

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 241

**Die nationalsozialistische
Staatsauffassung in der Rechtsprechung
des Preußischen Oberverwaltungsgerichts**

**Dargelegt an ausgewählten Beispielen
rechtsstaatlicher Grundsätze**

Von

Walter Hempfer



Duncker & Humblot · Berlin

WALTER HEMPFER

**Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung
des Preußischen Oberverwaltungsgerichts**

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 241

Die nationalsozialistische Staatsauffassung in der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts

Dargelegt an ausgewählten Beispielen rechtsstaatlicher Grundsätze

Von

Dr. Walter Hempfer



D U N C K E R & H U M B L O T / B E R L I N

Alle Rechte vorbehalten
© 1974 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1974 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 03164 4

Vorwort

Gegenstand der Arbeit ist die Frage, ob und inwieweit die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts — dessen Gründung sich 1975 zum hundertsten Male jährt — im Dritten Reich dem Einfluß der nationalsozialistischen Staatsideologie erlegen ist oder ob der Gerichtshof auch unter den Bedingungen eines totalitären Regimes Möglichkeiten besaß, rechtsstaatliche Grundsätze zu bewahren. Die Untersuchung gibt damit zugleich eine Antwort auf die Frage, ob sich die von *Otto Mayer* für den Übergang vom Kaiserreich zur Weimarer Republik gemachte Feststellung eines gegen Verfassungswandlungen resistenten und unpolitischen Verwaltungsrechts auch für die Zeit des Dritten Reiches treffen läßt.

Die Arbeit lag im Sommersemester 1973 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg zur Annahme als Dissertation vor. In seiner jetzigen Form wurde das Manuskript im Oktober 1973 abgeschlossen. Mein besonderer Dank gilt Professor *Werner von Simson*, der die Untersuchung angeregt und betreut hat. Zu danken habe ich ferner Professor *Konrad Hesse*, der das Korreferat übernommen hat. Dank schulde ich schließlich Herrn Ministerialrat a. D. Dr. *Johannes Broermann* für die Aufnahme der Schrift in diese Reihe.

Die Arbeit widme ich meiner Mutter.

Freiburg i. Br., im Dezember 1973

Walter Hempfer

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	13
<i>Erster Teil</i>	
Der verfassungsgeschichtliche Hintergrund	16
I. Der Zustand des Rechtsstaats bis 1933	16
1. Der Rechtsstaatsgedanke im 19. Jahrhundert	17
2. Der Rechtsstaatsgedanke in der Weimarer Republik	20
a) Die Wandlung des Gesetzesbegriffes	21
b) Die Disponibilität der Grundrechte	23
c) Das richterliche Prüfungsrecht	23
II. Rechtsstaat und Nationalsozialismus	25
1. Die nationalsozialistische Kritik des bürgerlichen Rechtsstaats	26
2. Der Streit über den Rechtsstaat	36
a) Der nationale Rechtsstaat	37
b) Die Stellungnahme gegen den Rechtsstaat	40
c) Ergebnis der Rechtsstaatsdiskussion	42
III. Staatsverfassung und Staatsrechtslehre des Dritten Reiches	42
1. Das Verfassungsrecht des Dritten Reiches	43
2. Zur Rolle der Staatsrechtslehre im Dritten Reich	50
a) Die politische Funktion der Staatsrechtslehre	50
b) Die These von der „legalen Revolution“	52
c) Das Führerprinzip	54
aa) Bedeutung	54
bb) Die Führerformel	55
cc) Das Bekenntnis zum Irrationalismus	56
dd) Die Legitimität der Führerherrschaft	57
ee) Die Führergewalt	58
IV. Die Rechtsquellenlehre im Nationalsozialismus	59
1. Die politische Funktion des Rechts	59
2. Die Unterscheidung von Recht und Gesetz	60

3. Der nationalsozialistische Rechtsbegriff	61
4. Der nationalsozialistische Gesetzesbegriff	62
5. Das Verhältnis der „Rechtsurquelle“ zum positiven Gesetz	63
6. Das Verhältnis der „Rechtsurquelle“ zu den vorrevolutionären Gesetzen	64
7. Die Rechtsqualität von Führeräußerungen	64
8. Rechtserkenntnisquellen	67
9. Die Rangordnung der Rechtsquellen	68
 V. Die Diskussion um die richterliche (und administrative) Gesetzesbindung im Führerstaat	70
1. Das Problem	70
2. Das richterliche Prüfungsrecht	72
3. Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken	76
a) Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken als rechtswissenschaftlicher Denktypus	76
b) Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken als institutionelle Denkweise	76
c) Die dezisionistische Natur des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens	79

