

Reine Begriffe*

1. Frühjahr 1934. Vorübergehend sieht es so aus, als kehrten im deutschen Reich wieder Ruhe und Ordnung ein: Hilfspolizei und ›wilde‹ Konzentrationslager werden aufgelöst,¹ mit der Wirtschaft geht es bergauf und ein Nichtangriffspakt mit Polen verheißt außenpolitische Stabilität. Das neue Regime hat sich konsolidiert; nun wird die revolutionäre »Bewegung« in rechtsstaatliche Bahnen gelenkt – so sieht es jedenfalls der »Reichsjuristenführer« Dr. Hans Frank. Am 20. März tönt seine Stimme landesweit durch die Volksempfänger: »Der Staat Adolf Hitlers ... ist ein Rechtsstaat.« Die Macht des Nationalsozialismus verwirkliche sich »ausschließlich in den Formen des Rechts«; sie strebe nach »Rechtssicherheit«, »Rechtsschnelligkeit« und »Rechtssklarheit«.² Kurze Zeit später scheinen Frank Bedenken zu kommen: Im Sommer protestiert er gegen die verfahrenslose Erschießung Ernst Röhm's und seiner Gefolgsleute. Die Hinrichtung von Parteigenossen der ersten Stunde passt nicht zum Bild eines völkischen Rechtsstaates.³ Roland Freisler sieht das anders. Selbstverständlich sei der nationalsozialistische Staat ein Rechtsstaat; man müsse diesen Begriff nur richtig deuten: nicht im Sinne eines Staates der »Shylockgerechtigkeit«, in dem »das Formale ... zur Zwangsjacke des Lebens« wird, sondern eines Staates des ›richtigen‹, weil aus dem gesunden Volksempfinden geschöpften Rechts: »Ihm ist ... Recht alles, was dem Volke dient und frommt«⁴ – auch Terror, Verfolgung und Mord.

Die Rede vom Rechtsstaat verblüfft – nicht nur, weil sie aus dem Mund zweier »furchtbarer Juristen«⁵ stammt. Sie verblüfft vor allem deshalb, weil es fraglos zu den zentralen Anliegen

der nationalsozialistischen Wissenschaft vom öffentlichen Recht zählte, mit den Traditionen des liberalen Verfassungsstaates radikal zu brechen. Warum Frank, Freisler und Co. dennoch auf dem Begriff des Rechtsstaates beharrten, ist in der rechtshistorischen Forschung der letzten Jahre immer wieder diskutiert worden, ohne dass man sich wirklich einig geworden wäre: Ging es darum, die bürgerlichen Trägerschichten in Sicherheit zu wiegen, sollte einem »Verdammungsurteil«⁶ der westlichen Nachbarn vorgebeugt werden oder fiel es einem Teil der traditionell rechtsstaatlich sozialisierten Juristenschaft schlichtweg schwer, die vertraute Terminologie aufzugeben und sie durch ein spezifisch nationalsozialistisches Vokabular zu ersetzen?

2. Die Dissertation Christian Hilgers über »Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich« will diese Fragen nicht vertiefen: »Es ist offensichtlich, daß diese Untersuchung von vielem absieht, was für ein umfassendes Verständnis der Rechtsstaatsdiskussion während des Nationalsozialismus unerlässlich wäre« (9), räumt der Autor gleich zu Beginn ein. Ihm geht es in erster Linie um eine Begriffsanalyse, die – ausgehend von einem »vornehmlich deskriptiven Ansatz« – das ganze Spektrum der im Dritten Reich vertretenen Rechtsstaatskonzepte beschreibt und dabei die Positionen einzelner Juristen herausarbeitet. In vier Kapiteln führt Hilger den Leser in einen Disput ein, der in der Anfangszeit der nationalsozialistischen Herrschaft beginnt und sich bis zum Ende der 30er Jahre fortsetzt. Zwei konträre Standpunkte bilden den Ausgangspunkt: Günther Krauß (20 ff.), ein Schüler Carl Schmitts, steht stellvertretend für die Stimmen, die darauf drängen, auch auf der terminologischen Ebene

* CHRISTIAN HILGER, Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich. Eine Strukturanalyse (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 39), Tübingen: Mohr Siebeck 2003, XIV, 249 S., ISBN 3-16-148057-0

1 Nachweise: K. KROESCHELL, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen 1992, 72.

2 H. FRANK, Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers, in: Deutsches Recht 6 (1934) 121 f.

3 Während seiner Zeit als Generalgouverneur in Krakau äußert Frank keine ›rechtsstaatlichen‹ Bedenken, als es um die Ausbeutung der polnischen Zivilbevölkerung und die Organisation der »Endlösung« geht. Später wird er betonen, sich stets für eine geordnete und ›legale‹ Unterdrückungs-

politik eingesetzt zu haben; Nachweise unter www.shoa.de/p_hans_frank.html (inges. am 10.12.03).

4 R. FREISLER, Der Rechtsstaat, in: Deutsche Justiz 6 (1938) 152 f.

5 I. MÜLLER, Furchtbare Juristen, München 1987.

6 Zu diesem Ausspruch E. Jakobs siehe M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III, München 2002, 331.

mit dem überlieferten Staatsverständnis zu brechen, während Otto Koellreutter (33 ff.) für Kontinuität eintritt, den »Ewigkeitswert des Rechtsstaates« betont und das Dritte Reich dadurch vor allem gegenüber dem »bolschewistischen Staat« als dem »Gegenstück eines Rechtsstaates« abgrenzen will. Dass der Schlüssel zum Verständnis dieser Positionen in dem Machtkampf liegt, den die deutsche Rechtswissenschaft zu Beginn der nationalsozialistischen Herrschaft ausficht, dass insbesondere Koellreutter um seine Profilierung als führender nationalsozialistischer Staatsrechtler bemüht ist, aber den Vorwurf, ein verkappter Liberaler zu sein, nicht so recht entkräften kann,⁷ erfährt der Leser allenfalls en passant. Entgegen der Perspektive, die Hilger mit der Bezugnahme auf Koellreutter und Krauß eröffnet, stehen beide Autoren auf verlorenem Posten und spielen im »Streit um den Rechtsstaat« keine ausschlaggebende Rolle.

Im Mittelpunkt des zweiten Kapitels stehen typisch nationalsozialistische Entwürfe, die den Rechtsstaatsbegriff inhaltlich völlig neu besetzen und dabei den Determinationszusammenhang zwischen Recht und Rasse in den Vordergrund stellen: So begreift Helmut Nicolai den Rechtsstaat als einen Staat der »rassengesetzlichen Gerechtigkeit«, und auch für Hans Frank zählen Rassen- und Sterilisationsgesetzgebung zu den »Fundamentalgesetzen« des deutschen »Rechtsstaates Adolf Hitlers«. Eine andere Gruppe von Autoren konzipiert den nationalsozialistischen Staat hingegen entweder als »spiegelbildhafte Substitution« des bürgerlichen Rechtsstaates (Freisler) oder polemisiert gegen dessen »hohlen Positivismus« (Lange), dem sie Volkgeist und völkisches Rechtsempfinden entgegensetzt. Zu dieser im dritten Kapitel behandelten Fraktion rechnet Hilger auch Carl Schmitt, der sich zwar dezidiert gegen das liberale Rechtsstaatskonzept

ausspricht, aber – wenigstens für eine Übergangszeit – dafür plädiert, jedenfalls am Begriff als einer im »geistigen Kampf« mit dem politischen Gegner errungenen Trophäe festzuhalten. Eines ist – wie Hilger im vierten Kapitel abschließend feststellt – allen Konzepten gemeinsam: Das dritte Reich wird als materieller Rechtsstaat begriffen; als ein Staat des »gerechten« und »richtigen«, nicht notwendig positivierten Rechts. Ganz in diesem Sinne sind die Protagonisten des Streits darum bemüht, sich von der Tradition des formellen Rechtsstaates zu distanzieren und insbesondere den als Ausgeburt jüdischen Rechtsdenkens »entlarvten« Rechtsstaatsbegriff Friedrich Julius Stahls zum Feindbild⁸ zu stilisieren.

3. Neu sind diese Befunde nicht. Wie sie in den forschungsgeschichtlichen Kontext einzubetten sind, lässt Hilger offen. Was der »Streit um den Rechtsstaat« über die nationalsozialistische Rechtswissenschaft im Allgemeinen und ihre Vorkämpfer im Besonderen aussagt, erfährt der Leser – wenn überhaupt – nur nebenbei, *soll* es auch gar nicht erfahren: Zwar gibt der Autor zu, dass der historische Kontext grundsätzlich zur Kenntnis genommen werden sollte, um »den Texten zum Rechtsstaat den richtigen Ort im Gesamtgeschehen zuzuweisen«, blendet die »historisch-politischen Bedingungen« aber dennoch bewusst aus, weil er eine weitestgehend kontextunabhängige Untersuchung für »möglich und zweckmäßig« hält (10). Das gilt im Besonderen für die Funktionsbeschreibung, die im vierten und letzten Kapitel in Angriff genommen wird. Drei »erfüllbare Funktionen« ließen sich feststellen: Im Dritten Reich dienten Rechtsstaatsbegriffe als »präskriptive Leitbilder« (1.); ferner seien sie zur Legitimierung des Regimes im Ganzen (2.) oder zur Legitimierung konkreter Handlungen wie der Machtergreifung oder der Röm-Morde ins Spiel gebracht worden (3.). Eine ma-

