

Manfred Messerschmidt

Die deutsche Rechtsgeschichte unter dem Einfluß des Hitlerregimes

Eine methodische Vorbemerkung ist angebracht: Es ist nicht möglich, ein zureichendes Bild vom Verhältnis zwischen Wissenschaft und Nationalsozialismus durch die Betrachtung einzelner Disziplinen und ihrer Geschichte zwischen 1933 und 1945 zu gewinnen. Im historisch-politischen Prozeß, der zur Herrschaft des Nationalsozialismus geführt hat, spielten neben anderen Wissenschaftsbereichen historische und rechtswissenschaftliche Disziplinen eine zwar nicht exakt zu definierende, aber doch mitwirkende Rolle. Die meisten Elemente des NS-Geschichts- und Rechtsdenkens – Kritik am Parlamentarismus, Verarbeitung der Niederlage von 1918, Einstellung zur Republik, um nur wenige wichtige Komplexe herauszugreifen, waren nicht originär nationalsozialistisch, sondern vorgedacht, vorentwickelt, übertragbar. Während des Ersten Weltkrieges sind gerade von Vertretern der historischen Disziplinen, von Philosophen und Literaten, die nach ihrer Meinung typischen Charakteristika des »deutschen Geistes« in Abgrenzung von der politischen Kultur Westeuropas herausgestellt worden. Viel ist hiervon in das Konglomerat nationalsozialistischer Weltanschauungsinhalte hinübergegangen.¹

Wenn daher eine methodische Prämisse dieser Ausführungen in der Vorgegebenheit liegt, daß der Nationalsozialismus kein aliud in Beziehung zum deutschen historisch-politischen Denken darstellte, sondern eine seiner möglichen Erscheinungsformen im Zeitalter der industriellen Massengesellschaft, so folgt hieraus als methodisches Korrelat, daß Rechtsgeschichte, Staats- und Verfassungsrecht von dieser Prämisse mit umfaßt sind, ebenso wie Philosophie, politische Geschichte, Politikverständnis, Germanistik und zahlreiche andere Felder wissenschaftlicher Reflexion über Geschichte, Kultur, Sprache, Nation, Erziehung und Politik, Frieden und Krieg.

Die deutsche Rechtswissenschaft bot darüber hinaus noch besondere Voraussetzungen für eine problemlose Einstellung auf den NS-Staat und seinen Wissenschaftsbetrieb. Hier ist auf ihr problematisches Verhältnis zum Weimarer Staat, auf die im Staats- und Verfassungsrecht schon längst betriebene Abkehr vom Parlamentarismus als der typischen »Staatsform der bürgerlich-liberalen Kultur des 19. Jahrhunderts«² hinzuweisen. Eine betonte Kritik »liberaler Staatsfremdheit« oder die Charakterisierung der Weimarer Verfassung als eines grundsätzlich und bedingungslos

¹ Zuletzt die umfassendste Behandlung bei Bernhard vom Brocke: »Wissenschaft und Militarismus«, in: Wilamowitz nach 50 Jahren, Darmstadt 1985, S. 649–719, mit ausführlichen Literaturangaben; ferner Klaus Schwabe: Wissenschaft und Kriegsmoral. Die deutschen Hochschullehrer und die politischen Grundfragen des Ersten Weltkrieges, Göttingen 1969 u. Klaus Böhme (Hrsg.): Aufrufe und Reden deutscher Professoren im Ersten Weltkrieg, Stuttgart 1975 (= Reclams Universal Bibliothek Nr. 9787).

² So Rudolf Smend in seinem 1923 veröffentlichten Aufsatz »Die politische Gewalt im Verfassungsstaat und das Problem der Staatsreform«, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1935, S. 68–88 (85), zuerst in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923, Teil III.

wertneutral und »funktionalistisch gewordenen Legalitätssystem«³ belegen die in Staats- und Verfassungslehre kultivierte Suche nach einem »Wertsystem«, durch das der demokratisch-parlamentarische Gesetzesstaat abgelöst oder aber durch eine jenseits seiner Spielregeln liegende »Legitimität« überhöht werden sollte. Rudolf Smend hat hierfür mit seiner Integrationslehre das markanteste Signal gesetzt. Er erblickte schon 1928 in der Literatur des Faschismus »die große Fundgrube für Untersuchungen in dieser Richtung«⁴.

Für den germanistischen Zweig der Disziplin Rechtsgeschichte schien sich angesichts der Germanomanie führender Nationalsozialisten ein weites Feld aktiver Einflußnahme zu öffnen. Es stellt sich daher die Frage, ob es methodisch zulässig ist, Rechtsgeschichte, Staats- und Verfassungsrecht »dem« Nationalsozialismus gegenüberzustellen und das Untersuchungsziel auf die Frage zu beschränken, wieviele Vertreter dieser Wissenschaften »typisch« nationalsozialistisch hervorgetreten sind oder ob nicht vielmehr überwiegend ein eingefahrener Wissenschaftsbetrieb aufrechterhalten worden ist. Zu solchen Erkenntnissen sind bisherige Untersuchungen in der Tat gekommen. Erwa Dieter Schwab mit seinem Beitrag »Zum Selbstverständnis der historischen Rechtswissenschaft im Dritten Reich«⁵. Schwab kommt nach Durchsicht der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, zu dem Ergebnis, die Rechtsgeschichte habe, »wo sie nicht in mehr oder minder vagen Programmatiken den deutschen Geist beschwor«, ihre Rationalität bewahrt.⁶ Ähnlich hat Theodor Schieder für die historische Wissenschaft insgesamt anhand der Historischen Zeitschrift festgestellt, daß in diesem repräsentativsten Organ der deutschen Geschichtswissenschaft »die Untersuchungen, die auch heute noch der wissenschaftlichen Kritik standhalten, überwogen«⁷.

Das Verhältnis von Wissenschaft und Nationalsozialismus ist offensichtlich aber so gelagert, daß ihm mit quantitativen Analysen dieser Art nicht beizukommen ist. Im Kaiserreich, in der Weimarer Republik und in der NS-Zeit ist die Stellung der Wissenschaft auch Ausdruck bildungsbürgerlicher Befindlichkeit gewesen, die sehr deutlich in den Kontroversen gegen »Außenseiter« faßbar ist. Daher ist die Stellung der Wissenschaften im NS-Staat ein »Ganzheitsphänomen«, das durch die Addition oder Subtraktion individueller Verhaltensweisen nicht zureichend definiert werden kann.

Die Validität dieser methodischen Voraussetzung ist für die staats- und verfassungsrechtlichen und -geschichtlichen Disziplinen in der kritischen Literatur deutlicher sichtbar gemacht worden als für die Rechtsgeschichte.⁸

Ein oberflächlicher Befund wäre in der Tat dahingehend zu formulieren, daß sich in dem wichtigsten Organ der Disziplin Rechtsgeschichte, der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, und zwar sowohl in ihrer germanistischen wie romanistischen Abteilung, keine bahnbrechende Umorientierung nach 1933 nachweisen läßt. Eine nähere Prüfung zeigt allerdings, daß die Schriftleitung durchaus dem Zeitgeist huldigte. Wie die Historische Zeitschrift seit 1936 ihre Rubrik

3 Carl Schmitt in seinem Aufsatz (1923) »Legalität und Legitimität«, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1934, Berlin 1958, S. 263–350 (u. a. 301).

4 R. Smend, »Verfassung und Verfassungsrecht«, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, S. 119–276 (143), zuerst München 1928.

5 In: KJ 2/1969, S. 58–70.

6 Ebd., S. 69.

7 Theodor Schieder: Die deutsche Geschichtswissenschaft im Spiegel der Historischen Zeitschrift, in: HZ (189), 1959, S. 1–104 (70); ähnlich Hans Rothfels: Die Geschichtswissenschaft in den dreißiger Jahren, in: Geistesleben und Nationalsozialismus, hrsg. v. Andreas Flitner, Tübingen 1965, S. 90–107 (103).

8 Zu erwähnen ist insbesondere die Zeitschrift »Kritische Justiz«, die sich seit Ende der 60er Jahre die Aufgabe gestellt hat, die Rolle von Rechtswissenschaft und Justiz in der NS-Zeit aufzuarbeiten.

»Beiträge zur Geschichte der Judenfrage« vorsah, so publizierte die Zeitschrift für Rechtsgeschichte einschlägige Arbeiten.⁹ Einzelne Autoren versäumten nicht, bei der Behandlung verschiedener Themen zeitgemäße Ausführungen über Judenfragen zu machen.¹⁰ Sind dies lediglich beschämende Zeugnisse der Konformität wie Schieder im Falle der HZ konstatiert hat – und damit im Grunde Ausnahmen, oder ist mit der Kategorie der Zeitgemäßheit eine allgemeiner verbreitete Einstellung zu fassen?