Zweiter Teil

 Die Analyse der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts	82
 A. Die Verfassungslage aus der Sicht des Gerichts	82
 I. Die Auflösung der Weimarer Reichsverfassung	82
1. Vorläufige Fortgeltung der WRV	82
2. Die förmliche Aufhebung eines Teils der Weimarer Verfassungsbestimmungen	83
a) Legalität des nationalen Umschwungs	83
b) Hinnahme der förmlichen Aufhebung eines Teils der Weimarer Verfassungsvorschriften	84
c) Hintergründe der Rechtsprechung	85
d) Würdigung	86
3. Wegfall der WRV kraft Revolution	87
a) Nachträgliche Bewertung der nationalsozialistischen Macht-ergreifung als Revolution	87
b) Folge: Ungültigkeit der WRV	88
4. Zusammenfassung: Legalität und Revolution	89
5. Würdigung	89

	Inhaltsverzeichnis	9
II. Der neue Verfassungszustand im Spiegel der Rechtsprechung des PrOVG	92	
1. Wandlung im Staats- und Verfassungsverständnis des Gerichts ..	92	
2. Absage an die Grundprinzipien des Rechtsstaats: Grundrechte und Gewaltenteilung	93	
3. Bekenntnis zum „autoritären“ Staat	95	
4. Zeugnisse totalitärer Staatsauffassung	97	
5. Das Führerprinzip in der Rechtsprechung des PrOVG	98	
6. Würdigung	99	
 <i> B. Die Behandlung ausgewählter Rechtsstaatsgrundsätze in der Rechtsprechung des PrOVG</i>	 101	
I. Die richterliche Gesetzesbindung	101	
1. Die rechtsstaatliche Problematik der richterlichen Gesetzesbindung	101	
2. Die Rechtsprechung des PrOVG zum richterlichen Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen	103	
a) Fragestellung	103	
b) Die Ablehnung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber Gesetzen	104	
c) Die zeitgenössische Kritik an der Judikatur des PrOVG	107	
d) Würdigung	110	
3. Zur Rechtsanwendung durch das PrOVG (I): Die Auslegungspraxis	112	
a) Die rechtspolitische Funktion der Rechtsprechung im Selbstverständnis des PrOVG	112	
b) Die Auslegungsmethode im NS-Schrifftum und in der Praxis des PrOVG	113	
c) Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln nach der NS-Rechtslehre	116	
aa) Definitionen	116	
bb) Die allgemeine Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln	117	
d) Zur Rolle der unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln als Einbruchstellen der NS-Weltanschauung in der Rechtsprechung des PrOVG	119	
e) Insbesondere: Die Ausweitung der polizeilichen Generalklausel	122	
f) Würdigung der Rechtsprechung des PrOVG zur polizeilichen Generalklausel	128	
4. Zur Rechtsanwendung durch das PrOVG (II): Rechtsfindung „ <i>praeter legem</i> “	129	
a) Zurückhaltende Rechtsfortbildung im Wege der Lückenfüllung	129	
b) Begrenzte Rechtsgewinnung aus NS-Rechtsgrundsätzen	131	
c) Zusammenfassung	133	

5. Würdigung der Rechtsprechung des PrOVG zur richterlichen Gesetzesbindung	134
II. Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	137
1. Der Bedeutungswandel des Grundsatzes im Führerstaat	137
2. Der Vorrang des Gesetzes	142
3. Der Vorbehalt des Gesetzes	145
4. Würdigung der Rechtsprechung zum Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	149
III. Grenzen und Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ..	152
1. Aufgabe und Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Führerstaat	152
2. Die Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verständnis des PrOVG	158
3. Das PrOVG und die Kontrolle politischer Hoheitsakte	159
4. Der Ausschluß des Verwaltungsrechtswegs in Angelegenheiten der Gestapo	162
5. Der Umfang der vom PrOVG ausgeübten Rechtskontrolle	169
a) Keine Beschränkung des Prüfungsumfanges bei unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensfehlern	169
b) Keine Bindung der Verwaltungsgerichte an die Feststellungen von Verwaltungsbehörden und Parteigerichten	171
6. Würdigung der Rechtsprechung des PrOVG zu Grenzen und Umfang des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes	173
C. Schlußbetrachtung	175
Literaturverzeichnis	179

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
ALR	= Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794
AöR	= Archiv für öffentliches Recht
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft
DV	= Deutsche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
DVerwBl.	= Deutsche Verwaltungsblätter
E	= Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts
EG	= Ermächtigungsgesetz
FN	= Fußnote
GG	= Grundgesetz
GewO	= Gewerbeordnung
GS.	= Gesetzesammlung
HDStR	= Handbuch des Deutschen Staatsrechts
HDSW	= Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hrsg., hrsg.	= