschaft, eben die nationalsozialistische Verfassung, systematisch und positiv darzustellen. Er stellt anders als *Koellreutter* in der ersten Auflage fest: „Die Wei-

¹²⁶ *Otto Koellreutter*, Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriß, 2. Aufl. 1936, S. 86.

¹²⁷ *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 4.

¹²⁸ *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 17.

¹²⁹ *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 54.

¹³⁰ *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 18. *Heinrich Herrfahrdt*, Die Verfassungsgesetze des nationalsozialistischen Staates dem Text der Weimarer Verfassung gegenübergestellt, 1935, veröffentlicht die Gegenüberstellung „altes Recht“/„neues Recht“ als Materialsammlung für den Unterricht. Die Schrift kennzeichnet den Übergang in den Führerstaat; ferner *Wilhelm Albrecht*, Neues Staatsrecht, 1933.

¹³¹ Z. B. *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 25.

¹³² *Koellreutter*, Verfassungsrecht (Fn. 126), S. 15: „Deshalb wirkt im nationalsozialistischen Rechtsstaat nicht jede Willensäußerung der Führung als Gesetz. Sondern, um als Gesetz wirksam zu sein, muß der Führerwille sich auch in die Form des Gesetzes kleiden.“ Siehe ferner S. 14, 56.

¹³³ Harvard Law Review 51 (1938), S. 954.

¹³⁴ *Ernst Rudolf Huber*, Verfassung, 1937.

¹³⁵ *Ernst Rudolf Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. 1939.

marer Verfassung gilt nicht mehr; es gilt die Verfassung des Dritten Reiches¹³⁶. In der zweiten Auflage verschärft er den Ton: „Der Name *Adolf Hitler* ist ein Programm, in dem der äußerste und tödliche Kampf gegen das Weimarer System ein Kernpunkt ist.“ „[...] In allen wesentlichen Bestimmungen war das alte Verfassungssystem durch die Revolution beseitigt, ohne daß es eines formellen Aktes, einer Proklamation oder eines Ausspruchs bedurft hätte.“¹³⁷ *Ernst Fraenkel* zitiert in dieser Frage einen nationalsozialistischen Autor: „Die Verfassung abzuschaffen, wäre einer Leichenschändung gleichgekommen.“¹³⁸ Als besonderes Kampfmittel gegen alte Feinde hebt *Huber* „die Errichtung der Konzentrationslager“ hervor, „in denen die in Schutzhaft genommenen staatsfeindlichen Personen zusammengefasst wurden“.¹³⁹ Die Juden „genießen“ für *Huber* „nicht die Stellung einer fremdvölkischen Minderheit, sondern ihnen ist eine Sonderstellung zugewiesen, die sich aus dem Ziel einer völligen Ausscheidung des Judentums erklärt“¹⁴⁰. In der Folge zählt *Huber* auf dreieinhalb Seiten die 1939 bestehenden Diskriminierungen auf, inklusive die Namensregelung, wonach jüdische Frauen Sara und Männer Israel als zusätzliche Vornamen tragen¹⁴¹. Ist es aus dem Blickwinkel des Jahres 1939 offen, was die „völlige Ausscheidung“ der Juden bedeutet? *Huber* postuliert nicht die Ermordung der Juden, doch kommt seine Formulierung den sich in den folgenden Jahren abspielenden Ereignissen nahe.¹⁴²

In der völkischen Verfassung fallen die „Freiheitsrechte“ dahin¹⁴³. Sie werden durch die „volksgenössische Rechtsstellung“ ersetzt. Dabei handelt es sich um „gemeinschaftsbezogene und pflichtgebundene Berechtigungen des Volksgenossen, die ihren Sinn und Inhalt aus der konkreten Ordnung gewinnen, in der der Volksgenosse steht“.¹⁴⁴ Diese widersprüchliche Leerformel ist für nationalsozialistische Staatsrechtstexte beispielhaft. Ohne die scheinjuristischen Ausführungen erweist sich das Buch als Propaganda für den Nationalsozialismus, wie er etwa in den Schulbüchern in reiner Form vorkam¹⁴⁵.

Es zeigt sich, dass *Huber* auf die Mittel des Widerspruchs, der wolkigen Begriffe und der Tautologien angewiesen ist, die *Koellreutter* eingesetzt hatte. Freilich wird *Hubers* Werk im Zug der Radikalisierung des „Dritten Reichs“ ebenfalls hinfällig. Die Gewalt Herrschaft ist nach dem Kriegsausbruch nicht mehr auf den Anschein einer Rechtsherr-

¹³⁶ *Huber*, Verfassung (Fn. 134), S. 51; *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 46 ausführlicher.

¹³⁷ *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 51.

¹³⁸ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 613.

¹³⁹ *Huber*, Verfassung (Fn. 134), S. 38, auch S. 43, textgleich mit *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 40, 46.

¹⁴⁰ *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 181.

¹⁴¹ § 2 Abs. 1 der zweiten Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung von Familiennamen und Vornamen vom 17. August 1938, RGBl. I, S. 1044.

¹⁴² *Dreier*, Staatsrechtslehre (Fn. 80), S. 39 stellt fest, dass keiner der Staatsrechtslehrer des „Dritten Reiches“ in den Schriften den Massenmord an den Juden thematisiert hat. Die Staatsrechtslehrer mieden den Ausdruck „Konzentrationslager“, nicht aber *Otto Koellreutter*, *Der Deutsche Führerstaat*, 1934, S. 21: „Es wäre widersinnig, zu behaupten, daß zum Beispiel die Konzentrationslager eine betont rechtsstaatliche Einrichtung wären, aber sie sind zur Sicherung der neuen Staats- und Rechtsgrundlagen unentbehrlich, solange den Grundlagen des völkischen Staates noch Angriffe drohen.“

¹⁴³ *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 363.

¹⁴⁴ *Huber*, Verfassungsrecht (Fn. 135), S. 366.

¹⁴⁵ Z. B. *Wilhelm Vonolfen* usw., *Der Weg zum Reich*, 1944, S. 207.

schaft angewiesen, demzufolge verkümmern die „verfassungsrechtlichen“ und ideologischen Huldigungen der mitwirkenden Staatsrechtslehrer von selbst. *Koellreutter* wendet sich dem japanischen Staatsrecht zu¹⁴⁶, *Huber* schreibt vermehrt über die Rechtsgeschichte¹⁴⁷, aber beide verfassen weiterhin Huldigungsaufsätze. Nach 1940 werden Bücher über Verfassungsrecht zwecklos. Die „Verfassung“ bedeutet faktisch Gewaltherrschaft und Krieg mit allen Folgen.

Die ins Ausland geflohenen Juristen sahen die deutsche Verfassung in einem andern Licht. *Karl Loewenstein*, Mitglied der Vereinigung, analysierte 1936 Ideologie und Rechtsetzung der Nationalsozialisten und stellte die gravierenden und illegalen Änderungen gegenüber der Weimarer Reichsverfassung fest.¹⁴⁸ *Loewenstein* schob 1939 eine Gesamtdarstellung nach und zeigte darin, wie sich die europäischen Demokratien gegen die faschistischen Bewegungen wehrten.¹⁴⁹ Die Darstellung zeigte den Widerspruch zwischen dem Nationalsozialismus oder dem Faschismus zur liberalen Ordnung der verbliebenen Demokratien.

Ernst Fraenkel hielt in der Urfassung seines in Deutschland geschriebenen „Doppelstaates“ in den ersten beiden Sätzen 1938 fest: „Die Verfassung des dritten Reiches ist der Belagerungszustand. Die Verfassungsurkunde des dritten Reiches ist die Notverordnung vom 28.2.1933.“¹⁵⁰ Die ausdehnende Auslegung der Reichstagsbrandverordnung erlaubte die Errichtung einer Diktatur, die rasch zur Einrichtung einer Parallelwelt führte, indem der bisherige Normenstaat durch einen Maßnahmenstaat ergänzt wurde. Dieser war nicht an das Recht gebunden, sondern verfolgte die Umsetzung der nationalsozialistischen Politikinhalte, namentlich der Tötung der vermeintlichen und tatsächlichen Gegner, des Rassenwahns und insbesondere der Ausrottung der Juden. Es ist bemerkenswert, dass *Ernst Fraenkel*, kein Staatsrechtslehrer, sondern Rechtsanwalt und Gewerkschafter, die Reichstagsbrandverordnung zunächst als die Verfassung des Nationalsozialismus identifiziert. Sie wird in dem Moment überflüssig, in dem die Gewaltherrschaft sich ungehindert durchsetzen kann. Der von *Franz Neumann* 1942 veröffentlichte und 1944 erweiterte „Behemoth“ untersucht aus politikwissenschaftlicher und soziologischer Sicht die institutionelle Entwicklung des „Dritten Reichs“. Das Recht spielt in seinem Werk nicht die entscheidende Rolle, da er das NS-Regime als einen zur „Herrschaft der Gesetzlosigkeit“ mutierenden „Unstaat“ versteht¹⁵¹. *Hans Nawiasky* kommentierte 1934 das national-

¹⁴⁶ Das politische Gesicht Japans, 1940; Der heutige Staatsaufbau Japans, 1951.

¹⁴⁷ *Martin Jürgens*, Staat und Reich bei Ernst Rudolf Huber. Sein Leben und Werk bis 1945 aus rechtsgeschichtlicher Sicht, 2005, S. 293.

¹⁴⁸ *Karl Loewenstein*, Law in the Third Reich, The Yale Law Journal 45 (1936), S. 779 (787 Fn. 20). Er sieht im illegalen Ermächtigungsgesetz vom 23.3.1933 die Grundlage der neuen Herrschaft; *ders.*, Dictatorship and the German Constitution, 1933–1937, The University of Chicago Law Review 4 (1937), S. 537. Nach *Neumann*, Behemoth (Fn. 114), S. 82 vermieden die Nationalsozialisten den Ausdruck „Ermächtigungsgesetz“, da sie die Legitimität ihrer Herrschaft nicht aus der Weimarer Reichsverfassung beziehen wollten.

¹⁴⁹ *Karl Loewenstein*, Legislative control of political extremism in european democracies, Columbia Law Review 38 (1938), S. 591 und S. 725; *ders.*, De L'extrémisme politique dans les démocraties européennes, Paris 1939.

¹⁵⁰ *Fraenkel*, Urdoppelstaat (Fn. 85), S. 273.

¹⁵¹ *Neumann*, Behemoth (Fn. 114), S. 16, 75, 90.

sozialistische Deutschland nüchtern: Die Weimarer Verfassung von 1919 sei „in sehr vielen entscheidenden Punkten beiseitegeschoben“¹⁵² worden. In der Folge zählt er die bekannte Machtkonzentration bei der Reichsregierung auf. *Hans Kelsen* beschäftigte sich nach seiner Vertreibung aus Deutschland intensiv mit den Vorgängen, allerdings verschloss sich ihm der Zugang zu deutschen Verlagen. Er setzte seine schon vor 1933 begonnene theoretische Arbeit am praktischen Beispiel von Deutschland fort.¹⁵³

5. Nationalsozialistische Aufsatzliteratur ab 1939

Die juristische Aufsatzliteratur kommt in allen drei Phasen der NS-Herrschaft vor, aber sie bildete die bevorzugte Textsorte in der dritten Phase ab 1940. Einige der nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer veröffentlichten bis 1944 „nationalsozialistisch-rechtswissenschaftliche“ Texte, die politisch, ideologisch und normativ argumentierten. Die dabei behandelten Themen betrafen etwa die Weitergeltung der Weimarer Reichsverfassung¹⁵⁴, die Systematisierung der Führerbefehle und Gesetze¹⁵⁵ oder die Errichtung des Reichsverwaltungsgerichts im Jahr 1941¹⁵⁶. Die Aufsätze waren für die NS-Herrschaft ohne Relevanz. Es fragt sich deshalb, aus welchem Motiv die Autoren trotz fortgeschrittener Zersetzung der Rechtsordnung und zunehmendem Chaos unbeirrt weiterschrieben.

Die NS-Herrschaft war im Krieg innenpolitisch gefestigt und es kam nicht auf die allfällige Unterstützung von Juristen an. Der propagandistische Nutzen dieser juristischen Aufsätze war vermutlich gering. Das Recht spielte in dieser Spätphase keine Rolle mehr. *Ernst Fraenkel* ordnete das normative Handeln, Argumentieren und Denken als ohnehin überholt ein: „Vom Blickpunkt der Endphase des NS-Staates aus gesehen, waren die Nürnberger Gesetze ein Überbleibsel veralteten gesetzgebundenen Denkens.“¹⁵⁷ Das galt erst recht für die „wissenschaftlichen“ Äußerungen der Staatsrechtslehrer. Ihre Wissenschaft bestand darin, dass sie Methoden und Sprachregelungen entwickelten, die die Gewaltherrschaft und die Lösung der Judenfrage in eine „Art juristischen Schleier“¹⁵⁸ hüllten. Mit der unbegrenzten Radikalisierung, die mit der physischen Ausrottung der Juden einsetzte, glaubte der nationalsozialistische Staat, „es nicht mehr nötig zu haben, sich den Juden gegenüber Methoden zu bedienen, die auch nur äußerlich den Anschein von gesetzlichen Verfahrensmethoden hatten“¹⁵⁹. Die Professoren, die die NS-Herrschaft

¹⁵² *Hans Nawiasky*, Staatstypen der Gegenwart, 1934, S. 147.

¹⁵³ *Olechowski*, Hans Kelsen (Fn. 58), S. 939 (Werke von Hans Kelsen ab 1931).

¹⁵⁴ *Reinhold Horneffer*, Das Problem der Rechtsgeltung und der Restbestand der Weimarer Verfassung, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 99 (1939), S. 148.

¹⁵⁵ *Werner Weber*, Führererauß und Führerverordnung, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 102 (1942), S. 101; *ders.*, Die Verkündung von Rechtsvorschriften, 1942; *Ernst Rudolf Huber*, Gesetz und Maßnahme (1944, Vortrag), Der Staat 55 (2016), S. 69 (mit einer editorischen Notiz von *Ewald Grothe* und *Reinhard Mehring*).

¹⁵⁶ *Theodor Maunz*, Der Staatsanwalt am Verwaltungsgericht, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 102 (1942), S. 715.

¹⁵⁷ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 618.

¹⁵⁸ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 618.

¹⁵⁹ *Fraenkel*, Auflösung und Verfall (Fn. 87), S. 618; *Horst Dreier*, Rechtszerfall und Kontinuität. Zur

unentwegt und bis zum Ende unterstützten, handelten aus ideologischer Verblendung. Hinzu kam ihre Selbstachtung als Juristen, die sie veranlasste, normative und quasi-rechtswissenschaftliche Aussagen zu machen. Mit Sicherheit wollten sie nicht den Normenstaat stützen¹⁶⁰ und damit versteckt Widerstand leisten.

6. Habilitationsschriften

Die Nationalsozialisten haben die Habilitation beibehalten und neu organisiert. Die Reichs-Habilitations-Ordnung vom 13. Dezember 1934¹⁶¹ wollte den akademischen Nachwuchs „mit denkbar größter Sorgfalt“ auswählen und formen. Reichsminister *Bernhard Rust* (1883–1945, 1934–1945 im Amt) wertete, im Unterschied zur bisherigen Ordnung, die Habilitation zu einer bloßen Voraussetzung der Lehrberechtigung herab. Als weitere Voraussetzung für eine Dozentur kam eine Eignungsprüfung für „Lehrer an den Hochschulen des nationalsozialistischen Staates“ hinzu. Am 17. Februar 1939 erfolgte eine Revision dieser Vorschriften, um auf den Mangel an Nachwuchs und die Erweiterung des Reiches zu reagieren.¹⁶² Mit dieser einheitlichen Rechtsgrundlage hatte es das Regime in der Hand, nur nationalsozialistisch orientierte Hochschullehrer zuzulassen. Selbstverständlich sollten nicht nur die Hochschullehrer systemkonform unterrichten, auch die Studenten waren auf das neue Regime auszurichten: „Die deutsche Rechtswissenschaft muß nationalsozialistisch werden“.¹⁶³ Minister *Rust* erließ am 18. Januar 1935 einen einheitlichen Studienplan Rechtswissenschaft, in dem die Fächer Geschichte, Volk und Rasse, Volkskunde, Sippenforschung, Familienerbe und Rechtsphilosophie ein großes Gewicht besaßen. Allerdings galt die Rechtswissenschaft als nicht besonders wichtig und wurde deshalb abgebaut.¹⁶⁴ Auch die anderen Studienfächer erhielten einheitliche Ordnungen, wobei fast überall die Rassenkunde und NS-konforme historisch-politische Vorlesungen angesetzt wurden.

Vor diesem Hintergrund drängt es sich auf, die kurz vor, während und kurz nach der NS-Zeit habilitierten Mitglieder der 1949 neugegründeten Vereinigung¹⁶⁵ durchzuge-

asynchronen Entwicklung von Staatsrecht und Wirtschaftssystem in der Zeit des Nationalsozialismus, *Der Staat* 43 (2004), S. 235 (241). *Neumann*, *Behemoth* (Fn. 114), S. 541 kritisierte Fraenkel, weil es gar keinen Normenstaat gebe, vielmehr bestehe der Nationalsozialismus aus einem „Unstaat“. Er bilde „ein Chaos, eine Herrschaft der Gesetzlosigkeit und Anarchie, welche die Rechte wie die Würde des Menschen verschlungen hat“ (S. 16).

¹⁶⁰ Zutreffend *Christoph Möllers*, *Erwiderung auf Ewald Grothe und Reinhard Mehring* (Fn. 155), *Der Staat* 55 (2016), S. 9; a. M. *Stolleis*, *Methodenstreit* (Fn. 13), S. 560 zu den früheren Phasen des „Dritten Reiches“. In der dritten Phase schwiegen die ehemaligen Positivisten und äußerten sich nicht mehr.

¹⁶¹ *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 1 (1935), Nr. 11, S. 12.

¹⁶² *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 4 (1939), Nr. 103, S. 126.

¹⁶³ *Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft, Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 1 (1935), Nr. 59, S. 48. Die Intensivierung des Krieges erforderte Erleichterungen, die eine Neuordnung des Rechtsstudiums nötig machten, *Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung* 10 (1944), Nr. 352, S. 202.

¹⁶⁴ *Gerhardt*, *Universitätshistoriker* (Fn. 106), S. 250.

¹⁶⁵ *VVDStRL* 8 (1950), S. 166.

