

CHRISTOPH MÖLLERS

Ernst Rudolf Hubers letzte Fußnote

Die normative Ordnung des Nationalsozialismus und
die Grenzen der Kulturgeschichte

- 1 Ich danke Luca Giuliani, Florian Meinel, Christian Waldhoff und Thorsten Wilhelmy für Rat.
- 2 Vgl. Ewald Grothe: Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970, München 2005, S. 366ff.
- 3 Ernst-Rudolf Huber: Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Band 4, 3. Aufl. Stuttgart 1991, S. 666, Fn. 2. Sie steht am Ende des im Haupttext zitierten Artikel 5 des Gesetzes, der das Außerkrafttreten für den 1. April 1937 anordnet. Die Fußnote findet sich gleichlautend in der 2. Auflage von Band 3 der Dokumente von 1966 (S. 604, Fn. 2). Sie findet sich nicht in der Erstauflage, die unter dem Titel «Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit» (Bd. 2, Tübingen 1951) zum größten Teil Material aus dem damaligen Gegenwartsrecht, aus der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus liefert.

I. Die Fußnote eines Verfassungshistorikers

Ernst Rudolf Hubers monumentale Darstellung der Deutschen Verfassungsgeschichte endet mit einer Fußnote.¹ Auf der letzten Seite des letzten Bandes der samt Registerband fünfbändigen *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, einer Ergänzung seiner achtbändigen, über siebentausendseitigen *Deutschen Verfassungsgeschichte*,² kommentiert er den Abdruck des sogenannten «Ermächtigungsgesetzes», des Gesetzes also, mit dem der Reichstag Ende März 1933 seine Gesetzgebungsgewalt der Reichsregierung übertrug und als politisch relevante Institution formell abdankte. Hubers letzte Fußnote lautet:

«Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 wurde dreimal verlängert:
durch das Gesetz vom 30. Januar 1937 (RGBl. I, S. 105) bis zum 1. April 1941;
durch das Gesetz vom 30. Januar 1939 (RGBl. I, S. 95) bis zum 10. Mai 1943;
durch den Erlaß Hitlers vom 10. Mai 1943 (RGBl. S. 295) auf unbestimmte Zeit. Diese letzte Verlängerung war ein Akt der «Selbstermächtigung», der auch nach den damaligen Rechtsvorstellungen als illegal angesehen werden mußte».³

Illegal nach damaligen Rechtsvorstellungen – diese Feststellung ist vieldeutig. Sie kann sich auf Vorstellungen davon beziehen, was in einer Rechtsordnung festgeschrieben ist, oder darauf, was man allgemein unter «Recht» versteht. Das eine ist der Hinweis auf die konkrete Rechtslage; das andere ein Verweis auf eine moralische oder politische Hintergrundtheorie des Rechts. Klingen «Rechtsvorstellungen» grundsätzlich, so klingen die Einordnung «illegal» und der Hinweis auf deren Damaligkeit nach einem rechtstechnischen Prädikat. Dass die letzte Verlängerung «auch» nach damaligen Rechtsvorstellungen illegal gewesen sein sollte, impliziert, dass Huber eine Gemeinsamkeit der Rechtsauffassung zwischen dem Nationalsozialismus und seiner eigenen Gegenwart annimmt. Der Vorgang scheint über verschiedene Rechtsordnungen hinweg «illegal» zu sein. Geht es also doch um ein übergreifendes Rechtsprinzip?

Dafür spricht jedenfalls, dass die von Huber monierte Illegalität von keinem Zeitgenossen bemerkt wurde. Welcher offizielle Kommentator im Dritten Reich hätte die Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes durch Hitler im Jahre 1943 auch für illegal halten sollen? Die Absurdität sticht ins Auge. Sie scheint auch Huber selbst nicht entgangen zu sein, denn er normativiert die eigene Formulierung schließlich noch: Die Selbstermächtigung wurde ja gar nicht, sie «mußte als illegal angesehen werden». Damit erweist sich Hubers Diktum in zweifacher Hinsicht als doppeldeutig. Es schwankt sowohl zwischen Legalität und Legitimität als auch zwischen einem historisch kontingenten und einem überzeitlich gültigen Rechtsbegriff.

Das Problem liegt für Huber in der Quelle der letzten Gesetzesverlängerung. Diese sei als Akt nicht des Reichstages, sondern «Hitlers» eine «Selbstermächtigung». Das unterstellt, die Ermächtigung der Reichsregierung, der Hitler als Reichskanzler vorstand, hätte nicht von ihm selbst, sondern vom Reichstag kommen müssen. Diese Beurteilung wurde von anderen konservativen Staatsrechtlern der Nachkriegszeit geteilt,⁴ obwohl sie damit dem Parlament eine Rolle als Legitimationsquelle zuwiesen, die weder zu ihren eigenen autoritär-exekutivlastigen politischen Präferenzen⁵ noch zum Nationalsozialismus recht passen will.

- 4 Hans Schneider: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 1 (1953), S. 197 (212 f.). Schneider war trotz ephemerer Publikationsliste einer der einflussreichsten Staatsrechtler der 1950er und 60er Jahre. Ihm widmeten die Herausgeber das «Handbuch des Staatsrechts».
- 5 Vgl. Ewald Grothe: Über den Umgang mit Zeitenwenden, in: Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 53 (2005), S. 218 (221); vgl. zu Hans Schneider: Frieder Günther: Denken vom Staat her, München 2004, S. 145 ff.

- 6 RGBl. I 1940, S. 437.
- 7 Martin Moll: Einleitung, in: Ders. (Hg.): «Führer-Erlasse» 1939–1945, Stuttgart 1997, S. 17 ff. Vgl. auch Ernst Rudolf Huber: Reichsgewalt und Reichsführung im Kriege, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 101 (1941), S. 530 (550).
- 8 Michael Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3, München 1999, S. 349.
- 9 Ernst Rudolf Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl. Hamburg 1939, S. 43 und S. 237.
- 10 Werner Weber: Führererlass und Führerverordnung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 102 (1942), S. 101 (129 ff.); Huber: Reichsgewalt und Reichsführung im Kriege, S. 542 ff.
- 11 Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 43.

II. Ernst Rudolf Huber – der Theoretiker der Führerverfassung

Die Formen nationalsozialistischer Ermächtigungsakte wandelten sich. Das Gesetz von 1933 ist mit «Reichskanzler» Adolf Hitler *gegen*gezeichnet. Die Gesetze von 1937 und 1939, die das Ermächtigungsgesetz verlängern, sind mit «Führer und Reichskanzler» Adolf Hitler gezeichnet. Der Erlass von 1943, den die Fußnote beanstandet, ist lediglich mit «Führer» gezeichnet. Die Verlängerungen sind auch unterschiedlich formuliert. Während die ersten beiden die Geltung des Gesetzes von 1933 schlicht zeitlich fortzuschreiben, ist die letzte so gehalten, dass der «Führer» der Reichsregierung eine Pflicht auferlegt: Diese habe die ihr übertragenen Befugnisse weiter auszuführen. Hitler zeichnet hier nicht mehr als Mitglied der Reichsregierung, sondern eben mit einem anderen Amt, als dessen Inhaber er der Reichsregierung Aufträge erteilen kann. So gesehen handelt es sich nicht um eine Selbstautorisierung, vielmehr ermächtigt der «Führer» die Reichsregierung. Auch nach 1939 unterschreibt Hitler manche Gesetze als «Führer und Reichskanzler»,⁶ andere, sogenannte Führererlasse, nur als «Führer».⁷

Reflektieren diese Beobachtungen bloß perverse juristische Spitzfindigkeiten unter den Bedingungen eines politischen Terrorregimes, das sich nur an Regeln hält, soweit sie gerade opportun sind? Zieht man das zeitgenössische «staatsrechtliche Hauptwerk» zum Thema⁸ – und das ist Hubers *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches* – zu Rat, so ist dies nicht der Fall. Huber stellt Ende der dreißiger Jahre ausdrücklich fest, dass die Bezeichnung «Ermächtigungsgesetz» schon für das Gesetz des Jahres 1933 unzutreffend gewesen sei, weil Hitler nicht vom Parlament ermächtigt werden konnte.⁹ Er stellt klar, dass die Ermächtigung durch den Reichstag Teil einer politischen Strategie gewesen sei, dass aber die Legitimation der nationalsozialistischen Ordnung und ihrer Gesetzgebung allein durch Hitler selbst vermittelbar war. Entsprechend blieb es im Staatsrecht des Nationalsozialismus unumstritten, dass der Diktator Gesetze beschließen und ändern konnte. Konsequenterweise wurde das Gesetz der Reichsregierung später nur noch als eine nachgeordnete Form des «Führererlasses» verstanden.¹⁰ Diese Einordnung des Ermächtigungsgesetzes, dieses «Akt[es] von säkularer Bedeutung»,¹¹ ist für den Legitimationsanspruch des Natio-

nalsozialismus keine Bagatelle. Dieser berief sich auf den Willen der Volksgemeinschaft, der nicht vom diskreditierten Parlamentarismus abhängig war. Folgerichtig arrangierte man im Deutschen Reich von August 1934 an mehrere Volksabstimmungen samt gewünschtem Ergebnis zur Legitimierung der allgemeinen politischen Richtung.¹²

Diese Akklamationen waren für den nationalsozialistischen Herrschaftsapparat von Bedeutung, der sich mit der Frage, ob überhaupt und wenn ja, wie das Ermächtigungsgesetz verlängert werden sollte, immer wieder beschäftigte.¹³ Auf der einen Seite sollte die Ermächtigung die originäre Legitimität Hitlers nicht in Frage stellen, auf der anderen Seite hegte dieser selbst Bedenken wegen der Wahrnehmung im Ausland und lehnte deswegen eine Verlängerung durch ihn allein ab – politische Erwägungen, die selbst im Krieg, als die dritte Verlängerung anstand, noch eine Rolle spielten.¹⁴ Diese Ambivalenz nistete sich in die Terminologie ein. Auf die Bezeichnung «Ermächtigungsgesetz» wurde nicht verzichtet, doch wurde die Bezeichnung politisch reserviert gebraucht, auch von Huber.¹⁵

Hubers schon vor dem Krieg entwickelte Ausführungen zur Ämterverfassung des Nationalsozialismus spiegeln dieses Problem. Der «Führer» ist nicht einfach Mitglied der Reichsregierung, sondern repräsentiert Huber zufolge seit Hindenburgs Tod die Einheit von Staatsoberhaupt, Regierungschef und Parteiführer.¹⁶ Mit dem Tod Hindenburgs wurden die Ämter des Reichskanzlers und des Reichspräsidenten zusammengeführt. Die Befugnisse des Reichspräsidenten gingen auf den «Führer und Reichskanzler Adolf Hitler» über.¹⁷ Damit liefert Huber selbst die beiden Argumente, mit denen die Feststellung in seiner späteren Fußnote hinfällig wird: Hitler, nicht der Reichstag ist im Nationalsozialismus originäre Legitimationsquelle, die Reichsregierung ist von ihm zu unterscheiden.¹⁸

Die trockene Analyse der Führerverfassung des Nationalsozialismus durch den NS-Juristen Huber kommt der historischen Wirklichkeit des Dritten Reiches näher als die methodisch unent-schlossene Fußnote des bundesrepublikanischen Verfassungshistorikers, der sich vom Ermächtigungsgesetz in einer seltsamen Melange aus schwachem Moralismus und Pseudo-Legalismus dis-

12 Peter Huber: Uniformierter Reichstag. Die Geschichte der Pseudo-Volkvertretung 1933-1945, Düsseldorf 1992, S. 239 ff.

13 Huber: Uniformierter Reichstag, S. 132 ff., S. 157 ff.

14 Lammers an Frick (26. Oktober 1942), in: Rudolf Morsey: Das «Ermächtigungsgesetz» vom 24. März 1933. Quellen zur Geschichte und Interpretation des «Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich», Düsseldorf 1992, S. 121 f. Zu solchen Bedenken auch offen: Gerhard Wacke: Staatsrechtliche Wandlung, Gedanken zur Verlängerung der Regierungsgesetzgebung, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 104 (1944), S. 273 (279).

15 Johannes Heckel: Die Führerrede und das sogenannte Ermächtigungsgesetz vom 30. Januar 1933, in: Deutsche Verwaltungsblätter 1937, S. 49; Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 43.

16 Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 211 f.

17 Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches vom 1. August 1934 (RGBl. I, 747).

18 Heinrich Triepel: Delegation und Mandat im öffentlichen Recht, Stuttgart, Berlin 1942, S. 121. Vgl. auch Wacke: Staatsrechtliche Wandlung, S. 289 ff.

- 19 Ernst Rudolf Huber: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 7, Stuttgart 1984, S. VII. Siehe dazu auch Grothe: *Zwischen Geschichte und Recht*, S. 378.
- 20 Huber: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. 7, S. 1266.

tanziert, allerdings auch nur, soweit dieses über den 10. Mai 1943 hinaus gelten sollte. Huber hat den Nationalsozialismus besser verstanden, solange er an ihm teilnahm.

III. Die Verfassung des Nationalsozialismus

Huber hat sich über das Ermächtigungsgesetz außerhalb der Fußnote in seiner *Verfassungsgeschichte* nicht geäußert. Das Werk endet mit dem Ende der Weimarer Republik. Unter dem Datum des 26. August 1984 schreibt Huber im Vorwort zum letzten Band: «Er schließt eine Darstellung ab, deren Plan vor rund fünfzig Jahren entstand. Die von Anfang an bestimmende Absicht war, die Geschichte des soeben zerbrochenen Weimarer Staatswesens in die Gesamtentwicklung deutscher Verfassungsstaatlichkeit einzufügen und ihr damit den gebührenden Ort im Werden der nationalstaatlichen Kontinuität und Identität zu sichern».¹⁹ Der Plan zur *Verfassungsgeschichte* entstand also zu Beginn des Nationalsozialismus. Sie ist als Abgesang auf die Verfassungsstaatlichkeit konzipiert, die sich im Untergang der Weimarer Republik manifestierte. Deren «gebührender Ort» im nationalen Kontinuitätsrahmen aber kann kein guter sein. Es scheint, dass sich die Republik hier nicht nur für ihr eigenes Scheitern, sondern auch für den «Untergang des deutschen Verfassungsstaates»²⁰ zu verantworten habe. Nur mit Mühe kann die erste deutsche Demokratie rehabilitiert werden, soweit sie mit den besseren monarchischen Vorgängerordnungen in «Kontinuität» verbunden wird.

Es gab für Huber also über die Zeit nach 1933 keine Verfassungsgeschichte mehr zu schreiben, zum einen, weil es keine Verfassungsstaatlichkeit mehr gab, zum anderen, weil seine Geschichte auch 1984 noch aus der Perspektive der Gegenwart des Jahres 1934 geschrieben wurde. Die Formulierung klingt, als sei der Moment, in dem Huber den Entschluss gefasst habe, die Verfassungsgeschichte zu schreiben, für das folgende halbe Jahrhundert eingefroren und nicht anzupassen gewesen, als sei die Geschichte stets so zu schreiben, als wäre sie 1933 begonnen worden. Bei einer Fortschreibung hätte Huber sich so aber vor allem seiner eigenen Praxis als Verfassungsrechtler des Nationalsozialismus stellen müssen, und es ist, sieht man die Formelhaftigkeit seiner autobiographischen Entwürfe aus der Nach-

kriegszeit an, schwer vorstellbar, dass er das konnte oder wollte.²¹

Die Behauptung, mit Weimar sei die «Verfassungsstaatlichkeit» untergegangen, steht freilich nicht nur in Widerspruch zur Publizistik nach 1933, sie ist schon gar nicht mit unserer bundesrepublikanischen Fußnote in Einklang zu bringen. Denn wenn die dritte Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes «auch nach den damaligen Rechtsvorstellungen als illegal angesehen werden musste», dann musste der Nationalsozialismus doch zumindest eine Normenhierarchie und einen Satz an Formalien der Gesetzlichkeit kennen, die sich sogar auf Hitlers Erlasse anwenden ließ, so etwas wie den Rumpf einer Verfassung. Huber entdeckte in den späten dreißiger Jahren in der Tat die formale Seite des Gesetzes jedenfalls in politisch opportunen Spurenelementen wieder, freilich sah er die Ursache der Entformalisierung in der Politisierung des Gesetzes und deren Beginn verlegte er in das Revolutionsjahr 1918.²² Das Verhängnis nationalsozialistischer Formvergessenheit begann für ihn also mit der Demokratie der Weimarer Republik – eine Sicht, die später dabei helfen konnte, Vorstellungen von der Idealform des Gesetzes auch gegen den parlamentarischen Gesetzgeber des Grundgesetzes zu wenden.²³

Hubers These vom verfassungslosen Nationalsozialismus ist bis heute weit verbreitet.²⁴ Während mittlerweile anerkannt ist, dass im Nationalsozialismus eine weiterlaufende privatrechtliche Justiz half, das System zu stabilisieren, erscheint es zunächst sinnlos, nach einer Verfassung im Sinne einer strikten Verrechtlichung des Politischen zu suchen. Und weist die absurde Huber-Fußnote zum Ermächtigungsgesetz nicht genau in diese Richtung? Wirkt sie nicht deswegen so abwegig, weil sie eine Konstitutionalisierung des Nationalsozialismus unterstellt, die es so nicht nur nicht gab, sondern auch nicht geben konnte? Dies erscheint nicht mehr zwingend, wenn man sich an Hubers Ausführungen des Jahres 1939 erinnert, die die Legitimationsstruktur des Nationalsozialismus ebenso aufnahm wie dessen Bedürfnis, sich im politischen Übergang von der Weimarer Republik durch förmliche Legalität abzusichern. Die Absurdität der Fußnote liegt nicht in der Annahme, die nationalsozialistische Herrschaft sei nach Normen organi-

21 Huber kommt in der Literatur trotz seiner zentralen Beiträge zum nationalsozialistischen Recht vergleichsweise gut weg, zum einen, weil er kein wirkliches Interesse am Rassismus hatte, zum anderen, weil er sich nach dem Krieg seiner Vergangenheit gestellt und durch eine lange berufliche Karenz einen Preis gezahlt habe. Liest man die Dokumente (bei Ewald Grothe (Hg.): Briefwechsel Carl Schmitt – Ernst Rudolf Huber, Berlin 2014, S. 520 ff.), so wirken sie freilich wie das Produkt einer genau entworfenen Verteidigungsstrategie mit sorgsam dosierter Zerknirschung. Vgl. auch die Beobachtungen Erich Kubys, zitiert bei Ulrich Raulff: Kreis ohne Meister, München 2009, S. 476.

22 Reinhard Mehring: Ernst Rudolf Huber, Gesetz und Maßnahme (1944/45), in: Der Staat 55 (2016), i.E. Zur Re-Formalisierung des Huberschen Lehrbuchs Ewald Wiederin: Ernst Rudolf Huber und das Verfassungsrecht im «Dritten Reich», in: Ewald Grothe (Hg.): Ernst Rudolf Huber. Staat – Verfassung – Geschichte, Baden-Baden 2015, S. 199 (215). Offen beklagt wird der Verlust in dem Brief Hubers an Schmitt vom 6. April 1944 (Grothe: Briefwechsel Schmitt Huber, S. 315 f.).

23 Ernst Rudolf Huber: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht (1956), in: Ders.: Bewahrung und Wandlung, Berlin 1975, S. 215 (265 ff.). Vgl. mit Blick auf Forsthoff Florian Meinel: Der Jurist in der industriellen →

- Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin 2011, S. 395 ff.
- 24 Hans Boldt: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 2, 2. Aufl. München 1993, S. 270; in der Tendenz auch Michael Stolleis: Öffentliches Recht in Deutschland, München 2014, S. 117 f., mit dem Hinweis, dass Hubers Lehrbuch das einzige relevante geblieben sei; Horst Dreier: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001), S. 59 ff. Auch Dieter Grimm hat mir mündlich mitgeteilt, dass er eine Anwendung des Verfassungsbegriffs auf den Nationalsozialismus für unangemessen halte.
- 25 M. Rainer Lepsius: Das Modell der charismatischen Herrschaft und seine Anwendung auf den «Führerstaat» Adolf Hitlers, in: Ders., Demokratie in Deutschland, Göttingen 1993, S. 95 (117). Zu Hitlers Macht vgl. Ian Kershaw: Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick, Reinbek 1999, S. 112 ff.; siehe auch Moll: Einleitung, S. 22 ff. Aus den Quellen Dieter Rebentisch: Führerstaat und Verwaltung im Zweiten Weltkrieg, Wiesbaden 1989, S. 285 ff.
- 26 Moll: Einleitung, S. 27.
- 27 Ian Kershaw: Hitler 1889–1936, Stuttgart 1998, S. 665–667.
- 28 Ulrich Herbert: Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, München 2014, S. 500 f.

siert gewesen, sondern im Inhalt der in ihr unterstellten Norm verbotener Selbstermächtigung.

Natürlich wollten NS-Juristen wie Huber die Allgewalt Hitlers nicht substantiell begrenzen, das stand außer Frage. Aber auch die politische Omnipotenz des Diktators bedurfte jedenfalls so weit der Formalisierung, wie die ihm untergebenen Staats-, Partei- und Militärorganisationen sich zueinander verhalten und voneinander abgrenzen können sollten. Dabei geht es nicht zuletzt um die in jeder totalitären Polykratie zentrale Frage, wer dem Diktator gegenüber verantwortlich ist, wenn etwas schief geht – immer vorbehaltlich der Möglichkeit, dass dieser einen ganz anderen Verantwortlichen auswählt. «Die Polykratie ist insofern nur das Produkt der charismatischen Monokratie, nicht ihr Gegenteil.»²⁵

Bekanntlich fiel die undurchsichtige Kompetenzverteilung zwischen Partei- und Staatsorganisation schon den Zeitgenossen auf.²⁶ Lösungen wie der Rekurs auf einen vermeintlichen «Führerwillen»²⁷ oder die Einrichtung von Personalunionen zwischen Staats- und Parteiämtern konnten das Problem nicht beheben: Die Parteiorganisation hatte gegenüber dem Staat einen Legitimitätsvorsprung, sie reichte immer tiefer sowohl in die Staatsverwaltung als auch in die Gesellschaft²⁸ hinein und blieb trotzdem auf den Staatsapparat angewiesen. Die Ordnung musste auf jede Intervention Hitlers reagieren können und zugleich darauf eingerichtet sein, dass eine solche ausblieb. Die Unterscheidbarkeit – nicht Trennung – von Partei- und Staatsorganisation blieb zur Bewältigung dieser Aufgabe bis zum Ende wichtig.²⁹

Es wäre dagegen irreführend, die Vorstellung einer wohlsortierten rechtsstaatlichen Aufgabenverteilung zum Normalfall zu erklären – und die NS-Herrschaft im Umkehrschluss als unregelmäßiges Chaos darzustellen.³⁰ Dies ist schon wegen des beträchtlichen Grades an Organisiertheit und Effektivität in der Kriegsführung, in der Kontrolle der Bevölkerung, in der Strukturierung der Besatzungsherrschaft und nicht zuletzt in der Planung und Logistik der Vernichtungsmaschinerie wenig plausibel. Ein juristisches Faible für formalisierte Regeln zum Konstituens einer Rechtsordnung zu stilisieren, ist auch deswegen unangemessen, weil im Nationalsozialismus die Rolle des Juristen und sein Verhältnis zu rechtsstaatlichen Formen Gegenstand vieler Auseinan-

dersetzungen waren und vergleichsweise offen diskutiert wurden.³¹ Diese Auseinandersetzung gehört zu einer konsequenten Historisierung des NS-Rechts. Dies lässt es noch zweifelhafter erscheinen, im Nationalsozialismus einfach nur Auflösungsercheinungen des Juridischen auszumachen, obwohl Juristen für seine Herrschaft gerade auch in der Partei und im Vernichtungsapparat eine so wichtige Rolle spielten.³²

Dass fließende Kompetenzen mit dem kompletten Fehlen einer Rechtsordnung gleichgesetzt werden, ist noch aus einem dritten Grund nicht schlüssig. Denn es bedarf bereits einer normativen Ordnung, um die Organe einzusetzen, die sich dann um Kompetenzen streiten können. In vormodernen Rechtsordnungen sind das, was wir heute im deutschen Recht als «Organ» oder «Amt» bezeichnen, Sedimente einer Überlieferung, die nicht formalisiert in die Ordnung eingeführt werden. Das mag Anlass geben, mit der Übertragung moderner Kategorien vorsichtig zu sein.³³ Aber das Amt des «Führers und Reichskanzlers» ist (wie das Amt des «Deutschen Kaisers») nicht überliefert, sondern eine durch Gesetz legalisierte Neuerfindung, die auf einen revolutionären Bruch folgte.³⁴ «Führer» und «Führerprinzip» sind *normative* Konstruktionen einer politischen Ordnung.³⁵ Sie dienen im Nationalsozialismus als Argumente, an denen die Praxis gemessen wird, und als Waffen gegen interne politische Gegner. Es ist möglich, gegen das Führerprinzip zu verstoßen, und der Vorwurf, einen solchen Verstoß begangen zu haben, ist nichts Ungewöhnliches. Gleiches gilt für eine durch Rasse definierte Volksgemeinschaft.³⁶ Deswegen ist es angemessen, wenn Hubers Lehrbuch des nationalsozialistischen Verfassungsrechts in der historischen Literatur als Quelle zitiert wird, natürlich nicht als eine solche für die Herrschaftspraxis im engeren Sinne, sondern als eine für die normative Selbstbeschreibung des politischen Systems – eben für seine Verfassung, deren systematische Aufschlüsselung im Lehrbuch durchaus auch als Vorbild für Darstellungen des Grundgesetzes verstanden werden muss.³⁷

Zu leugnen, dass der Nationalsozialismus eine Verfassung gehabt habe, wie es auch der vermeintlich geläuterte Huber tat, wäre nur zwingend, wenn man den Verfassungsbegriff normativ aufwertete und auf eine herrschaftsbegrenzende Funktion reduzierte.

- 29 Lothar Gruchmann: Die «Reichsregierung» im Führerstaat, in: Günther Doeker/Winfried Steffani (Hg.): Klassenjustiz und Pluralismus. Festschrift für Ernst Fraenkel, Hamburg 1973, S. 187 (S. 205, S. 207); Michael Stolleis: Geschichte des öffentlichen Rechts, S. 354. Die Formulierung «unterschieden, aber nicht getrennt» bei Carl Schmitt: Staat, Bewegung, Volk, Berlin 1933, S. 21; ebenso noch Arnold Köttgen: Deutsche Verwaltung, 3. Aufl. Berlin 1944, S. 134.
- 30 Diese Tendenz etwa bei Dreier: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 43 ff., 53 f.
- 31 Ulrich Herbert: Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft. 1903–1989, Bonn 1996, S. 412 hebt das Reflexionsniveau über die eigene Ordnung im späten Nationalsozialismus hervor.
- 32 Herbert: Best, S. 192 ff., S. 198 ff.; Michael Wildt: Generation des Unbedingten, Hamburg 2003, S. 141.
- 33 Barbara Stollberg-Rilinger: Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (GA) 127 (2010), 3.1 f.
- 34 Huber: Verfassungsgeschichte, S. 44. Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches v. 1. 8. 1934 (RGBl. I, S. 747).

- 35 Christoph Möllers: Die Möglichkeit der Normen, Berlin 2015, S. 360 f.
- 36 Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 150 ff.
- 37 So zu Recht, wenn auch wohl nicht ohne austriakische Schadenfreude: Wiederin: Huber und das Verfassungsrecht im «Dritten Reich», S. 221, 225.
- 38 Ernst Rudolf Huber: Verfassungsgeschichte, Bd. 3, Stuttgart 1963, S. 3 f.; Ernst Wolfgang Böckenförde: Der Verfassungstyp der deutschen konstitutionellen Monarchie im 19. Jahrhundert, in: Ders. (Hg.): Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815–1914), Köln 1981, S. 146.
- 39 Christoph Schönberger: Das Parlament im Anstaltsstaat, Frankfurt/M. 1997, S. 3 f.
- 40 Vgl. Christoph Möllers: Staat als Argument, 2. Aufl. München 2011, S. 214 ff.
- 41 Carl Schmitt: Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Berlin 1926.
- 42 Christian Waldhoff: Stand und Perspektive der Verfassungsgeschichte in Deutschland aus Sicht der Rechtswissenschaft, in: Der Staat Beiheft 18 (2010), S. 145 (169 ff.). Vgl. auch Christoph Lundgreen: Staatsdiskurse in Rom? Staatlichkeit als analytische Kategorie für die römische Republik, in: Ders. (Hg.), Staatlichkeit in Rom?, Stuttgart 2014, S. 13.

Beide Strategien stehen seiner Historisierung im Wege. Auch dies hat der Autor des *Verfassungsrechts des Großdeutschen Reiches* besser verstanden als der bundesrepublikanische Verfassungshistoriker, der sich mit der Leugnung einer nationalsozialistischen Verfassung von seiner eigenen Vergangenheit distanzieren wollte.

Aber wäre es nicht trotzdem historisch genauer, den Verfassungsbegriff für bestimmte Epochen zu reservieren? Nicht, wenn man sich damit zu viele normative Vorannahmen einhandelt. Ernst-Wolfgang Böckenförde und Ernst Rudolf Huber haben sich in einer bekannten Auseinandersetzung darum gestritten, ob der deutsche Typ der konstitutionellen Monarchie eine eigenständige Staatsform oder ein bloßes Übergangsphänomen sei.³⁸ Die angemessener klingende Einordnung als Übergang leidet aber nicht nur daran, dass sie ihre Begriffe und Gegenbegriffe nicht überzeugend definiert, also Monarchie nicht klar von Demokratie abzugrenzen weiß.³⁹ Für uns ist ein anderes Problem wichtiger: Was bedeutet es eigentlich, von einer Staatsform zu behaupten, sie sei *kein* Übergangsphänomen? Man müsste den historischen Zustand arretieren, um dies annehmen zu können. Dahinter steht eine von Carl Schmitt inspirierte ideenpolitische Finte, die einer Institution erst einen ganz konkreten historischen Entstehungszusammenhang zuweist und diesen dann normativ auflädt, so dass ein historischer Wandel der Institution unweigerlich zu einem Legitimitätsverlust führt. Unter dieser Voraussetzung gibt es Staatlichkeit nur mit neuzeitlicher Souveränität⁴⁰ und ist für den im Liberalismus entstandenen Parlamentarismus in der Massendemokratie kein legitimer Platz mehr.⁴¹ Ganz wie mit Hubers eingefrorener Intention, eine Verfassungsgeschichte zu schreiben, wird der Begriff mit seinem Entstehungszusammenhang verbunden, zunächst historisiert, damit aber zugleich mit einer normativen Bedeutung versehen. «Staat», «Parlamentarismus» oder eben «Verfassung» müssen bleiben, wie sie zu ihrer Entstehung waren, wollen sie Legitimität beanspruchen. Beschränkt man sich dagegen darauf, Verfassung als Schnittpunkt von Recht und politischer Herrschaft zu sehen, kann man solchen normativen Zumutungen entgehen.⁴²

IV. Absolutismus der Performanz – die «Praktiken» der neuen Kulturgeschichte

Der Nationalsozialismus trieb die Entdifferenzierung von Politik und Gesellschaft voran, der Gedanke der Herrschaftsbegrenzung war ihm dagegen völlig fremd. Beides schließt es aber nicht aus, von einer Verfassung des Nationalsozialismus zu sprechen. Die Neuigkeit des neuzeitlichen Verfassungsbegriffs liegt ohnehin nicht in der Hegung und Verrechtlichung von Herrschaftsinstitutionen, die es auch vor den atlantischen Revolutionen gab, sondern in einem voluntaristischen Politikbegriff,⁴³ den auch der Nationalsozialismus kannte. Das Führerprinzip oder die rassistische Bestimmung der Volksgemeinschaft sind normative Prinzipien, die die Herrschaftsordnung konstituieren.

Was für eine Geschichte schreibt man dann aber, wenn man eine Verfassungsgeschichte schreibt? Die Antwort, die Huber mit seiner *Deutschen Verfassungsgeschichte* gibt, ist wie seine Fußnote zweideutig, indem sie zugleich historisiert und von dieser Historisierung absieht. Dagegen will die Historiographie heute für Antike,⁴⁴ Mittelalter und frühe Neuzeit mangels Ausdifferenziertheit von Politik, Recht und stratifizierter Gesellschaft auf eine selbstständige Verfassungsgeschichte verzichten. Sie bemüht sich um eine «Verfassungsgeschichte ohne Verfassung».⁴⁵ Worin besteht der fundamentale Unterschied dieser Epochen zu einer modernen Verfassungsordnung? Christian Meier greift zur Beantwortung dieser Frage für das antike Rom auf die Geschichte frühneuzeitlicher Ordnungen zurück und stellt fest, dass es in beiden Epochen kein festes Zusammenspiel von formalisierter Entscheidung und deren Durchsetzung gegeben habe.⁴⁶ Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt, wie gesehen, ein gewichtiger Zweig der Rechtsgeschichtsschreibung zum Nationalsozialismus. Um das Problem der Historisierung des Konstitutionellen besser verstehen zu können, wird nun genauer nachzuschauen sein, warum sowohl Hubers Pseudo-Konstitutionalismus als auch der epochengebundene Konstitutionalismus der neueren Geschichtsschreibung fehlgehen dürften. Dazu kehren wir zu Huber zurück.

Hans-Ulrich Wehler hat in einem polemischen Absatz in der Einleitung des Ersten Bandes seiner *Deutschen Gesellschaftsgeschichte* Huber vorgeworfen,⁴⁷ ein Enzyklopädist zu sein, der historische

43 Hannah Arendt: *On Revolution*, London 1967, S. 215.

44 Christian Meier: *Die Ordnung der Römischen Republik*, in: *Historische Zeitschrift* 300 (2015), S. 593 (594 f.).

45 Stollberg-Rilinger: *Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte*, S. 10.

46 Ebd., S. 11; Meier: *Die Ordnung der Römischen Republik*, S. 681 in Anm. 186.

47 Hans-Ulrich Wehler: *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Erster Band, München 1987, S. 3 f. Ähnlich schon Rudolf Morsey: *Zur Verfassungsgeschichte des Bismarckreichs*, in: *Der Staat* 10 (1971), S. 85 (94, 97 f.).

- 48 Huber: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 290 ff.
- 49 Huber: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 7, 1268 ff.; ders.: Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 3, S. 333 ff., 673 ff.
- 50 Ernst Rudolf Huber: Nationalstaat und Verfassungsstaat, Stuttgart 1965, S. 7 (die Anführungsstriche sind auch im Text); ders.: Einführung, in: Ders.: Bewahrung und Wandlung, Berlin 1975, S. 11, S. 13.
- 51 Michael Stolleis: Vorurteile und Werturteile in der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus, in: ders.: Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt/M. 1994, S. 36 (38 f.).
- 52 Zur Kontinuität seines Denkens vgl. Christoph Gusy: Ernst Rudolf Huber (1903-1990) - Vom neohegelianischen Staatsdenken zur etatistischen Verfassungsgeschichte, in: Peter Häberle (Hg.): Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Berlin 2015, S. 644. Vor anderen Beiträgen in diesem Band wird kompetent gewarnt: Florian Meinel: Unser Jahrhundert, in: Der Staat 54 (2015), S. 231.
- 53 Stollberg-Rilinger: Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, S. 7 f., dort auch affirmative Verweise auf Smend und auf Heller.

Daten anhäufe, um seine nationalkonservativen politischen Präferenzen unter diesen Fakten zu verbergen. Das trifft Hubers Methode ohne Zweifel – einmal abgesehen davon, wie fern beide Punkte Wehlers eigenem Zugang stehen, der Faktenreichtum nicht mit impliziter, sondern mit expliziter Politisierung verbunden, und der den Verzicht auf Letztere gern als «historistisch» abtat. Hubers Verfassungsgeschichte liest sich in großen Teilen wie eine Anhäufung von Ereignissen, die in einem geschickt wechselnden Ton politische Bewertungen insinuiert. Im 19. Jahrhundert, etwa im Preußischen Verfassungskonflikt und im Kulturkampf, wird wie selbstverständlich die Perspektive der monarchischen Exekutive eingenommen,⁴⁸ während in der Weimarer Republik die Ereignisse aus «neutraler» Äquidistanz zwischen Republikanern und Republikfeinden beschrieben sind.

Huber verpackt die Verfassungsgeschichte in eine juristische Kategorienwelt, die keiner Historisierung zugänglich ist. Er liefert die angemessene Auslegung der Reichsverfassung im Preußischen Verfassungskonflikt, für den es ihm zufolge eine juristische Lösung gab, er wählt die «richtige» Theorie der Reichsgründung⁴⁹ und er konstatiert eben auch die «rechtlichen» Grenzen der Verlängerbarkeit des Ermächtigungsgesetzes. Für Huber geht die Verfassung eben nicht in einer sozialen Praxis auf, sondern ist nur mit Hilfe von Kategorien zu beschreiben, die einen überzeitlichen Gehalt von Recht transportieren. Die Verfassung ist «Gefüge überpositiver Wertprinzipien». Verfassungen sind in einem umfassenden Sinn «gültige Ordnung[en]».⁵⁰ Die kategoriale Unklarheit dieses verwobenen Ineinanders von Begriff und Geschichte kristallisierte sich in unserer Fußnote. Sein Hegelianismus zeichnet ihn freilich nicht besonders aus, er war noch in der deutschen Nachkriegsrechtsgeschichte vorherrschend⁵¹ und er zeigt sich umgekehrt auch in seiner Arbeit als nationalsozialistischer Verfassungsrechtler.