Bei dieser Frage könnte der Einwand der »Außensteuerung«¹¹ kommen. In der Tat ist ja vom Erziehungsministerium, von Rosenberg, der SS und von Walter Frank versucht worden, die Rechtsgeschichte und die Mediävistik organisatorisch einzufangen und mit geeigneter Personalpolitik politisch auszurichten.¹² Aber das Hin und Her um das an die Stelle der Zentralkommission der Monumenta Germaniae Historica tretende »Reichsinstitut für ältere deutsche Geschichtskunde« (1. April 1935) ließ es gar nicht zu einem gezielten Einfluß auf rechtshistorische Arbeiten kommen. Parteileute oder jedenfalls NS-Exponenten stritten gegeneinander, Frank gegen Eckardt und bald auch Frank gegen Wilhelm Grau, Leiter der Abteilung für Judenfragen in Franks Reichsinstitut. Franks Konzentrationsbestrebungen stellte sich nicht nur der um Selbständigkeit bemühte Grau entgegen, sondern es wanderte mit dem Placet von Partei und Ministerium auch das Reichsinstitut für ältere deutsche Geschichtskunde nach der Ernennung Edmund Stengels (9. November 1937) aus seinem Einflußbereich hinaus. Zupackende Zielstrebigkeit einer einheitlich geleiteten Wissenschaftspolitik ist in den Kompetenzstreitigkeiten und persönlichen Rivalitäten nicht auszumachen. Der Sicherheitsdienst der SS stellte zur Lage fest: »Auf dem Gebiet der mittelalterlichen Geschichte fehlt es an einem geschlossenen Einsatz junger Kräfte, die die großen, weltanschaulich wie politisch bedeutsamen Probleme des Frühmittelalters und Spätmittelalters wissenschaftlich einwandfrei bearbeiten könnten.«¹³ In der Sicht der SS gehörten zu diesen »weltanschaulich und politisch bedeutsamen Problemen« die Sichtbarmachung der »germanischen Erbströme« in den mittelalterlichen Quellen¹⁴, ein Vorhaben, das auch der »Forschungs- und Lehrgemeinschaft »Das Ahnenerbe e. V.« zur Stellungnahme unterbreitet worden ist. Diese Einrichtung der SS, dem Persönlichen Stab RFSS unterstellt, hatte sich laut Satzung mit »Raum, Geist, Tat und Erbe des nordrassischen Indogermanentums« zu befassen. Seine Gründung hing mit Himmlers Mißtrauen gegen die »offizielle Wissenschaft« zusammen¹⁵, war zugleich auch ein Konkurrenzinstitut gegen Rosenberg, der mit Hitler-Erlaß vom 24. Januar 1934 zum »Beauftragten des Führers für die Überwachung der gesamten geistigen und weltanschaulichen Schulung und Erziehung der NSDAP« ernannt worden war und sogleich ein mit diesen Aufgaben betrautes Amt in der Reichsleitung der NSDAP aufbaute.

9 George A. Löning: Juden im mittelalterlichen Bremen und Oldenburg, in: ZRG, Germ. Abt., Bd. 58, 1938, S. 257–274.

10 Z. B. Karl G. Hugelmann: Die Rechtsstellung der Wenden im deutschen Mittelalter, in: ZRG (58), 1938, S. 214–256 (254): »Einmal springt in die Augen, daß die Regelung bezüglich dieser artverwandten Volksgruppe eine völlig andere war als die bezüglich der artfremden Juden.«

11 So Schieder, a. a. O., S. 70.

12 Dazu ausführlich Helmut Heiber: Walter Frank und sein Reichsinstitut für Geschichte des neuen Deutschlands, Stuttgart 1966, S. 861 ff.

13 Heinz Boberach (Hrsg.): Meldungen aus dem Reich. Die geheimen Lageberichte des Sicherheitsdienstes der SS, 1938–1945, Bd. 2, 1938/39, Jahresbericht des Sicherheitshauptamtes 1938, Herrschung 1984, S. 87.

14 So formuliert in einer vom »Persönlichen Stab Reichsführer SS« verfaßten Schrift aus dem Jahre 1937: Plan zur »Erschließung des germanischen Erbes«, o. J., BA NS 19/320.

15 Satzung der Forschungs- und Lehrgemeinschaft »Das Ahnenerbe e. V.« vom 1. Januar 1939, IMT Dok. PS-448. Näher dazu: Josef Ackermann: Heinrich Himmler als Ideologe, Göttingen 1970, S. 44 ff. und Michael Kater: Das »Ahnenerbe« der SS 1935–1945. Ein Beitrag zur Kulturpolitik des Dritten Reiches, Stuttgart 1974.

Himmler richtete weitere Institutionen für ideologiesteuerte Forschung ein, etwa das »Deutschrechtliche Institut der Universität Bonn«. Obwohl Rosenberg und die SS einen antichristlich inspirierten Germanenkult beförderten¹⁶, spitzte sich die Konkurrenz zu, wie die Auseinandersetzungen um das geplante »Reichsinstitut für deutsche Vorgeschichte« zeigen¹⁷. Die Universitätswissenschaft und anerkannte Institute erhielten in diesem Zusammenhang ein Lehrstück gezielter politischer Einflußnahme. Rosenberg hatte schon im Juni 1934 ein »Amt Vorgeschichte« in seiner Dienststelle etabliert und damit ein Instrument geschaffen, das auch für andere Disziplinen Modellcharakter hätte bekommen können. Mediävistik und deutsche Rechtsgeschichte konnten sich hier durchaus als programmatisch interessant betrachten.

Das Gesamtbild der seit 1933 in Bewegung geratenden Organisationsstrukturen der historischen und juristischen Disziplinen ist nicht zu erfassen ohne die Einbeziehung der Universitäten. Aber gerade hier klafft eine Lücke. Gründliche Untersuchungen wie die von Uwe Dietrich Adam vorgelegte Arbeit über die Situation an der Universität Tübingen fehlen weitgehend¹⁸. Aber nur mit einer detaillierten Gesamtübersicht über alle Universitäten wären zuverlässige Aussagen über Tendenzen innerhalb der Disziplinen möglich, die über die bisherigen Ergebnisse hinausführen könnten. Es fehlt überdies an einer gründlichen Untersuchung über die Akademie für Deutsches Recht. Diese im Juni 1933 errichtete Akademie wurde im Juli 1934 zur öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Reiches deklariert. Ihr Präsident, Reichsjustizkommissar Hans Frank, wurde Reichsminister. Sein Ziel war, die Akademie zur wissenschaftlichen Zentrale aller juristischen Disziplinen auszubauen. In unserem Rahmen interessiert vor allem die Abteilung für Rechtsforschung. Ihren drei Klassen wurden folgende Aufgaben zugewiesen:¹⁹

Klasse I: Geschichte und Grundfragen des Rechts, Klasse II: Recht von Volk und Reich, Klasse III: Volksgenössisches Rechtsleben.

Mit diesem Instrument suchte Frank auch auf die Disziplin Rechtsgeschichte maßgebenden Einfluß auszuüben. Gegenüber einer solchen Zentralinstanz stand der einzelne Universitätslehrer im Grunde isoliert und aussichtslos da, wenn er nicht mitmachen wollte. Wenn auch Programm und Wirklichkeit nicht identisch waren, so konnte der Einzelne aus den bei der konstituierenden Sitzung der Abteilung für Rechtsforschung formulierten Richtlinien ersehen, was künftig erwartet wurde, hieß es hier doch:

»Da das Fundament unseres Reiches in dem unzerstörbaren Urgrund der von der Schöpfung dem deutschen Volk mitgegebenen Werte liegt, ist die deutsche Rechtswissenschaft dem deutschen Volk, dem Deutschen Reich und der nationalsozialistischen Bewegung gegenüber verpflichtet, das deutsche Rechtsleben allein nach den Gesetzen unseres deutschen Wesens aufzubauen und sich freizumachen von Gewohnheiten, Methoden und Systemen, die nicht der deutschen Lebens- und Volksordnung entsprechen.«²⁰

Für Staats- und Verfassungsrecht und für die Rechtsgeschichte konnten hieraus eindeutige Folgerungen gezogen werden. Frank selbst tat dies für die Rechtsge-

16 Vgl. Raimund Baumgärtner: *Weltanschauungskampf im Dritten Reich*, Mainz 1977, sowie die schon unübersehbare Literatur zum Kirchenkampf.

17 Im einzelnen dazu Reinhard Bollmus: *Das Amt Rosenberg und seine Gegner. Zum Machtkampf im nationalsozialistischen Herrschaftssystem*, Stuttgart 1970, S. 162 ff.

18 Uwe Dietrich Adam: *Hochschule und Nationalsozialismus. Die Universität Tübingen im Dritten Reich*, Tübingen 1977.

19 Verwaltungsanordnung der Akademie für Deutsches Recht vom 1. April 1937, in: ZAKDR, 4, 1937, S. 405. Zum Obmann und Sekretär wurden bestellt: Klasse I: Prof. Heymann und Felgentraeger; Klasse II: Prof. Frhr. v. Freytag-Loringhoven und Weber; Klasse III: Prof. Hedemann und Lange.