hen. Dazu gehören *Erich Becker*¹⁶⁶, *Viktor Böhmert*¹⁶⁷, *Martin Drath*¹⁶⁸, *Ernst Friesenhahn*¹⁶⁹, *Wilhelm Grewe*¹⁷⁰, *Hermann Held*¹⁷¹, *Hans Peter Ipsen*¹⁷², *Friedrich Klein*¹⁷³, *Herbert Krüger*¹⁷⁴, *Günther Küchenhoff*¹⁷⁵, *Hermann von Mangoldt*¹⁷⁶, *Theodor Maunz*¹⁷⁷, *Eberhard Menzel*¹⁷⁸, *Richard Naumann*¹⁷⁹, *Friedrich Schack*¹⁸⁰, *Hans-Jürgen Schlochauer*¹⁸¹, *Hans Schneider*¹⁸², *Hans Ulrich Scupin*¹⁸³, *Rolf Stödter*¹⁸⁴, *Carl Hermann Ule*¹⁸⁵, aber nicht *Werner Weber*, der 1935 aus der Praxis ohne Habilitation berufen wurde¹⁸⁶. Die Literaturgattung Habilitationsschrift ist gegenüber der Weimarer Republik stark geschwächt, da jüngere Aspiranten auf die Universitätskarriere entweder geflohen waren oder ihre wissenschaftliche Arbeit nicht verfolgen wollten oder durften. Von den Habilitationen betreffen einige Arbeiten historische oder sonst einigermaßen von wenig ideologischen Erwartungen beschwerte Themen. Verschiedene Personen wurden habilitiert, ohne dass eine publizierte Habilitationsschrift vorlag, was daran liegt, dass das Ministerium wegen des Papiermangels die Pflicht zum Druck Ende 1941 aufgab. Danach mussten für nach dem Kriegsbeginn 1939 eingereichte Dissertationen und Habilitationen nur sechs maschinengeschriebene Exemplare abgegeben werden¹⁸⁷. Von besonderem Interesse sind

¹⁶⁶ Habil.: Gemeindliche Selbstverwaltung, Teil I, Grundzüge der gemeindlichen Verfassungsgeschichte, 1941.

¹⁶⁷ Habil.: Der Art. 19 der Völkerbundsatzung, Kiel 1933.

¹⁶⁸ Habil.: Carl Schmitts Freund-Feind-Theorie – eine Staatstheorie des neuen deutschen Imperialismus, Jena 1946.

¹⁶⁹ Habil.: 1932 durch den Beitrag „Die Staatsgerichtsbarkeit“, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, 1932, S. 523.

¹⁷⁰ Habil.: Epochen der Völkerrechtsgeschichte, Königsberg 1941.

¹⁷¹ Habil.: Die Überwindung des Friedensvertrages von Versailles durch die deutsche Völkerrechtspolitik 1933–1938, JöR 1938, S. 418.

¹⁷² Habil.: Politik und Justiz, 1937.

¹⁷³ Habil.: Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, 1941.

¹⁷⁴ Habil.: Recht und Wirklichkeit. Das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Rechts- und Staatslehre des 19. Jahrhunderts, 1936.

¹⁷⁵ Die Habilitation erfolgte am 19.12.1939 in Breslau, es besteht keine publizierte Schrift.

¹⁷⁶ Habil.: Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Königsberg 1934.

¹⁷⁷ Habil.: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, München 1932.

¹⁷⁸ Habil.: 1943 in Frankfurt, kein als Habilitationsschrift publiziertes Werk vorhanden.

¹⁷⁹ Habil.: Die Wandlungen im Recht des Widerrufs von Verwaltungsakten, 1938.

¹⁸⁰ Habil.: 1941 in Hamburg, kein als Habilitationsschrift publiziertes Werk vorhanden.

¹⁸¹ Habil.: 1946 in Köln mit der nicht publizierten Schrift Der völkerrechtliche Vertrag.

¹⁸² Habil.: 1940 in Berlin, Der preußische Staatsrat 1817–1848. Die Arbeit erschien 1952 mit einer nach dem Krieg verfassten Erweiterung um die Jahre 1849 bis 1918: Der preußische Staatsrat 1817–1918. Ein Beitrag zur Verfassungs- und Rechtsgeschichte Preußens, 1952.

¹⁸³ Habil.: Volk und Reich bei Justus Möser, Breslau 1938.

¹⁸⁴ Habil.: Flottengeleit im Seekrieg. Untersuchungen zur seekriegsrechtlichen Stellung feindlicher Geleitzüge, Hamburg 1935.

¹⁸⁵ Habil.: Herrschaft und Führung im nationalsozialistischen Reich, München 1940.

¹⁸⁶ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Werner Weber (1904–1976), in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, 2. Aufl. 2018, S. 793 (794).

¹⁸⁷ Die Druckpflicht ist in: Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung 6 (1940), Nr. 101, S. 144, deren Aufhebung per 1.9.1939 ist in: Deutsche Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung 8 (1942), Nr. 3, S. 2.

jene Autoren, die sich nebst normativer Inhalte der Ideologie des Nationalsozialismus annahmen und ein Bekenntnis zum Nationalsozialismus und zum Führer abgaben. Sie folgten *Wilhelm Kisch*, der von den Rechtslehrern der Universitäten forderte, dass sie sich „mit Kopf und Herz, nicht bloß mit den Lippen“¹⁸⁸ zum nationalsozialistischen Staat und seinem Recht bekennen. Der Autor fordert die vollständige Unterwerfung der Hochschullehrer unter die nationalsozialistische Ideologie. Bei der Forschung müssen diese logisch und methodisch einwandfrei arbeiten, um zu „richtigen“ Ergebnissen zu gelangen.“ Das kann nur gelingen, wenn man „von der weltanschaulichen Grundlage eben dieser bestimmten Rechtsordnung“ ausgeht und feststellt, „welche Gestaltung des Rechtes diesem ideologischen Ausgangspunkt gemäß ist [und] welche nicht“¹⁸⁹. Etwa die Autoren *Forsthoff*, *Held*, *Becker*, *Ule* und *Heckel* legen derartige Bekenntnisse in ihren Habilitationsschriften und in Aufsätzen ab. Die rechtswissenschaftliche Forschung verkümmert. Forschung zu Normen war nur noch begrenzt möglich, so etwa bei regimennahen Themen¹⁹⁰.