Huber grenzt seine Methode gegenüber dem «Positivismus» ab.⁵² Es ist nur auf den ersten Blick überraschend, dass dieses Selbstverständnis nicht nur durch die Sozialgeschichte der Nachkriegszeit, sondern auch von der neueren Kulturverfassungshistorie mit bemerkenswerter Unbefangenheit aufgegriffen wird: «Positivistisch» darf man nach wie vor nicht sein.⁵³ Aber meinen Huber

und die Kulturhistoriker mit «Positivismus» dasselbe? Das scheint nicht der Fall. Die kritische Charakterisierung, die Barbara Stollberg-Rilinger an einer rechtszentrierten «positivistischen» Rechtsgeschichte übt, scheint geradezu auf die Hubersche Verfassungsgeschichte zugeschnitten: «klüger zu sein als die zeitgenössischen Juristen und deren Meinungsverschiedenheiten gleichsam rückwirkend zu entscheiden».⁵⁴ «Positivismus» bezeichnet hier die Rekonstruktion historischer Praktiken mit Rechtsbegriffen, die es in der untersuchten Epoche nicht gab. Nicht zufällig passt diese Kritik auch auf die historische Autorität, an der sich Christian Meier in seiner neuen Rekonstruktion der Römischen Republik abgearbeitet hat: Theodor Mommsens *Römisches Staatsrecht*.⁵⁵

Dies ist freilich ein seltsamer Gebrauch des Begriffs «Positivismus», wo dieser erst einmal schlicht Setzbarkeit oder Unterscheidbarkeit von Recht meint. Diese Umcodierung ist ihrerseits eine verfassungshistorische Setzung, die eigene Probleme aufwirft. Wenn für die antike, die mittelalterliche und die frühneuzeitliche Herrschaftspraxis eine Verfassungsgeschichte ohne Verfassung zu schreiben ist, dann wirkt dies angesichts der vielen Unterschiede etwa zwischen einer mittelalterlichen *lex fundamentalis* und einer modernen Staatsverfassung nachvollziehbar. Doch können diese Unterschiede nichts daran ändern, dass eine Geschichte des «Rechts» dieses nicht einfach in anderen sozialen Praktiken aufgehen lassen kann. Hier stößt die kulturalistische Verfassungsgeschichtsschreibung an ein ganz ähnliches Problem wie die Verfassungsgeschichte des Nationalsozialismus: Wenn die Wahrheit der historischen Darstellung «hinter» den Formen und Begriffen der Juristen zu finden ist, dort, wo ausgehandelt wird, wo Rituale Normen nicht zur Anwendung bringen, sondern im Vollzug konstituieren, wo Formalisierung fehlt, wo auf zwangsweise Durchsetzung verzichtet wird oder diese formlos geschieht,⁵⁶ dann entsteht eine Lücke. Nichts spricht dagegen, «Praktiken» zu erforschen. Aber eine normative Ordnung auf diese zu reduzieren bedeutet, ihr das Aspirative, das Kontrafaktische, das Normative abzunehmen. Eine Ordnung, die in ihrer eigenen Performativität aufginge, hätte keinen normativen Gehalt mehr, weil sie die in der Norm unterstellte Möglichkeit einer anderen Praxis nicht kennen könnte.⁵⁷

Huber wurde vorgeworfen, in seiner Verfassungsgeschichte

54 Ebd., S. 18.

55 Auch dieser geht freilich von einer «Praxis» aus – der «Praxis» der Amtsträger: Theodor Mommsen: *Römisches Staatsrecht*, Bd. 1, 3. Aufl. Leipzig 1887, S. 3 f.

56 Stollberg-Rilinger: *Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte*, S. 11 f.

57 Dazu Möllers: *Die Möglichkeit der Normen*, S. 436 ff.

- 58 Grothe: Zwischen Geschichte und Recht, S. 378.
- 59 Stollberg-Rilinger: Verfassungsgeschichte als Kulturgeschichte, S. 11 f. Zumal es spätestens seit Schiller keinen naiven Umgang mehr mit Naivität geben kann, weil sich jeder Begriff nur als historisierter lesen lassen kann: Peter Szondi: Das Naive ist das Sentimentalische, in: Ders.: Schriften II, Frankfurt/M. 1978, S. 59 (73 f., 93).
- 60 Moll: Einleitung, S. 18.
- 61 Hubert: Uniformierter Reichstag, S. 295, 296.
- 62 Huber: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, S. 46 ff.

werde «die Rechtswirklichkeit oftmals zur Normabweichung».⁵⁸ Aber wie erkenne ich Normabweichung, wenn jedwede Praxis zur «Rechtswirklichkeit» deklariert wird? Die Norm, etwa die Verfassung, einfach weg zu kürzen und Verfassungsgeschichte ohne Verfassung zu schreiben, heißt dann an Stelle von Hubers Hegelianismen eine Leerstelle anzubieten.

Dies gilt auch für die Forderung nach einem unverstellten Blick, nach dem Ziel, aus der «juristischen Naivität eine historische Tugend zu machen».⁵⁹ Wie sehr «Naivität» in die Irre führt, lässt sich an der historischen Forschung zur Gesetzgebungspraxis des Nationalsozialismus zeigen. Hier finden sich nicht nur Juristen, die wie Huber imaginierte Rechtsprobleme in die Vergangenheit projizieren, sondern auch Historiker, die mit einem Begriff von Legalität arbeiten, der anspruchsloser ist als derjenige, welcher in der untersuchten Epoche verwendet wurde. Wenn etwa eine materialreiche Darstellung der nationalsozialistischen Herrschaftstechnik NS-Juristen wie Huber vorhält, staatsrechtlich gesehen habe die Legislative bei Kriegsbeginn gerade nicht in Hitlers Hand gelegen,⁶⁰ dann hängt diese Behauptung von einem Legalitätsverständnis ab, das Juristen wie Huber bewusst überwinden wollten, ohne damit auch die Unterscheidung zwischen Recht und Faktum hinter sich zu lassen. Die Theorie des Führerprinzips sollte Entscheidungen Hitlers zugleich einen absoluten Vorrang sichern und diese an Formen binden, ein Paradox, das man aus der Theorie der Souveränität gut kennt. Wenn eine andere sonst zuverlässige historische Darstellung darüber klagt, Juristen wie Huber hätten ihren eigenen Anspruch auf ein «wirklichkeitsorientiertes» Rechtsverständnis verfehlt, weil sie ignorierten, dass der Nationalsozialismus weiterhin Restbestände der Vorgängerrechtsordnungen mit sich schleppte, so zeigt sich ein ähnlicher Kategorienfehler. Dass es «politisch diskutabel, aber rechtswissenschaftlich abwegig» sei,⁶¹ die Machtergreifung samt Ermächtigungsgesetz als Revolution zu verstehen, unterstellt ein Verständnis des Verhältnisses von Politik und Recht, das Juristen wie Huber ausdrücklich hinter sich lassen wollten. Die breiten Reflexionen zum Status der Weimarer Reichsverfassung im NS-Diskurs behandeln genau diese Frage.⁶² Wiederum erscheinen die zeitgenössischen Ausführungen der NS-Juristen der Herrschaftspraxis des Nationalsozia-

lismus angemessener, ohne deswegen ihren – und wir können gerne hinzufügen: grauenhaften – normativen Anspruch zu verlieren.