20 Ebd., S. 406 f.

schichte mit der Feststellung, seit dem Mittelalter sei das niederdrückende Ergebnis einer weitgehenden Entfremdung der Rechtswissenschaft vom Volk festzustellen, und zwar aufgrund der Rezeption des Corpus Juris im Mittelalter und der Aufnahme westeuropäisch-liberaler Ideen zu Beginn des 19. Jahrhunderts.

Für die germanistische und romanistische Disziplin der Rechtsgeschichte schienen hiermit und aufgrund vieler anderer paralleler kritischer Stimmen ganz unterschiedliche Voraussetzungen für die künftige Forschung und Lehre festgeschrieben worden zu sein. Dennoch kann nicht festgestellt werden, daß das NS-Organisationsgeflecht den Freiraum für die Forschung völlig eingeengt hätte. Die Reaktionen der einzelnen Wissenschaftler auf diesen Anspruch der »Rechtsführung« müssen aber unter dem Aspekt gesehen werden, daß insbesondere in den ersten Jahren der NS-Herrschaft die Erwartung eines zunehmenden politischen Drucks und der zielbewußten Durchsetzung des völkischen »Wissenschafts«-Programms nahelag. Man wird deshalb nur mit großer Vorsicht konforme Bekundungen und Arbeitshypothesen ebenso wie wissenschaftliche Beiträge als Versuche werten dürfen, Freiräume zu erhalten. Gerade in den ersten Jahren konnte jede Bestätigung des Kurses und jede Akklamation eher hemmen als absichern.

Die romanistische Disziplin fühlte sich besonders aufgerufen zum Nachweis des völkischen Wertes römischen Rechtsdenkens. An diesem Beispiel erweist sich die Doppelbödigkeit auch einer »um des Fachs willen« erfolgenden Anpassung der Wissenschaft an Ideologie. Für ein solches politisches Anliegen eignete sich die Zeitschrift für Rechtsgeschichte wenig. Die Vertreter der romanistischen Disziplin trugen ihr Anliegen daher in der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht vor, womit sie von vornherein einen eindeutigen Akzent setzten. Bis mindestens 1939 zog sich diese Bemühung hin. Sie läßt sich gut an den Beiträgen Franz Wieackers nachvollziehen, der vor allem durch sein Werk »Privatrechtsgeschichte der Neuzeit« bekanntgeworden ist²¹. Der schwankende Boden, auf dem die Anpassung und Anbiederung in den dreißiger Jahren betrieben wurde, läßt sich kaum deutlicher klarmachen als durch einen Vergleich der damaligen Programmatik mit dem Vorwort Wieackers von 1952, wo es heißt:

»Ohne die Geschichte der Verwissenschaftlichung des Rechtsbetriebes, wie sie sich in Deutschland unter dem heutigen Stichwort einer Rezeption des römischen Rechts vollzog, kann sich die soziale und politische Funktion des deutschen Berufsrichtertums, ohne die Geschichte des Vernunftrechts und der Pandektenwissenschaft können Grundfragen der gegenwärtigen Rechtskultur wie die Entstehung unseres Privatrechtssystems, fast alle Figuren der allgemeinen Rechtstheorie, z. B. Begriff und Problem der Vertragsfreiheit oder die juristische Eigentumsordnung kaum wirklich verstanden, geschweige denn über die Berechtigung ihrer heutigen Fassung in Gegenwart und Zukunft verständlich geurteilt werden.«

Und gerade diese »Berechtigung« ist in den dreißiger Jahren anpasserisch in Frage gestellt worden. Wieacker nimmt die NS-Kritik der »Überfremdung« auf und stellt in der Zeitschrift »Akademie für Deutsches Recht« fest:²²

»Denn Savignys Rückwendung aus dem Naturrecht zum positiven Bildungsstoff der justinianischen Rechtsbücher, mochte sie noch so sehr aus romanischem Geblüt stammen, sich noch so sehr als lebendige Einsicht in die Zusammenhänge von Volksnatur und Geist verstehen: in der Wirklichkeit des 19. Jahrhunderts hat sie, der bürgerlichen Sozial- und Wirtschaftswelt ihrer Zeit gemäß, bekanntlich etwas anderes bedeutet: die Grundlage einer neuen positiven Rechtswissenschaft, die naturrechtliche Lehre, Gesetzgebung und Praxis zerstörte und im Bürgerlichen Gesetzbuch zuletzt den vollkommensten Ausdruck bürgerlichen Denkens schuf.«

²¹ Erschienen Göttingen 1952, Fritz Pringsheim gewidmet.

²² Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung, in: ZAkDR, 6, 1939, S. 403–406.

Diese Entwicklung, so Wieacker, sei ein Verhängnis gewesen. Dem Bürger schien nichts richtiger, als gegen bürgerliches Rechtsdenken und römischen Begriffsformalismus zu Felde zu ziehen. Zwar habe sich die Zivilrechtswissenschaft langsam vom »Kryptopositivismus« der römischen Quellen entfernt, ließ aber »die drängenden Fragen des völkischen Rechts« nur »sparsam« ein: »Seit dem Umbruch hat sie vollends eine so schöpferische Revolutionierung erfahren, daß es von ihr aus keine Rückkehr zur universal-allgemeinen Pandektenwissenschaft geben kann.«

Dieser kniefälliger Angriff auf die Begriffsjurisprudenz und auf »falsche Voraussetzungen« der historischen Schule suchte gerade durch die Unterscheidung kritischer Ansätze der Nazi-»Rechtserneuerungsbestrebungen« das Fach römische Rechtsgeschichte interessant zu machen: Denn die »eigentliche Rechtsgeschichte« habe die »scheingeschichtlichen Illusionen« der Historischen Schule rücksichtslos zerstört und die allgemeinen Denkformen der Pandektenlehre »mit völliger Evidenz relativiert«. Eine *jurisprudencia perennis* könne es nicht geben für den, der »das Recht begreift wie wir«. Dieses »wir« aber begriff Recht nach 1933 als völkische Erscheinung. Da schien die klassische römische Jurisprudenz »aus den gegenständlichen Bedingungen ihrer Lebensordnung gewachsen« und deshalb besonders geeignet für den deutschen Rechtsstudenten. Kein anderer als der Führer habe ja der alten Geschichte »diesen unmittelbaren erzieherischen Gegenwartswert beigemessen«. Mithin: eine »rein rechtsgeschichtliche Vorlesung« solcher Observanz suchte die Romanistik als wertvoll und völkisch paradigmatisch im Universitätsbetrieb durchzusetzen. Ähnlich hat Hans Kreller argumentiert²³, wenn er das BGB als Schlußstein eines Bauwerks bezeichnet, das »die gemeinrechtliche Wissenschaft aus fremdem und heimischem Material auf deutschem Boden aufgerichtet hat.«

Die romanistische Wissenschaft fühlte sich schon vom NS-Parteiprogramm her beunruhigt, wo es bekanntlich hieß: »Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht«. Ihre elastische Reaktion hierauf bestand in der Preisgabe der Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts und in der historischen Rückwendung zur klassischen römischen Jurisprudenz. Kreller nuancierte stärker als Wieacker. Zwar empfahl er, das römische Recht »im Geiste volksbewußter deutscher Wissenschaft« zu bearbeiten, aber er warnte auch vor einer Isolierung der deutschen Rechtswissenschaft. Romanisten suchten überdies die von der Germanistik so stark herausgestellten genossenschaftlichen und gemeinschaftsethischen Züge des Rechts herauszukehren im eifrigen Bemühen, keine Angriffsflächen zu bieten. So hat Gerhard Dulceit versucht zu beweisen, daß die »Wurzeln des überwundenen Dogmas von der Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht« »in der überlieferten Form« (*Ulpian, Dig. 1, 1, 1, 2*) nicht römisch sein können²⁴.

Die Disziplin »flüchtet« in klassische Zeitalter, entdeckt dort die völkischen und gemeinschaftsbezogenen Quellen römischen Rechtsdenkens und damit die bequemen Parallelen, sie entwickelte eine armselige Berührungsangst mit allem, was auch nur entfernt nach individualistischer Tradition und nach Begriffsjurisprudenz schmecken konnte. Franz Wieacker hat das Programm der Romanistik 1935 auf die Formel gebracht²⁵: »Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland stellt die deutsche Rechtserneuerung vor eine ihrer größten Aufgaben: diese Begriffssprache abzusetzen und dennoch ohne die bequeme Kurzschrift dieser Begriffssigel allge-

²³ Hans Kreller: Die Bedeutung des römischen Rechts im neuen deutschen Hochschulunterricht, in: ZAKDR, 3, 1936, S. 409–411.

²⁴ Öffentliches und Privatrecht im römischen Recht, 2, 1935, S. 277–280.

²⁵ Franz Wieacker: Religion und Recht im römischen Stadtstaat, in: ZAKDR, 2, 1935, S. 277.

meine und leitende Grundsätze für eine gerechte Gestaltung der deutschen Volksordnung bei privatrechtlichen Konfliktsfällen zu finden.«

Programmierten nicht namhafte Vertreter in Überschätzung der Kapazität des Nationalsozialismus zur »Rechtserneuerung« den Abschied vom Begriffssystem des BGB, um sich als Rechtshistoriker »Freiräume« zu erhalten? Ein »Krisenbewußtsein« im Hinblick auf das römische Recht ist in einer Reihe von Beiträgen faßbar: bei Koschaker²⁶, Genzmer, Kreller, Schönbauer²⁷ und anderen. Dieses jetzt artikulierte Bewußtsein ist nicht gleichgestimmt mit der älteren Kritik am Einfluß des Rechtspositivismus auf das Bürgerliche Gesetzbuch – und auch nicht mit der nach 1945 formulierten. Aber was noch bezeichnender ist, ist das Phänomen, daß auch nach 1933 einzelne Romanisten eine von der angepaßten Meinung abweichende, selbständige Interpretation der Krise vertraten und dementsprechend unterschiedliche Reformvorschläge unterbreiteten. Hier ist in erster Linie Paul Koschaker zu nennen, der mit seiner Monographie »Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft« den ersten Band einer neuen Schriftenreihe der Akademie für Deutsches Recht – Gruppe Römisches Recht und fremde Rechte – lieferte. An so prominenter Stelle erwartete wohl mancher eine nachhaltige Philippika gegen die Rezeption, Pandektenwissenschaft und Überfremdung des deutschen Rechts, zumal Koschaker sich am Ende der Schrift zur Frage »nationales und römisches Recht« äußerte. Wer eine damals gängige Meinung zu finden hoffte, wurde indes enttäuscht. Und so war es ein Mißgriff, wenn »völkisch« argumentierende Kollegen wie Wieacker sich auf Koschaker beriefen²⁸, denn sein Anliegen war, daß wieder römisches Recht gelernt wurde, daß man die einseitige Historisierung der romanistischen Rechtswissenschaft aufgebe, und dem ganzen heillosen Eifer vieler Kollegen, vor allem aber den germanistischen Rechtshistorikern rief er zu:

»Nicht deshalb trete ich für das römische Recht ein, weil es ein merkwürdiges und interessantes Recht der Vergangenheit ist, sondern ich verteidige es, weil es im Laufe seiner Geschichte von 2½ Jahrtausenden ein wichtiger Faktor der europäischen Kultur geworden ist und heute noch ist ...«²⁹

Die Spannungen zwischen römischem und deutschem Recht mußten ausgeglichen werden »aus dem einfachen Grunde, weil der Deutsche es nicht als Widerspruch empfindet, national zu denken, zu fühlen und zu handeln und dabei doch ein Europäer zu sein«.

Diese Schrift Koschakers entlarvte den Eifer vieler Kollegen als unnötige Verbeugung vor einer antizipierten Entwicklung, die sich als Kombination germanistisch-nationalsozialistischer Observanz darstellte. In der Sache ging es vielen vermutlich um das Überleben des Faches und seine Fortexistenz als Universitätsdisziplin. Die Masse der Studenten hatte diese Bemühungen kaum zur Kenntnis genommen, weil sich seit jeher nur eine kleine Minderheit für römisches Recht und romanistische Rechtsgeschichte interessiert hat.

Die Haltung der germanistischen Disziplin der Rechtsgeschichte

Für diesen Wissenschaftszweig schienen sich seit 1933 rosige Zeiten zu eröffnen. In der Tat, wer die programmatischen Bekundungen des »Reichsrechtsführers« auf sich wirken ließ, dem konnte der Gedanke an einen bevorstehenden wissenschaftli-

²⁶ Koschaker: Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft, München 1938.

²⁷ In der Festschrift zum 60. Geburtstag Paul Koschakers, Weimar 1939, S. 485 ff.

²⁸ Wieacker, Die Stellung der römischen Rechtsgeschichte in der heutigen Rechtsausbildung, S. 405 (vgl. Anm. 22).

²⁹ Vorwort, S. III.

chen Umbruch kommen. Auch Phrasen können programmatischen Eifer anzeigen, etwa Hans Franks Ausführungen auf der Schlußkundgebung des Deutschen Juristentages 1936. Hier sprach er von der »umfassenden Bedeutung der revolutionären Neuformung des Gesamtaufbaus einer deutschen Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus« und von der »Befreiung des deutschen Rechtslebens von den letzten Resten einer überwundenen Zeit«. Aber wie das Beispiel der romanistischen Disziplin zeigte, ist das Wissenschaftsverständnis der historischen Disziplinen nicht von NS-Funktionären gemacht worden. Dies gilt genauso für den germanistischen Zweig, dem die Einkleidung seiner Aussagen in zeitgemäße Formeln und die Akklamation leicht fiel, weil sich im »völkischen« Geschichtsverständnis wissenschaftliche und ideologische Inhalte ohnehin überlagerten und häufig »wiedererkannten«. Fachliche und vergrößert ideologisch orientierte Beiträge finden sich in einer Art »Gemengelage«.³⁰ Freilich ist auch festzustellen, daß sich in der Anfangsphase der NS-Herrschaft zahlreiche Funktionäre vor allem in der »Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht« und in »Deutsches Recht« zu Fragen der Rechtsgeschichte zu Wort meldeten.³¹ Auf den Deutschen Juristen-Tagen standen Themen wie »Rechtsprechung und Gemeinschaft«, »Ehre und Gemeinschaft«, »Rasse und Recht«, »Volk, Staat und Recht«,³² im Vordergrund. Die Rechtsgeschichte ist gerade in der Anfangsphase stark im Zusammenhang mit der vielbeschworenen »Rechtserneuerung« gesehen worden. »Reichsrechtsführer« Hans Frank forderte auf dem »Parteitag der Arbeit« 1937 eine »Politische Rechtsgeschichte«³³. Angesichts der in Politik und Wissenschaft bald sichtbaren Auswirkungen der auf dem Gemeinschafts- und Rasseprinzip basierenden »Rechtserneuerung« bedürfen Selbstverständnis und Rolle der Rechtsgeschichte einer nicht nur immanenten Betrachtungsweise. Die Tatsache, daß sie von politischen Erwartungen umstellt war, daß auch Nachbardisziplinen in den juristischen Fakultäten, etwa Staats- und Strafrecht³⁴, sich massiv auf die neuen Bedingungen einstellten, kann nicht nur »entlastend« gewertet werden. Vielmehr bedarf der Gesichtspunkt, daß Rechtshistoriker wissen konnten, welcher Mißbrauch etwa mit dem Gemeinschaftsprinzip und mit der »Ehre« getrieben werden konnte, gründlicher Betrachtung. Daß prominente Juristen sich ostentativ dem NS-System zur Verfügung stellten, unterstreicht nur die Tatsache, daß positiven Äußerungen aus der Wissenschaft eher die

³⁰ Es ist daher der Kritik von Roderich Wahsner an den Darlegungen von Dieter Schwab (vgl. Anm. 5) zuzusprechen. – R. Wahsner: »Die deutsche Rechtsgeschichte und der Faschismus«, in: *Der Unrechts-Staat. Recht und Justiz im Nationalsozialismus*, Frankfurt 1979, S. 95–104.

³¹ Z. B. Oberregierungsrat Rudolf Schraut: »Blutgebundenes Recht«, DR 4, 1934, S. 73 f.; Ministerialdirektor Dr. Nicolai: »Grundsätzliches über den Zusammenhang von Rasse und Recht« DR 4, 1934, S. 74 ff., Gauleiter Staatsrat Grohé: »Rechsempfinden im deutschen Volk«, DR 4, 1934, S. 79 f., Erwin Noack, Gauführer des NS-Juristenbundes: »Eike von Repgow. Der Wälvur deutschen Rechtes«, DR 4, 1934, S. 273 f.; Reinhard Höhn: »Gemeinschaft als Rechtsprinzip« DR 4, 1934, S. 301 f.; Reinhart Maurach: »Anfänge eines völkischen Schutzes im altrussischen Judenstrafrecht«, ZAKDR, 7, 1940, S. 267–269. Hubert Meyer: »Recht und Religion bei den Germanen«. ZAKDR, 2, 1935, S. 8–14, und viele andere.

³² Vgl. die Publikationen zu den Deutschen Juristentagen, veranstaltet als »Reichstagen des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V.« z. B. 1933, 1936 und 1939.

³³ DR 7, 1937, S. 348 ff.

³⁴ Hinzuweisen wäre etwa auf Professor Dahm (Kiel) mit seinem Beitrag auf dem Deutschen Juristentag 1936: Rasseverrat, Volksverrat, Treubruch; Robert Neuling, Wien: Die Gemeinschaft als Subjekt des Rechts, DR, 4, 1934, S. 101 f.; Gilbert: Rechtswidrigkeit und Rechtmäßigkeit im Strafrecht des Neuen Reiches, ebd., S. 275 ff.; Moser v. Filseck: Die Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an das Gesetz, in: *Deutscher Juristentag 1939*, S. 306–317; v. Weber: Vom Sinn der Todesstrafe, in: ZAKDR, 7, 1940, S. 156–158; Erik Wolf: Tatypus und Tätertypus. Zur Frage der Neugliederung der Verbrechenslehre, in: ZAKDR, 3, 1939, S. 358–363; W. Graf Gleispach: Richterliche Rechtsschöpfung oder Nullum crimen sine lege?, in: ZAKDR, 3, 1936, S. 267 ff.; Paul Bockelmann: Zum Begriff Gewaltverbrecher, in ZAKDR, 9, 1942, S. 19 f.; Johannes M. Ritter: Die Ehre des Volkes und seiner Gemeinschaftsformen im Strafrecht, in: ZAKDR, 3, 1936, S. 580–590.

Wirkung einer Stabilisierung des Regimes zukam als einer Gewinnung von Freiräumen. Gerade wo sich – wie Dieter Schwab hervorhebt – der Rechtshistoriker die Rationalität seiner Forschung bewahrte und sie dennoch dem Nationalsozialismus dienstbar machte, war dieser Effekt der primäre.

In diesem Zusammenhang ist auf die »richtungsweisenden« Beiträge prominenter Gelehrter zur künftigen Aufgabe der Rechtswissenschaft hinzuweisen, etwa auf Beiträge der Mitglieder der Akademie für Deutsches Recht wie die von Carl Schmitt: »Unsere geistige Gesamtlage und unsere juristische Aufgabe«³⁵ und von C. A. Emge: »Über die Aufgaben der Rechtswissenschaft im neuen Staat«³⁶. Schmitt, führender Mann in der »Reichsgruppe Hochschullehrer«, mit dem schönen Titel »Reichsgruppenwarter« bedacht, Leiter des Ausschusses für Staats- und Verwaltungsrecht der Akademie für Deutsches Recht, im ersten Rechenschaftsbericht der Akademie als »wissenschaftlicher Führer des neuen öffentlichen Rechts« bezeichnet³⁷, bis zum Umbruch einer der geistigen Väter des Schleicher-Kreises³⁸, konstatierte in diesem lapidaren Artikel »den Zusammenbruch einer künstlichen Welt nicht nur im Rechtsdenken, sondern auf allen Gebieten des Geistes und der Seele«. Der »positiven Totalität der von Adolf Hitler geführten Bewegung« stehe die »negative Totalität eines allgemeinen Zusammenbruchs gegenüber«. Und er hob den Finger: Die Fragmente des Zusammenbruchs des »Überbaues abstrakter Begriffe« würden von vielen als »klassische Vorbilder« den »noch unvollendeten nationalsozialistischen Rechtsformen entgegengehalten«. Eine deutliche Warnung an liberale Juristen, an Freunde des Rechtsstaats bürgerlicher Observanz. Dagegen stellte Schmitt die »Aufgabe, für das aus unserem neuen Leben fließende Wissen eigene Formen und Begriffe zu finden ...« »Wir wollen«, so Schmitt, »nicht normativistische Fassaden, sondern konkrete Ordnungen der Wirklichkeit von Staat, Bewegung, Volk schaffen ... heute ist dank dem unwiderstehlichen Vordringen nationalsozialistischer Gedanken die geistige Initiative auf unserer Seite«.

Eine kritische Untersuchung über die deutsche Geschichtswissenschaft kommt zu dem Ergebnis, die Historiker hätten – wie die deutsche und nicht-deutsche Öffentlichkeit – »nicht begriffen, was der politische Umsturz von 1933 bedeutete«.³⁹ Mit Blick auf die äußersten Konsequenzen gilt dies wohl auch für die Wortführer der Rechtserneuerung und ihre Epigonen seit 1933, aber Juristen, Rechtshistoriker und Historiker konnten sehen, daß eine politische Partei mit radikaler Weltanschauung ansetzte zu einer radikal gemeinten Umorientierung des Staates und seines Rechts ebenso wie zu einem neuen Geschichtsbild. Niemand konnte im Zweifel darüber sein, daß Walter Franks »Reichsinstitut für Geschichte des neuen Deutschlands« und Hans Franks »Akademie für Deutsches Recht« sich eben diesen Zielen verschrieben hatten. Eine neue »Wissenschaftsideologie« war unterwegs⁴⁰.

Die germanistische Rechtshistorie sah sich von Anfang an in diesen Neuanfang aus »unserem völkisch-politischen Lebensganzen« eingebunden. Eines der Symptome

³⁵ ZAkDR, 1, 1934, S. 11 f.

³⁶ Deutscher Juristentag, 1936, S. 368–379.

³⁷ BA, R 61/5, fol. 1, S. 7.

³⁸ Vgl. Günter Maschke: Im Irrgarten Carl Schmitts, in: Intellektuelle im Bann des Nationalsozialismus, hrsg. v. K. Corino, Hamburg 1980, S. 204–241 (205).

³⁹ Georg G. Iggers: Deutsche Geschichtswissenschaft, München 1971, S. 324 (dtv).

⁴⁰ Nachhaltig vertreten etwa von Ernst Krieck, einem Heidelberg Pädagogen, der Hitlers Zustimmung zu haben glaubte und sowohl Kontakte zu Hans Frank und Walter Frank pflegte. S. z. B. seine Beiträge »Germanische Grundzüge im Deutschen Geschichtsbild«, in: HZ (159) 1939, S. 524–537, und »Das Ende einer Wissenschaftsideologie«, in: DR, 4, 1934, S. 297–300. Zu Kriecks Position in der sog. Wissenschaftsreform vor allem G. Mittler: Ernst Krieck und die nationalsozialistische Wissenschaftsreform, Frankfurt a. M., 1978.

hierfür waren erkennbar die erwähnten »wissenschaftlichen« Bemühungen zahlreicher Funktionäre um die germanischen und gemeinschaftsideologischen Elemente des neuen Geschichtsbildes. Für das Ansehen und die Substanz des Faches ausschlaggebend waren jedoch die Arbeiten der anerkannten Rechtshistoriker, also von Fachleuten wie Claudius Freiherr von Schwerin, Otto Brunner, Heinrich Mitteis, Otto Stolz und anderen. Als Verfasser der hauptsächlich von Studenten benutzten »Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte« (1934) kam Schwerin eine besondere Bedeutung zu. Sein Lehrbuch ist das klassische Zeugnis für die Verbindung der wissenschaftlichen und germanisch-nationalen Tendenzen mit dem »nationalen Aufbruch« 1933. Charakteristisch ist aber auch die Bereitwilligkeit, Hitlers Herrschaft als epochales Ereignis für die Periodisierung der deutschen Geschichte »sowohl unter dem Gesichtspunkt des nationalen Charakters des Rechts als unter dem der Staatsform« zu akzeptieren. Diese Rechtsgeschichte ging aus von einem sprachgeschichtlichen Ansatz und einem »umfassenden« Begriff der Germanen und verfolgte die germanisch-deutschrechtlichen Einflüsse durch die Geschichte. Die Rechtswissenschaft der Neuzeit war für sie »keine deutsche« Rechtswissenschaft und das Bürgerliche Gesetzbuch »weder aus deutschem Geist geschaffen noch mit den Mitteln deutscher Rechtssprache geformt«⁴¹. Die verfassungsgeschichtliche Sehweise aus germanistischer Perspektive hätte konsequenterweise zur Ablehnung von Totalitarismus und Führerherrlichkeit führen müssen, aber hier nahm die Disziplin teil an den politischen Maßstäben der von der Bismarckära geprägten Generationen. Die Weimarer Verfassung erschien »in ihren einzelnen Ideen weithin von älteren und ausländischen Vorbildern abhängig«, was man übersehen hätte, sei, »daß staatspolitische Theorien durch gesetzliche Formulierung nicht zu Lebensregeln werden«⁴². Die »Idee der Volksgemeinschaft«, »in der Vereinigung des nationalen mit dem sozialen Gedanken aus echt germanischen Empfindungen geboren«, hat über die nationale Erhebung zu einem »Wendepunkt« geführt. Von hier aus kann sie nur »im Geiste des Unitarismus unter möglichster Wahrung der ... historisch bedingten Eigenart der Länder weitergeführt werden«⁴³. In gewisser Hinsicht wird die Rechtsgeschichte nunmehr zur Vorgeschichte der Verfassungsentwicklung im Führerstaat. Schwerin übernimmt die Interpretation Carl Schmitts mit der Feststellung, »die ungermanische Zweiheit und Gegensätzlichkeit von Staat und Einzelnen« sei durch eine »Dreigliederung von Staat, Bewegung und Volk« überwunden.

Versuche, die Anpassungsbereitschaft nach 1933 kritisch zu erfassen, arbeiten mit der Hypothese, daß zwischen Apologetik, bloßen Lippendiensten, zwischen sachlicher Konstatierung und Versuchen, von abweichenden Konzepten abzulenken, unterschieden werden müsse⁴⁴, vielleicht sind auch Versuche, den Nationalsozialismus in gemäßigte Richtungen zu lenken, gemeint. Hinzufügen ließe sich die Kombination von Wunschdenken, Anbiederung und Mißverständnis. Schwerin scheint sich in einer derartigen Motivationslage befunden zu haben, wenn er formuliert, der Überwindung der ungermanischen Zweiheit von Individuum und Staat entspreche »die Aufnahme des germanischen, auf Treue und Gefolgschaft beruhenden Führergedankens als Grundprinzip des nationalsozialistischen Staatsaufbaus, im Gegensatz zu Kommandieren und Herrschen«⁴⁵.

Es kam zu einer eigentümlichen Verschränkung der Disziplinen Rechtsgeschichte

41 Schwerin, Grundzüge, S. 250.

42 Ebd., S. 310.

43 Ebd., S. 312.

44 Etwa G. Maschke, Irrgarten, S. 205 (vgl. Anm. 38).

45 Schwerin, 312.

und Verfassungsrecht, wenn die Rechtsgeschichte sich bemühte zu zeigen, daß die germanischen Traditionen im NS-Führerstaat Auferstehung und Vollendung gefunden hatten und die Verfassungsrechtswissenschaft sich ihre historische Verlängerung schuf, um die verderblichen Wirkungen undeutschen formalistischen, liberalen und bürgerlichen Denkens herauszuarbeiten. Die Rechtsgeschichte politisierte sich wie nie zuvor, und man kann Roderich Wahsner in seiner Feststellung⁴⁶ folgen, es sei ihre »objektive Funktion« gewesen, den Nationalsozialismus als Wiedergeburt des deutsch-germanischen Geistes auf dem Gebiet des Rechts zu feiern. Die objektive Bedeutung und Wirkung wissenschaftlicher Aussagen ist nicht identisch mit den Motivlagen ihrer Urheber – und die politische Realität sah schon 1934 wesentlich anders aus als das Wunschgemälde des Professors: In keinem Land ist wohl damals so nachhaltig kommandiert und geherrscht worden wie in Deutschland.

Heinrich Mitteis' »Motive« waren bei weitem subtiler als die Schwerins. In der Herausstellung der germanischen Volksgemeinschaft⁴⁷, im Hinweis auf die den Staat tragenden persönlichen Beziehungen »zwischen Führern und Geführten« oder in der Feststellung: »Wir aber haben den Staat des Mittelalters als echten Staat erkannt, in dem der Herrscher als Führer des ihm durch Treubande verbundenen Volkes die Staatsgewalt im wahren Sinn des Wortes wahrte«⁴⁸, liegt dicht neben dem wissenschaftlichen Kern der Aussage, nämlich dieses germanische Herrschaftssystem als »echten Staat« zu interpretieren, ein so eindeutig »zeitgemäßer« Wortgebrauch, daß die Frage sekundär wird, ob das Herauslesbare auch so gemeint war. Die Kategorie der »Rationalität der Forschung«, die Schwab gegen die Bemühung um historische Ideologieverzerung stellt, erweist sich zur Beschreibung gerade der seriös gebliebenen Historiographie als unbrauchbar. Entscheidend waren im Verhältnis Forschung – Nationalsozialismus auch die Formulierung und Tönung von Ergebnissen. »Rational« gewonnene Erkenntnisse lassen sich aber leicht in »passende«, »richtig« einzuordnende Formen einbringen. Dies ist sehr häufig geschehen, teils aus ideologischer Bereitschaft, teils wegen der NS-Okkupation zahlreicher zentraler Begriffe der Germanistik, man denke an Treue, Ehre, Gefolgschaft, Gemeinschaft. Mit Ausuferungen ihrer »Germanologie« berührte sich die Germanistik überdies mit der Rasseideologie des Nationalsozialismus. Man muß hier nicht erst auf die Pseudohistoriker Helmut Nicolai und Rudolf Schraut verweisen, die sich ein »Recht« ohne direkten Zusammenhang mit »Rasse« offenbar gar nicht vorstellen konnten. Schraut, wichtiger Funktionär der Deutschen Juristentage und in der Akademie für Deutsches Recht, erklärte auf dem Juristentag 1933 in einem Beitrag »Volk, Staat und Recht«, es gelte »die alten deutschen Rechtsideen wieder zu erwecken, so daß das Gesetz das Spiegelbild der blutsmäßig bedingten Vorstellung von Anspruch und Pflicht ist«⁴⁹. Nicolai, Verfasser der schon 1932 erschienenen Arbeit »Die rassengeschichtliche Rechtslehre«, die 1933 in verschiedenen juristischen Zeitschriften positive Besprechungen erfuhr⁵⁰, erklärte, die »rassengesetzliche Rechtslehre« sei nach der »legalen Eroberung« der deutschen Staatsgewalt 1933 »sozusagen die Rechtslehre Deutschlands geworden«. Nicolai stand wie Schraut Rosenberg sehr nahe. Für seine »Theorie« berief er sich auf die vom Rassedenkmal her fehlinterpretierte

46 Rechtsgeschichte und Faschismus, S. 98 (vgl. Anm. 30).

47 Vgl. etwa: Der Staat des hohen Mittelalters, Weimar, 2. Aufl. 1944, S. 6.

48 Ebd., S. 492.

49 In: Deutscher Juristentag, Berlin 1933, S. 149.

50 Z. B. von Prof. Sauer im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie und im Reichs- und preußischen Verwaltungsblatt. Die 3. Auflage erschien 1934 im Eher Verlag als Heft 39 der Nationalsozialistischen Bibliothek. N. brachte es zum Ministerialdirektor im Reichsinnenministerium.

historische Rechtsschule. Empirismus und Positivismus waren für ihn wie für andere Juristen Erzeugnisse des »jüdischen Geistes«⁵¹. Sein auf Günthers Rasselehre gestützter Beitrag auf dem Juristentag 1933 »Rasse und Recht« stellte die Rechtsgeschichte völlig in den Zusammenhang der Rassenentwicklung: Rassenschutz war danach die zentrale Einrichtung bei den »Ariern«. So vermochten sie dem »verheerenden Giftrauch der Zersetzung zu widerstehen«.⁵² In solchen »Theorien« einflussreicher Juristen haben wir es mit Extrempositionen zu tun. Aber auch Ordinarien betrieben angepaßte »Germanologie«, wie etwa Herbert Meyer (Göttingen) mit seiner an Otto Höflers »Kultische Geheimbünde der Germanen« (1934) angelehnten Erkenntnis der »Doppelnatur des Germanen«: »Zeigen uns doch Gestalten wie Arminius und Bismarck, wie unendlich weit sich da in einem einzelnen Menschen der Rahmen spannt. Hingebende Treue dem Führer, dem Volk, den Seinen gegenüber und dämonische Arglist gegen den Feind! Die Germanen haben diese vielleicht mit von den Römern gelernt, aber sie waren ihren Feinden, wenn es darauf ankam, auch hierin überlegen«⁵³.

Die Tatsache, daß relevante Forschungsprobleme, die die germanistische Rechtswissenschaft auch ohne jede Rücksicht auf den Nationalsozialismus auszutragen gehabt hätte, in den Sog des ideologischen Klimas nach 1933 gerieten, beleuchtet den Zustand im Kernbereich der Disziplin. Dies läßt sich an der Rezeption der in wissenschaftliches Neuland vorstoßenden Arbeit Otto Brunners »Land und Herrschaft«, 1939 erschienen und 1943 bereits in 3. Auflage vorliegend, erkennen. Dieses bedeutende Werk, das so entschieden gegen die Übertragung moderner Staats- und Verfassungsbegriffe auf die Realität mittelalterlicher Herrschaftsstrukturen argumentierte, war zwar selbst nicht frei von Konzessionen, vor allem da, wo es eine »Geschichte der Volksordnung« oder eine »politische Volksgeschichte« als Zukunftsaufgabe anvisiert⁵⁴ oder darauf hinweist, daß die politischen Grundbegriffe des Dritten Reiches, »Führung und Volksgemeinschaft« nur »aus germanischen Grundlagen« zu verstehen seien⁵⁵. Brunner spielte selbst auf den Zusammenhang von Verfassungsgeschichte des Mittelalters und NS-Volksgemeinschaft an und setzte sich doch gleichzeitig mit Vertretern moderner Verfassungslehren auseinander. Der Zusammenhang von mittelalterlicher Rechtsgeschichte und modernen Auffassungen von Staat und Verfassung kulminiert auch nach Brunner letztlich im Begriff des Politischen. Hier aber setzt er sich eindeutig von Carl Schmitts Definition⁵⁶ ab, die das Wesen des Politischen durch das Freund-Feindverhältnis bestimmt sah, wobei der eigentliche Bestimmungsfaktor im Feindbegriff gesehen wurde, während Brunner das Politische dann als allgemeines Ordnungsprinzip auffaßt, wenn es einen positiven Gehalt habe, nämlich das Freundverhältnis. Eine Rechts- und Verfassungsgeschichte, die dieses positive Verhältnis als grundlegende Kategorie der germanischen Frühzeit und des Mittelalters begriff, stellte sich damals gegen eine ganze Schule zeitgemäßer Interpretatoren und zeigt im Einzelfall, welche Schattierungen unter der Oberfläche grundsätzlicher Bejahung des Führerstaats existent waren. Sie sind mit der Kategorie der »Rationalität« gar nicht zureichend erfassbar. »Rational« hat auch Otto Stolz polemisiert, als er Brunner in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte attackierte. Die »völkische Grundlage« schien ihm nicht

51 Näher zu Nicolai: M. Messerschmidt: Revision, Neue Ordnung, Krieg. Akzente der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland 1933–1945, in: Militärgeschichtliche Mitteilungen 1/1971, S. 64 f.