7. Am Ende: Staatsrechtslehre ohne Staatsrecht

In der letzten Phase des „Dritten Reichs“ verliert die Staatsrechtslehre ihren Gegenstand. Der Nationalsozialismus und *Hitler* sind antinormativ eingestellt, und sie setzen dieses Programm konsequent um. Der hierarchische Aufbau der Rechtsordnung löste sich auf und damit die Kompetenzordnung des Staatsapparates. *Hitler* verneinte jede Art von Regulation und Ordnung.¹⁹¹ In seiner Person konzentrierte sich die dem Reich zustehende Kompetenz-Kompetenz¹⁹², und ein lückenloser Rechtsschutz „bedeutet deshalb nicht die Krönung des Rechtsstaates, sondern seine Zerstörung“¹⁹³. Am Ende blieb als einzige Rechtsform nur der Führerbefehl. Die ordnende und dämpfende Kraft des Rechts wich unbegrenzter Willkür. Die NS-Herrschaft übte immer mehr Gewalt gegen Menschen aus. Sie war in keiner Weise auf die Verschleierungsfunktion des Rechts und der nationalsozialistischen Staatsrechtsprofessoren mehr angewiesen¹⁹⁴. Die höchst personenhaf-

¹⁸⁸ *Wilhelm Kisch*, *Der Deutsche Rechtslehrer*, 1939, S. 62.

¹⁸⁹ *Kisch*, *Rechtslehrer* (Fn. 188), S. 50.

¹⁹⁰ Die schon vor 1933 begonnene Habilitationsschrift von Hans Peter Ipsen zu den justizfreien Hoheitsakten (Fn. 172) ist ein Beispiel dafür. Das Thema kam als solches dem nationalsozialistischen Regime entgegen. In der Arbeit fehlen Verbeugungen vor den nationalsozialistischen Größen wie auch die methodischen Kniffe mit dem konkreten Ordnungsdenken oder dem konkret-allgemeinen Begriff (es erscheint dreimal „die konkrete Ordnung“ von Carl Schmitt auf, S. 10, 275, 310) und antisemitische Ausfälle. Ipsen musste sich bei diesem Thema nicht zum Regime bekennen, was aber nichts beweist. Ipsen hat sich in andern Schriften und in seinem Handeln für den NS-Staat eingesetzt, dazu *Norman Paech/Ulrich Kampe*, *Hochschulalltag im Faschismus, Demokratie und Recht* 14 (1986), S. 377 (378); *Anna Katharina Mangold*, Hans Peter Ipsen. Ein technokratischer Meister der Begriffsprägung, in: *Kremer* (Hrsg.), *Die Verwaltungsrechtswissenschaft in der frühen Bundesrepublik (1949–1977)*, 2017, S. 177 (181, 187).

¹⁹¹ *Dreier*, *Rechtszerfall* (Fn. 159), S. 246.

¹⁹² *Huber*, *Verfassungsrecht* (Fn. 135), S. 249.

¹⁹³ *Koellreutter*, *Grundriß* (Fn. 112), S. 253.

¹⁹⁴ *Dreier*, *Rechtszerfall* (Fn. 159), S. 251.

te Herrschaft *Hitlers* verdrängte die im liberalen Staat gewollte unpersönliche Herrschaft der Gesetze („government of laws, not of men“).¹⁹⁵ Die gänzliche Zerstörung der Rechtsordnung¹⁹⁶ ging mit der physischen Zerstörung Deutschlands einher. Die Betätigung als „rückhaltloser“ nationalsozialistischer Staatsrechtsprofessor musste in einer Leere enden: Der Nationalsozialismus wollte keine Normen, kein Recht, keine förmliche Hierarchie. Mit der Vollendung des Rechtszerfalls hatten sich die nationalsozialistischen Staatsrechtslehrer überflüssig gemacht.

Als sich die Überflüssigkeit und Unerwünschtheit des normativen Denkens offen zeigte, haben die Staatsrechtslehrer unterschiedlich reagiert. Die Gruppe jener, die sich schon ab 1933 inhaltlich zurückgezogen hatten, vergrößerte sich. Die zweite Gruppe, die virtuelle „Gemeinschaft der Staatsrechtslehrer“, die *Ernst Rudolf Huber* in seinem Sammelwerk „Idee und Ordnung des Reiches“ (1941–1943) angerufen hatte, bestand fort. Ihre Gemeinsamkeit bestand darin, dass sie am Nationalsozialismus und den Gewaltherrschern festgehalten haben. Ihr juristisches Denken pflegten sie insoweit, als sie in dieser faktischen Lage so taten, als handle sich um eine auf Recht abgestützte Herrschaft. So hatte *Johannes Heckel* im Bereich der Wehrmacht von der Publikation der Rechtsvorschriften absehen wollen. Ihm widersprach *Werner Weber*. Er erinnerte an die alte Wahrheit, dass Rechtsvorschriften „nur durch Mitteilung an die Betroffenen und im Allgemeinen nur durch öffentliche Verkündung Wirksamkeit erlangen“¹⁹⁷. Dieses Argumentieren und Schreiben entbehrte jeden Realitätsbezugs. Es entlastet die Betroffenen nicht mit dem Argument, sie hätten dem Normenstaat *Fraenkels* (dem Überrest des Rechtsstaates) gedient. Im besten Fall haben diese nationalsozialistischen Professoren ihr juristisches „Gewissen“ beruhigen wollen¹⁹⁸. Eine dritte (Klein-)Gruppe pervertiert die monotheistische Vorstellung des Absoluten: *Carl Schmitt* und *Johannes Heckel* verherrlichten den „Führer“ als Gott.¹⁹⁹ Das entschuldigte überhaupt alles und jedes: „Das Amt des Führers ist [...] wesentlich ein providentielles Amt und entzieht sich einer juristischen Technisierung.“²⁰⁰

¹⁹⁵ *Dreier*, Rechtszerfall (Fn. 159), S. 247.

¹⁹⁶ *Stolleis*, III (Fn. 59), S. 316; *Dreier*, Rechtszerfall (Fn. 159), S. 235.

¹⁹⁷ *Werner Weber*, Die Verkündung von Rechtsvorschriften (Fn. 155), S. 7, 11; dazu *Dreier*, Rechtszerfall (Fn. 159), S. 250.

¹⁹⁸ Für Theodor Maunz war jedes normative Denken sekundär. Seine Nähe zum Nationalsozialismus dauerte bis zu seinem Tod, *Michael Stolleis*, Theodor Maunz – Ein Staatsrechtslehrerleben, Kritische Justiz 26 (1993), S. 393.

¹⁹⁹ *Dreier*, Staatsrechtslehre (Fn. 80), S. 23 Anm. 64. Der Verweis auf die Fundstelle von J. Heckels Vergötterungsbeitrag, DVBl. 1937, 49 ff., den Dreier und alle übrigen Autoren jeweils anführen, stimmt nicht. Der Aufsatz findet sich gerade nicht im Preußischen Verwaltungsblatt bzw. ab 1928 im Reichsverwaltungsblatt. Von 1934 bis 1937 gab es während nur vier Jahren die „Deutschen Verwaltungsblätter – Blätter für administrative Praxis“. Diese übernahmen die Jahrgangsnummerierung der „Bayerischen Verwaltungsblätter“ und waren früher unter dem Namen „Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege zunächst in Bayern“ (seit 1873) bekannt. Das Blatt ging ab 1937 in der „Deutschen Verwaltung (Berlin)“ auf, ebenfalls eine NS-Zeitschrift. Der Aufsatz von Heckel, Die Führerrede und das sog. Ermächtigungsgesetz vom 30. Januar 1937. Eine verfassungsrechtliche Studie, erschien also in den Deutschen Verwaltungsblättern – Blätter für administrative Praxis, im 85. Jahrgang, dem 3. Heft vom Februar 1937, S. 49–64. Zu Schmitt: *Dreier*, Staatsrechtslehre (Fn. 80), S. 31 Anm. 106.

²⁰⁰ *Heckel*, Führerrede (Fn. 199), S. 60.

VI. Epilog: Der „liegendebliebene, rechte braune Lederhandschuh“

Nach der Kapitulation Deutschlands gab es für staatsrechtliches Denken weiterhin keinen Gegenstand mehr: Der Nationalsozialismus und sein Gewaltverhüllungsrecht waren untergegangen. *Hans Peters* schrieb zwei Jahre nach Kriegsende: „Die heutige politische Lage Deutschlands ist durchaus unklar.“²⁰¹ Es blieb zunächst die Spekulation übrig. Nach dem Vakuum entstand mit dem Aufkommen des Ost-West-Konflikts ein neues weltpolitisches Koordinatensystem. Die Verurteilung des Nationalsozialismus blieb zwar bestehen, aber in der Öffentlichkeit verstummte die entsprechende Diskussion.

Das Bewusstsein für das Mitläufertum mancher Staatsrechtslehrer blieb allerdings erhalten, und dieses kam in privaten, meist bilateralen Diskussionen und Briefen zum Ausdruck. Der umfangreiche Nachlass von *Walter Jellinek*²⁰² bietet dafür eine verlässliche Grundlage. Die bilateralen Debatten nach dem Krieg sind bislang kaum erforscht. Es war nach 1945 klar, dass das Verhalten mancher Mitglieder im Nationalsozialismus ein Hindernis für eine erneute Mitgliedschaft darstellte. Der erste Vorsitzende nach dem Krieg, *Walter Jellinek*, korrespondierte intensiv mit den einzelnen Protagonisten. Es galt herauszufinden, wieviel Mitbeteiligung geduldet werden konnte. Da der Austausch darüber formlos und bilateral geführt wurde, blieb die Akzeptanz einer allfälligen Aufnahme eines ehemaligen Nationalsozialisten in die wiedergegründete Vereinigung unsicher.

Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer wurde 1949 wiedergegründet. Nach der Tagung vom 20./21. Oktober 1949 sandte der Vorsitzende *Walter Jellinek* am 8. Dezember ein Rundschreiben an die Mitglieder. Dieses endete mit der administrativen Bemerkung: „Wer von den Herren Kollegen in Heidelberg einen rechten braunen Lederhandschuh liegen gelassen hat, möge sich bitte melden.“²⁰³ Im Rückblick liest sich das wie eine Metapher aus der Geschichte der Vereinigung: Sind Vorwürfe berechtigt? An wen müssten diese gehen? Wer machte sich womit schuldig?

1949 traten viele ehemalige Nationalsozialisten der wiedergegründeten Vereinigung bei, so etwa *Johannes Heckel*, *Hermann Held*, *Heinrich Herrfahrtdt*, *Herbert Krüger*, *Günther Küchenhoff*, *Theodor Maunz*, *Ulrich Scheuner*, *Carl Hermann Ule*, *Werner Weber* und *Hans Julius Wolff*²⁰⁴. Dagegen konnten *Carl Schmitt* und *Otto Koellreutter* und weitere nicht riskieren, der Vereinigung beizutreten. Sie wären als erstrangige Exponenten des Nationalsozialismus wohl abgewiesen worden. Der NS-Exponent *Ernst Rudolf Huber* konnte nach einer Wartezeit 1956 beitreten.²⁰⁵ Im Ergebnis nahm die Vereinigung fast alle ehemaligen Nationalsozialisten auf. Diese Tatsache hatte die Diskussion der Problematik in der Nachkriegszeit verhindert. Es ist bemerkenswert, dass *Ilse Staff* im Jahr 1964 einen Band mit Dokumenten zur Justiz aus der Zeit des National-

²⁰¹ *Hans Peters*, *Deutscher Föderalismus*, 1947, S. 5.

²⁰² Bundesarchiv Koblenz N 1242/60.

²⁰³ *Walter Jellinek*, Rundschreiben nach der ersten Tagung der wiedergegründeten Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer vom 8.12.1949 in Heidelberg.

²⁰⁴ VVDStRL 8 (1950), S. 166.

²⁰⁵ *Jürgens*, Staat (Fn. 147), S. 151; *Stolleis*, Vereinigung (Fn. 27), S. 347.

sozialismus herausgegeben hatte.²⁰⁶ Die Staatsrechtslehrerin nahm sich nicht nur früh dieses Themas an, sie war auch mit dem Beitrittsjahr 1970 das erste weibliche Mitglied der Staatsrechtslehrervereinigung.

Michael Stolleis rügte nach dem Tod von *Theodor Maunz*, dass die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer die Mitläuferei nicht diskutiere. Kein Vorstand würde sich an dieses Thema heranwagen²⁰⁷. *Bernd Rütters* warf 2017 den Deutschen Staatsrechtslehrern vor, dass sie das „Staatsrecht im Nationalsozialismus erstmals 1998 (!) [recte 2000, A.K.] zu einem Nebenthema einer ihrer Tagungen“ gemacht hätten. „In der Diskussion lobten und bestätigten sich gegenseitig mehrere Redner 55 Jahre nach dem Zusammenbruch (!) den vermeintlichen ‚Mut‘ zu dieser Themenwahl. Das Staatsrecht der DDR wurde dagegen bereits 1992 auf einer Tagung ausführlich behandelt.“²⁰⁸ Der Vorwurf wendet sich nicht an die Vereinigung als solche, wie sie bis 1933 bestand, sondern an das Verhalten der Vereinigung nach ihrer Neugründung 1949: Die Behandlung des Themas erfolgte spät²⁰⁹.

²⁰⁶ Fn. 97 und zu Staff der Beitrag von *Pascale Cancik*, in diesem Band, S. 795 ff.

²⁰⁷ *Stolleis*, *Maunz* (Fn. 198), S. 396.

²⁰⁸ *Rütters*, *Funktionseliten* (Fn. 84), S. 26.

²⁰⁹ Siehe den Beitrag von *Jan Thiessen*, in diesem Band, S. 697 ff.; *Rütters*, *Funktionseliten* (Fn. 84), S. 26, gerade im Vergleich zum Deutschen Juristentag, *Ulrich Weber*, Bericht über den 46. Deutschen Juristentag 1966 in Essen, JZ 1966, S. 714.