Die Aufgabe der Verfassungsgeschichte müsste darin bestehen, nicht nur Praktiken, sondern auch Normen, und nicht nur Normen, sondern auch das Konzept der Legalität selbst zu historisieren, ohne den normativen, also kontra-faktischen, Anspruch dieser Normen über Bord gehen zu lassen. Die Rekonstruktion der juristischen Beschreibung der sozialen Welt ist dann keine Beschreibung einer Chimäre, sondern wesentliches Element des Möglichkeitsraums, in dem sich eine Praxis bewegt. Vielleicht ist – wie Hartwig Brandt schon vor längerer Zeit vermutete – die Rechtsfixiertheit der Huberschen Verfassungsgeschichte gerade ihre Stärke. Natürlich ist sie nicht die *histoire totale*, die die Methodendiskussion in immer neuen Schleifen nicht müde wird zu fordern;⁶³ sie ist vielmehr ein «gigantischer Rechtskommentar der deutschen Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts».⁶⁴ Ihr Wert läge auch entgegen Hubers Selbstbeschreibung darin, Rechts- und Politikgeschichte unterscheidbar zu halten.⁶⁵

V. Der Schatten einer Fußnote –

Legalismus und Moralismus in der Bundesrepublik

Wir glauben zu wissen, was an Hubers Fußnote falsch ist, weil wir zu wissen glauben, was *wirklich* am Ermächtigungsgesetz falsch war. Geschichte normativiert man weiterhin – Kosellecks Versuche der Historisierung haben daran nichts geändert⁶⁶ –, indem man aus ihr «lernt». Gewohnt deutlich formulierte Wehler: «Die Frage ist, woraus man überhaupt etwas lernen kann, wenn nicht aus der Geschichte.»⁶⁷ Eine suggestive, aber irreführende Bemerkung. Denn die Frage ist ja, woher die Kriterien kommen sollen, um aus dem historischen Stoff die moralischen exempla für die «Lehre» auszuwählen.

An wenigen Punkten der deutschen Verfassungsgeschichte ist die Zuversicht, lernen zu können, so ungebrochen, so wenig historisiert wie beim Ermächtigungsgesetz. Für die Mütter und Väter des Grundgesetzes enthielt es zentrale Lehren, die sich im Grundgesetz niederschlugen: in Normen, die die Delegation von Gesetzgebungskompetenzen an die Regierung beschränken, oder in der sogenannten Ewigkeitsklausel, die eine autoritäre Beendigung des

63 Thomas Nicklas: Macht – Politik – Diskurs, in: Archiv für Kulturgeschichte 86 (2004), S. 1 (4). Ein wichtiger Vorläufer ist der von Schmitt inspirierte Otto Brunner: Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte, in: Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung XIV. Erg.-Band (1939), S. 513, S. 521ff. Kritik an Brunners begrifflichem Konzept äußert: Otto Gerhard Oexle: Sozialgeschichte – Begriffsgeschichte – Wissenschaftsgeschichte, in: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 71 (1984), S. 305 (312f.).

64 Hartwig Brandt: Ernst Rudolf Hubers «Deutsche Verfassungsgeschichte». Eine methodologische Betrachtung, in: Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte 74 (1987), S. 229 (238f.).

65 Ebd., S. 240.

66 Reinhart Koselleck: *Historia Magistra Vitae*, in: Ders.: *Vergangene Zukunft*, Frankfurt/M. 1984, S. 38.

67 Hans-Ulrich Wehler: «Eine lebhafte Kampfsituation»: ein Gespräch mit Manfred Hettling und Cornelius Torp, München 2006, S. 203.

- 68 Christoph Gusy: Die Weimarer Reichsverfassung und ihre Wirkung auf das Grundgesetz, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 32 (2010), S. 208 (210 f.).
- 69 Christoph Gusy: Die Weimarer Reichsverfassung, Tübingen 1997, S. 403 ff.
- 70 Herbert: Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, S. 290 ff.
- 71 Nach wie vor: Michael Stürmer: Koalition und Opposition in der Weimarer Republik 1924–1928, Düsseldorf 1967.
- 72 Christoph Möllers: Das demokratische Gesetz als demokratische Entscheidungsform, in: Christoph Gusy (Hg.): Demokratisches Denken in der Weimarer Republik, Baden-Baden 2000, S. 415 (438 ff.).
- 73 Schneider: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, S. 209 ff.

Grundgesetzes nicht aufhalten kann, aber dieser doch den Schein der Legalität nehmen soll.⁶⁸

Diese historische Gewissheit wirkt allerdings bereits erschüttert, wenn man bedenkt, dass das Ende parlamentarisch verantwortlicher Regierungstätigkeit und das daraus folgende Erliegen parlamentarischer Gesetzgebung heute verbreitet auf den Amtsantritt Heinrich Brüning im März 1930 verlegt werden.⁶⁹ Politisch werden für dieses Erliegen maßgeblich die konservativen Parteien, die Kreise um den Reichspräsidenten und die Schwerindustrie verantwortlich gemacht, die seit längerem an einer Abschaffung des parlamentarischen Regierungssystems der Weimarer Reichsverfassung arbeiteten.⁷⁰ Freilich wäre dies ohne die Unfähigkeit des Reichstages, konstruktive Mehrheiten zu bilden, nicht möglich gewesen.⁷¹ Es ist in einer demokratischen Präsidialverfassung nichts spektakulär Ungewöhnliches, dass die Exekutive Rechtsetzungskompetenzen an sich zieht, wenn die Legislative keine Entscheidungen treffen kann. Die demokratischen Verfassungsgeschichten Frankreichs und der Vereinigten Staaten bieten von Lincoln bis de Gaulle viele Beispiele für eine juristisch zweifelhafte Rettung der Ordnung durch exekutive Amtsanmaßung. In der Inflationskrise der Jahre 1922/23 hatte Reichspräsident Ebert weiten Gebrauch von seiner Notverordnungscompetenz aus Art. 48 WRV gemacht und so maßgeblich zu einer demokratischen Lösung der Krise beigetragen. Die Unterscheidung zwischen Legislative und Exekutive war wie die zwischen Regierung und Opposition nur bedingt zur Beschreibung der Weimarer Verfassungspraxis zu gebrauchen.⁷²

Welches Problem verbinden wir aber dann gerade mit dem Erlass des Ermächtigungsgesetzes? Wir tun gut daran, die Abdankung der parlamentarischen Gesetzgebung von der Machtergreifung der Nationalsozialisten zu unterscheiden. Das Ermächtigungsgesetz ratifiziert eine Entwicklung, die nicht nur schon weitgehend eingetreten war, sondern die zu einem anderen Moment sogar zur Stabilisierung der Republik beigetragen hatte. Man mag einwenden, dass das Ermächtigungsgesetz radikaler war als die alten Ermächtigungen,⁷³ aber zum einen war es auch mit den alten Ermächtigungen so gut wie unmöglich, der Rechtsetzung der Reichsregierung materielle Grenzen zu ziehen, zum

anderen war im Ermächtigungsgesetz angeordnet, dass es außer Kraft träte, sobald eine andere Reichsregierung ins Amt gekommen wäre. Das Problem des Jahres 1930 war die Unfähigkeit des Reichstages zur Gesetzgebung und die Besetzung des demokratischen Amtes des Reichspräsidenten mit einem republikfeindlichen Greis. Das Problem des Jahres 1933 war die Ergreifung der Regierungsgewalt durch eine totalitäre Bewegung. Letzteres am Ermächtigungsgesetz festzumachen, ist eine für die Verfassungsgeschichtsschreibung typische Formalisierung politischer Ereignisse – nicht weil die Zäsur des März 1933 nicht dramatisch war und von den Zeitgenossen auch als solche empfunden wurde,⁷⁴ sondern weil diese Dramatik nicht an der Ermächtigung als solcher lag, sondern an der durch sie ermächtigten Politik.

Insoweit erscheint der Versuch, aus dem Ermächtigungsgesetz Lehren für die Bundesrepublik zu ziehen, zirkulär. Heute kann man mit guten Gründen annehmen, dass die Normen des Grundgesetzes, die es ausschließen, ein Ermächtigungsgesetz zu erlassen, zur Stabilität der bundesrepublikanischen Verfassung und insbesondere auch zur Bedeutung des Deutschen Bundestages beigetragen haben. In der Tat sind diese Normen wegen der Erfahrung mit dem Ermächtigungsgesetz ins Grundgesetz gekommen. Doch bleibt unklar, welches genau die Lehren sind, die hier gezogen werden konnten. Der Erfolg des Grundgesetzes hat nichts mit Weimar zu tun. Das Ende von Weimar aber liegt aus den genannten Gründen schwerlich im Erlass des Ermächtigungsgesetzes.

Trotzdem wird der Versuchung, die Frage nach der Legalität des Ermächtigungsgesetzes zu beantworten, auch bei methodisch reflektierten Verfassungshistorikern selten widerstanden – sie müssen tun, was Hubers Fußnote nicht lassen konnte, wenn sie auch zu einem anderen Ergebnis kommen und das Gesetz bereits bei seinem Erlass für illegal halten.⁷⁵ So wird formuliert, die Ermächtigung des Nationalsozialismus sei nicht Ausdruck demokratischer Legalität, sondern vielmehr Folge ihres tiefsten Niedergangs.⁷⁶ Dies klingt in der politischen Stoßrichtung deutlich anders als Huber, aber ist es in der seltsamen Vermischung aus Legalismus und Moralismus wirklich so weit von ihm entfernt?

In der frühen Bundesrepublik war die Frage der Legalität des Ermächtigungsgesetzes tatsächlich eine Rechtsfrage gewesen. Von

74 Dazu die Äußerungen bei Morsey: Das «Ermächtigungsgesetz», S. 79 ff.

75 Christoph Gusy: Demokratische Verfassungsänderung – Selbstschutz oder Selbstpreisgabe der Verfassung, in: Der Staat, Beiheft 20 (2012), S. 159 (179 ff.) mit weiteren Nachweisen, ebd., S. 181 in Anm. 105; Schneider: Ermächtigungsgesetz, S. 214 ff.

76 Gusy: Demokratische Verfassungsänderung, S. 181.

- 77 Vgl. Oberlandesgericht Tübingen, Deutsche Rechtszeitschrift 1948, S. 141; BGHZ 5, 76 (96 ff.); dazu Schneider: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933, S. 220 f. Später auch das Bundesverfassungsgericht: BVerfGE 6, 309 (331) (1957).
- 78 Auguste Comte: Rede über den Geist des Positivismus (1844), Hamburg 1979, S. 83 ff.
- 79 Möllers: Das Gesetz als demokratische Entscheidungsform, S. 443 f., insbes. zu StGH RGZ Anh 1* (9*ff.).

ihr hing die Anwendbarkeit von durch die Reichsregierung erlassenen Gesetzen ab. Sie wurde von den Gerichten in aller Regel positiv beantwortet. Die Gesetze waren anzuwenden. Die Gerichte waren sich dabei der Probleme des Gesetzgebungsverfahrens, des gewalttätigen Ausschlusses der Kommunisten im Reichstag und der Preußischen Staatsregierung im Reichsrat, bewusst.⁷⁷ Aber sie hatten mit der historischen Tatsache der nationalsozialistischen Herrschaft umzugehen. So gesehen argumentierten sie als Positivisten, aber nicht als juristische Positivisten, die das Gesetzgebungsverfahren vom März 1933 an der Weimarer Reichsverfassung maßen, sondern als soziologische Positivisten in der ursprünglichen Bedeutung des Wortes bei Auguste Comte.⁷⁸

Dagegen bleibt für die Verfassungshistoriographie der Gegenwart das Motiv, aus dem diese wie Huber zur Legalität des Ermächtigungsgesetzes Stellung nehmen, unklar. Ähnlich wie bei der Frage der Verfassung des Nationalsozialismus scheint das Bestreben dahin zu gehen, überlieferte und noch praktizierte Formen gegenüber dem Abgrund des Nationalsozialismus zu immunisieren, um so ihren moralischen Gehalt zu schützen. Oder sollen die demokratischen Institutionen der Weimarer Republik von der Verantwortung für ihren eigenen Verfall entlastet werden?

Dabei wird die entscheidende Frage, was eigentlich verfassungsrechtliche «Legalität» im Jahre 1933 bedeutet haben könnte, selten gestellt. Unter den Bedingungen einer nur beschränkten Staatsgerichtsbarkeit, die verfassungsrechtliche Fragen dann nicht mehr beantwortete, wenn sich die politischen Organe über die Auslegung einig waren,⁷⁹ bedeutete Legalität im Verfassungsrecht jedenfalls etwas anderes als unter den Bedingungen der ausgebauten Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik.

Dass die Regelungen des Grundgesetzes nicht als Lehre aus dem Scheitern der Weimarer Republik verstanden werden können, heißt nicht, dass es sich um sinnlose Regelungen handelt. Es wäre ein historistischer Fehlschluss, eine historische Einsicht mit einer normativen Rechtfertigung gleichzusetzen. Es wäre ein geschichtsphilosophischer Fehlschluss, aus der globalen Karriere der Ermächtigungspraxis ein normatives Argument herzuleiten – und auch dieser findet sich nicht selten. Für Carl Schmitt und seine Schüler war das Zeitalter der parlamentarischen Gesetzgebung

schon mit dem Ersten Weltkrieg zu Ende gegangen, in dem die Parlamente auf beiden Seiten der Front breiteste Kompetenzen an die Regierung übergeben hatten, eine Entwicklung, die er insbesondere durch den amerikanischen New Deal bestätigt fand, aber eben auch schon durch Friedrich Eberts Handeln in der großen Inflation.⁸⁰ Dass ein Verfassungsgeber gegen diese Entwicklung anregen sollte, wie es die Mütter und Väter des Grundgesetzes taten, musste Schmitt eigenartig vorkommen, wie ein Angriff auf die Windmühlen der welthistorischen Entwicklung, die Parlamente sowieso aus der Welt schaffen würden.

Diese planetarisch fatalistische Sicht ist weiterhin bemerkenswert verbreitet. Von Giorgio Agamben bis zu konservativen juristischen Apologeten des amerikanischen Sicherheitsstaates stimmen sie der Diagnose des globalen Endes der parlamentarischen Herrschaft zu.⁸¹ Die umfangreichen vergleichenden und historischen Untersuchungen, die eine solche These belegen könnten, finden sich freilich ebenso wenig wie irgendeine Reflexion darauf, was Parlamente im Idealfall tun sollten und was nicht. Denn dass nicht alles deswegen hinreichend demokratisch legitimiert ist, weil es von Parlamenten entschieden ist, war der institutionell informierten Demokratietheorie bereits vor 1800 bekannt.⁸² So bleibt ein anti-liberales Narrativ, dessen Plausibilität von der Annahme abhängt, dass demokratische Verfassungsstaaten und Diktaturen «letztlich» gleichwertig seien, weil beide mit Ermächtigungen arbeiteten. Die Notwendigkeit, etwas zu begründen, um es zu rechtfertigen, wird damit durch gesteigerte Einsicht in die historischen Zusammenhänge hinfällig. Stand hinter Hegels Geschichtsphilosophie noch ein normatives Prinzip, die Selbstentfaltung der Freiheit, so bleibt hier leere Notwendigkeit.

Mit diesem Problem muss uns die Rechtsgeschichte freilich allein lassen. Nach institutionellen Lösungen für die Organisation hoheitlicher Herrschaft sollten wir an anderer Stelle suchen. Gerade weil das Ermächtigungsgesetz grundlegende Unterscheidungen wie die zwischen Parlament und Regierung, zwischen Republik und Diktatur in Frage stellte, lässt sich an ihm besonders gut darstellen, wie wenig aus der Verfassungsgeschichte für die Gegenwart zu lernen ist. Dies und mehr nicht ist aus Hubers letzter Fußnote zu erfahren.

80 Carl Schmitt: Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen), in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 6 (1936), S. 252.

81 Giorgio Agamben: Ausnahmezustand, Frankfurt/M. 2004. Für den amerikanischen Schmittianismus: Eric Posner/Adrian Vermeule: The Executive Unbound, Oxford 2010, S. 154 ff.

82 Christoph Möllers: Die drei Gewalten, Weilerswist 2008, S. 29 ff., S. 90 ff.