52 Deutscher Juristentag 1933, S. 163.

53 H. Meyer: Recht und Religion bei den Germanen, in: ZAkDR, S. 8–14 (9).

54 Vgl. 3. Aufl., S. 187 f.

55 Ebd., S. 526.

56 In der Schrift »Der Begriff des Politischen«.

genügend herausgearbeitet und die Behandlung der deutschen Territorialstaaten sachlich unrichtig »sowie für das Einleben einer gesunden völkischen Geschichtsauffassung wohl kaum förderlich.«⁵⁷

Heinrich Mitteis wies in seiner einführenden Besprechung⁵⁸ auf eine seit 1940 in der NS-Verfassungsrechtswissenschaft immer zentraler werdende Fragestellung hin, nämlich auf die sogenannte »Reichsproblematik«. Brunner wollte sich offensichtlich diesem seit dem Sieg über Frankreich modisch gewordenen Thema stellen. Hier traf er wiederum auf Carl Schmitt⁵⁹, aber auch auf die Phalanx der SS-Verfassungsjuristen, die hinter der 1941 begründeten Zeitschrift »Reich, Volksordnung, Lebensraum« standen, aber auch auf Ernst Rudolf Huber und jene Staatsrechtslehrer, die sich im Oktober 1940 auf einer Arbeitstagung in Leipzig zu einem Gemeinschaftswerk »Idee und Ordnung des Reiches« zusammenfanden. Huber erläutert im ersten Band dieses Unternehmens den hier kultivierten Reichsbegriff. Diese Vertreter des deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrechts meinten, »wenn sie vom Reiche sprechen, nicht den durch die drei »Elemente« Hoheitsgewalt, Gebiet und Bevölkerung bestimmten alten Begriff des Staates, sondern sie denken dabei an das Gefüge der führenden und bewahrenden Macht, die aus der europäischen Mitte ausstrahlend ihre große Ordnungsaufgabe erfüllt.«⁶⁰

Hier genüge der Hinweis, daß sich Brunner, auf der Linie von Mitteis und A. Schulte⁶¹ bleibend, gegen die Auflösung des Staatsbegriffs wendet und in der 3. Auflage seine Auffassung, das Reich sei am Staat zugrunde gegangen, aufgibt. Angesichts der mit Hitlers Kriegserfolgen aufkommenden Tendenzen in der Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft liegt hierin ein Versuch, eine außenpolitische Instrumentalisierung der Rechts- und Verfassungsgeschichte zu vermeiden und der Mode der Zeit in dieser Hinsicht zu entgehen.

Die Instrumentalisierung der Rechtsgeschichte für erkennbare oder vermutete politische Interessen des NS-Regimes wird hier deutlich. Die Kontroverse um die Bedeutung des Gemeinschafts- und Genossenschaftsgedankens in der deutschen Rechtsgeschichte soll hier nicht mehr behandelt werden. Roderich Wahsner⁶² hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die germanistische Genossenschaftsideologie keine Chance gegen die endgültige Entscheidung des Regimes zugunsten der Beibehaltung kapitalistischer Wirtschaftsstrukturen besaß. Dennoch geriet etwa das Eigentum in eine »widersprüchliche Situation«⁶³. Die Rechtsgeschichte bot für die sich den hieraus resultierenden Problemen widmenden Juristen eine Fundgrube, so daß eine Reihe historisch orientierter Veröffentlichungen auch von den Autoren geliefert wurden, die sich mit Fragen des Staats- und Verfassungsrechts beschäftigten und hier auf dem Gebiet des Privatrechts eine weitere Möglichkeit fanden, dem Nationalsozialismus wissenschaftlich an die Hand zu gehen, etwa Werner Weber, Ernst Rudolf Huber, Theodor Maunz, Ulrich Scheuner⁶⁴, aber auch Erich Jung⁶⁵, Wolfgang Siebert⁶⁶, Franz Wieacker, Hans Kutscher und Herbert Meyer, der eines der in Frage stehenden Probleme unverhüllt ansprach: »Vor allem müssen wir uns

57 ZRG (61) 1941, S. 249.

58 ZRG (64) 1944, S. 410–419.

59 C. Schmitt: Staatliche Souveränität und freies Meer. Das Reich und Europa, 1941, S. 79 ff.

60 E. R. Huber (Hrsg.): Idee und Ordnung des Reiches, Bd. 1, Hamburg 1941, Vorwort.

61 A. Schulte: Der deutsche Staat, Verfassung, Macht und Grenzen, 1933.

62 Vgl. Anm. 30.

63 So A. v. Brünneck: Die Eigentumsordnung im Nationalsozialismus, in: Der Unrechtsstaat II, hrsg. v. Redaktion Kritische Justiz, Frankfurt a. M. 1984, S. 9–30 (9).

64 Nachweise bei v. Brünneck, S. 9 ff.

65 Deutschrechtliches und Römisches Rechtliches zur Reform des Bürgerlichen Rechts, in: ZAkDR, 1, 1934.

66 Gemeinschaft und bürgerliches Recht, in: DR, 4, 1934, S. 303 ff.

klar machen, daß die Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht nicht dauernd fest gezogen sind, sondern wechseln je nach der herrschenden Weltanschauung.⁶⁷ Und daß nunmehr ein Wechsel stattgefunden habe, war der Gedanke, der diese Autoren umtrieb.⁶⁸

An dieser Stelle soll nicht näher auf die Tendenzen in der Verfassungsgeschichte seit 1933 eingegangen werden. Hierüber ist in dieser Zeitschrift wiederholt berichtet worden. Was vor allem auffällt, ist die historisierende Argumentation vieler Staats- und Verfassungsrechtslehrer, die geradezu eine Disziplin regime-ideologischer Verfassungsgeschichte entwickelt haben, das, in sich wenig einheitlich, Raum für zahlreiche Kontroversen ließ. Sowohl die Ergebnisse der Politik Hitlers wie die Tendenzen in verschiedenen Parteizentren schlugen hier durch.

Die schon längst in Gang befindliche wissenschaftliche Unterwanderung der Grundlagen der Weimarer Verfassung fand jetzt konkrete Orientierung. Hitlers Führerstaat, ja Hitler als Führer, erschien nunmehr in verfassungsrechtlicher Sicht als ein Neues, daß die wertvollen geschichtlichen Überlieferungen erst zu voller, sinnvoller Entwicklung emporführte. Es mag genügen, hier auf die wohl wichtigste Arbeit zum Führer-Thema hinzuweisen: Heinrich Triepel hat mit seinem Werk über die Hegemonie (1938) wohl die historisch, soziologisch und juristisch umfassendste Behandlung des Themas Führer und Führung vorgelegt⁶⁹: ein Buch von stupender Wissenschaftlichkeit und zugleich von politischer Anpassung zeugend. Es wirft das Problem der Vermittlung zwischen ernster wissenschaftlicher Bemühung und Ideologie gar nicht erst auf, obwohl es gewiß nicht auf dem Boden der letzteren erwachsen war. Es zeigt sich, daß Theodor Schieders Kategorie einer solchen vermittelnden Literatur gerade auf viele ernstzunehmende Forscher nicht anwendbar ist⁷⁰. Das Buch ist aus wissenschaftlichem und politischem Anliegen heraus eine Apotheose »des Führers«, auf seine »Einmaligkeit und Einzigkeit«. Der Führer ist unabhängig gegenüber der »Rechts- und Ämterordnung«. Ein Führerverhältnis existiert nur einmal: »Es endet mit dem Tod des Führers: nur wenn der Geist des sterbenden Führers in den absoluten Geist eingegangen ist, der Führer zum ewigen Gott geworden ist, überdauert die Gemeinschaft mit ihm die sterbliche Hülle«⁷¹. Zwar gewinnt Triepel seine Kategorien in der Diskussion mit der einschlägigen soziologischen und juristischen Literatur, und er betont auch, daß das Führertum seine volle sittliche Bedeutung erst erreicht durch die Selbstbändigung der Macht einer Person, die sich enthält, »Macht zur Herrschaft werden zu lassen«⁷², aber sein Werk ist ein politisch orientiertes und steht im Zusammenhang mit einer Flut von Veröffentlichungen über den »Führer«. Diese Literatur setzte vor 1933 ein, schwoll dann aber gewaltig an. Insgesamt ist sie als Indikator für ein antidemokratisches und anti-weimarisches Politikverständnis aufzufassen. Triepel bezieht sich nur an wenigen Stellen direkt oder indirekt auf Hitler⁷³, aber im Jahre 1938 war die grundlegende Theorie des Führertums nicht anders als in diesem Bezug zu lesen, zumal ein ganz wesentlicher Hinweis gegeben wird: »So markante Führergestalten wie Cromwell oder Washington, wie Hitler oder Mussolini, sind historische Ausnahmen. Die Mehrzahl der Führer ist mit viel bescheideneren

67 Öffentliches und Privatrecht nach germanischer Anschauung, in: ZAkDR, 2, 1935, S. 49–55.