7 Nachzulesen bei M. STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. II, München 2002, 334 f.

8 Zur Kritik am Rechtsstaatsbegriff Friedrich Julius Stahls 25 ff.

gere Ausbeute: Die Frage nach der Funktion der Rechtsstaatsdebatte im Dritten Reich setzt eine historische *Problemdiagnose* voraus. Es ginge darum, festzustellen, mit welchen konkreten Problemen die Staatsrechtswissenschaft jener Zeit konfrontiert war und inwiefern bestimmte Rechtsstaatskonzepte eine zweckgerechte Lösung jener Probleme versprochen und andere nicht. Ohne eine erschöpfende Analyse des poli-

tischen und gesellschaftlichen Zusammenhanges, ohne eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem biographischen Hintergrund der Beteiligten kann eine solche Diagnose nicht gelingen. Ohne Sichtung, Erschließung und Kategorisierung des Quellenmaterials allerdings auch nicht. Diese Leistung hat Hilger erbracht.

Natascha Doll

Fünf Minuten Rechtsvergleichung*

Radbruch ist unser aller Lieblingsrechtsphilosoph, also auch der des Rechtsvergleichers. Die Liebe gründet sich vor allem natürlich auf die berühmte Radbruch'sche Formel vom gesetzlichen Unrecht und die daran hängende wunderbare Legende von der Bekehrung Radbruchs vom Saulus des Rechtspositivismus zum Paulus des Naturrechts, vom alttestamentarischen Schrift- und Buchstabengläubigen zum neutestamentarischen Gläubigen an den Geist des Rechts. Radbruchs wichtigster Beitrag zur Rechtsvergleichung scheint dagegen in der von Zweigert und Kötz in ihrem Rechtsvergleichungslehrbuch benutzten Aussage zu bestehen, dass Wissenschaften, die sich mit ihrer eigenen Methode zu beschäftigen haben, kranke Wissenschaften sind¹ – und die war ursprünglich nicht einmal auf die Rechtsvergleichung gemünzt. Dem Eindruck, dass Radbruch mit Rechtsvergleichung nichts zu tun gehabt habe, will nun Heinrich Scholler als Herausgeber des einschlägigen Bandes in der Gesamtausgabe und Verfasser einer Studie entgegenwirken: Radbruch war danach nicht nur Rechtsvergleicher, sondern hat sich, so der Waschzettel zur Studie, sogar

»bahnbrechend mit den zentralen Fragen der Rechtsvergleichung beschäftigt« – er hat nämlich eine neue Disziplin begründet, »die im anglo-amerikanischen Recht als ›Comparative Legal Culture‹ bezeichnet wird« und die Scholler mal als Rechtskulturvergleich, mal als vergleichende Rechtskulturwissenschaft bezeichnet. Und es kommt noch besser: Seine rechtsvergleichende Beschäftigung mit dem englischen Recht, insbesondere der *equity* als Korrektur des Rechts im Namen der Billigkeit, war sogar »maßgebend« für die Lehre vom gesetzlichen Unrecht.

Das klingt interessant, und so greift man zunächst zu Schollers eigener Studie. Bald stellt sich allerdings heraus, dass es sich dabei eher um die von ihm selbst im Band der Gesamtausgabe bereits für eigentlich nötig befundene längere Einleitung zu jenem Band handelt, als um eine eigenständige Arbeit. Tatsächlich übernimmt das Büchlein die ersten vierzig Seiten (zur Rechtsvergleichung bei Radbruch im Allgemeinen) fast wörtlich und vollständig aus dem Vorwort, teilweise umgestellt, aber unter Übernahme sogar der Tippfehler. Auch sonst findet sich wenig außer Paraphrasierungen der Werke Radbruchs,

* HEINRICH SCHOLLER, Die Rechtsvergleichung bei Gustav Radbruch und seine Lehre vom überpositiven Recht (Schriften zur Rechtstheorie, 210), Berlin: Duncker & Humblot 2002, 121 S., ISBN 3-428-10904-X; GUSTAV RADBRUCH, Rechtsvergleichende Schriften, bearbeitet von HEINRICH SCHOLLER (Gustav Radbruch Gesamtausgabe, Bd. 15), Heidelberg:

C. F. Müller 1999, VIII, 483 S., ISBN 3-8114-6897-9; GUSTAV RADBRUCH, Rechtsphilosophie und Rechtsvergleichung. Der Geist des englischen Rechts und andere Schriften zum anglo-amerikanischen Recht, hg. von STANLEY PAULSON u. HEINRICH SCHOLLER, Heidelberg: C. F. Müller/UTB 2003, 160 S., ISBN 3-8252-2442-2

1 KONRAD ZWIEGERT u. HEINRICH KÖTZ, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, 31.