68 S. auch Reinhard Höhn: Gemeinschaft als Rechtsprinzip, in: DR, 4, 1934, S. 301 ff.

69 H. Triepel: Die Hegemonie. Ein Buch von führenden Staaten, Stuttgart 1938, 2. Aufl. 1943, nach der hier zitiert wird.

70 Th. Schieder, Hundert Jahre Historische Zeitschrift (vgl. Anm. 7), S. 69 f.

71 Triepel, S. 57.

72 Ebd., S. 4.

73 Etwas S. 16, 46.

Kräften ausgestarter.«⁷⁴ Es handelt sich wie bei anderen wichtigen Veröffentlichungen der Zeit nicht um die Beschreibung oder Definition eines »ist«, sondern um theoretisierende Überhöhung mit historisierendem Hintergrund. Das Werk hinterläßt daher den Eindruck, daß es sich bei Hitler um eines der seltenen weltgeschichtlichen Beispiele echten Führertums handelt. Dieser Auffassung war wohl auch die Redaktion der Zeitschrift »Deutsches Recht«, als sie 1934 einen Beitrag ohne Autorenangabe mit dem Titel »Führung als Rechtsprinzip« veröffentlichte (327 ff.), der sich stark an Triepel anlehnte.

»Führer« und »Reich«, zentrale Begriffe in der Disziplin Rechtsgeschichte wie in der Verfassungsgeschichte in der NS-Zeit, gerieten im Kriege stark in den Sog der Militär- und Außenpolitik. Die vielfach behandelte Großraum-Thematik soll hier nicht wiederum dargestellt werden⁷⁵. Von besonderem Belang scheint mir aber zu zeigen, daß von mediävistischer Seite damals fundierte Kritik an der Vergewaltigung der mittelalterlichen Reichsidee seitens der NS-Verfassungstheoretiker geübt worden ist. Gerade diejenigen, die wie Huber und Schmitt den Begriff des Staates für die Reichsideologie zu retten suchten, mußten sich sagen lassen, daß sie historisch gesehen auf dem Holzweg waren.

Das Reich war nicht die große mittelalterliche Führungsmacht. Auch dies hat 1943 gesagt werden können, und zwar von einem Historiker, der sein Buch dem SS-Führer und Botschafter in Rom, Hans Georg von Mackensen, widmete⁷⁶. Gerade mit Blick auf Frankreich, dessen Niederlage 1940 die Reichs- und Großraumideologie besonders inspiriert hat, hieß es bei Friedrich Bock: »Das alte Reich wird bald nach seinem ersten Schwächeanfall unter Heinrich IV. zum Objekt französischer Politik, die versucht, die Führung in Europa an sich zu reißen. Von einer Einordnung dieses Landes in das Imperium ist nach dem Verfall des Karolingerreiches nicht mehr die Rede gewesen.«⁷⁷

Schmitts wissenschaftlich widerlegte Großraum- und Reichsformel trug Züge konservativer Herkunft. Hinter Hitlers Zielvorstellung blieb sie zurück, vielleicht aufgrund fehlender Information. Und Himmlers Idee eines großgermanischen Imperiums, die sich wiederum nicht auf das mittelalterliche »Reich« karolingischer Tradition berief, ging noch weiter über Schmitts Konstruktionen hinaus. Aber deshalb können Schriften wie »Völkerrechtliche Großraumordnung« oder gar »Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff« (1938) nicht als Zeichen einer Distanzsuche zum Regime gewertet werden⁷⁸, wenn auch zutrifft, daß Schmitt sich im Kriege verstärkt außenpolitisch-völkerrechtlichen Fragen zuwandte, übrigens mit erheblichem Epigonenfolge⁷⁹. Zum »Reichsproblem« erschienen zahlreiche weitere Arbeiten. Schmitt selbst erweiterte seine Betrachtung »Völkerrechtliche Großraumordnung« in der 3. Auflage 1941 um das Kapitel »Reich und Raum«. Die Tat des Führers war es nach Schmitt, die seinen Reichsbegriff möglich gemacht habe. Die Großraumordnung könne »planetarisch«, d. h. erdraumhaft sein, »ohne die Staaten zu vernichten«, aber auch »ohne in ein universalistisch-imperialistisches

⁷⁴ S. 16 f.

⁷⁵ Messerschmidt, *Revision*, S. Anm. 51.

⁷⁶ Friedrich Bock: *Reichsidee und Nationalstaaten*, München 1943.

⁷⁷ Ebd., S. 9.

⁷⁸ Wie es bei G. Maschke, *Im Irrgarten* S. 231, angedeutet ist (vgl. Anm. 38). Siehe hierzu auch Messerschmidt, *Revision*, S. 82 f. (Anm. 51). In den Zusammenhang gehört auch Schmitts Schrift: »Das neue Vae neutns«, in: *Völkerbund und Völkerrecht*, 4. Jg., 1937/38, und »Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat«, in: *Völkerbund und Völkerrecht*, 4. Jg., 1937/38, S. 139–145.

⁷⁹ Z. B. Theodor Maunz: *Geltung und Neubildung modernen Völkerrechts*, Freiburg 1. Br. 1939 (= *Freiburger Universitätsreden* H. 31), u. N. Gurke: *Der Begriff des totalen Krieges*, in: *Völkerbund und Völkerrecht*, 4. Jg., 1937/38, S. 207–212.

Weltrecht zu steuern«. Mit Blick auf die deutsche Praxis in Polen und die kommende in Rußland war dies ein an wilhelminische Zeiten erinnerndes Hegemonialprogramm, das sich mit dem Hinweis auf die »Erdräumhaftigkeit« allerdings jede Anpassung an künftige außenpolitische Entwicklungen offenhielt.

Für solche und ähnliche Raum- und Reichsprogramme wurde 1941 die Zeitschrift »Reich, Volksordnung, Lebensraum« gegründet, hinter der als Herausgeber Wilhelm Stuckart, Werner Best, Gerhart Klopfer, der oberste Wehrmachtsjurist Rudolf Lehmann und Reinhard Höhn standen. Die Debatte um Raum und Reich ging hier zwei Jahre lang weiter⁸⁰. 1943 stellte die Zeitschrift ihre Aktivität ein.

Im Jahr 1943 dämmerte den Reichsbegeisterten, daß sie auf Sand gebaut hatten. Auch Carl Schmitt trat einen bemerkenswert ausstaffierten Rückzug an. Mit seinem Aufsatz »Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44)⁸¹, den er an verschiedenen ausländischen Universitäten und erst im Dezember 1944 in Leipzig vorgetragen hat, errichtete er ein Denkmal seiner Flexibilität. Unmerklich wird Abschied genommen von der Leerformel der konkreten Ordnung. Savigny wird zum großen Vorkämpfer der Rechtswissenschaft. Mit Blick auf ihn erwähnt Schmitt noch einmal die konkrete Ordnung des Rechts als geschichtlicher Erscheinung. Vom Existenzkampf der Rechtswissenschaft ist die Rede – der vorher von ihm, wo er sich überhaupt andeutete, mit seinen Formeln zugedeckt worden war. Plötzlich wird auch die Wissenschaft vom römischen Recht zur Trägerin der europäischen Rechtswissenschaft. Nunmehr sucht er noch Koschaker zu übertreffen. All dies ließ sich gut in romanischen Ländern verkaufen, wo der Vortrag 1943 und 1944 gehalten wurde (Bukarest, Madrid und Coimbra). Die Rechtswissenschaft wird »letztes Asyl« – nicht denkbar in seiner konkreten Ordnung vergangener Jahre. Und schließlich kommt die späte Erkenntnis: »Wir können uns die wechselnden Machthaber und Regime nicht aussuchen.« »Wir haben uns also gegen eine subalterne Instrumentalisierung zu wehren.« Eine »Oppositionserklärung«? (G. Maschke), ein weitsichtig inszenierter Rückzug, der vielleicht post festum ein come back ermöglichen konnte? Echte Sorge um die Rechtswissenschaft, um das Recht? – Niemand kann es genau sagen.

Aber auch dieses Ergebnis paßt zum Verhalten der hier behandelten Disziplinen in der NS-Zeit. Die dem Regime gestellte Kapazität interpretatorischer, begründender oder stabilisierender Wissenschaft ließ sich leichter als gedacht zurückrufen.

80 Maunz, Geltung und Neubildung, S. 18 ff. (vgl. Anm. 79). Näher über die Gruppe dieser Staats- und Völkerrechtler bei Paul Kluge: Nationalsozialistische Europaideologie, in: VZG 1955, S. 240–275. Seit 1940 stellte sich nach Kluge das »Reich« vor den Europabegriff. Im Mai 1940 kam die Wochenschrift »Das Reich« heraus. Verfassungstheorie bzw. -spekulation stand in enger Nachbarschaft mit Propaganda.

81 In: Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 386–426.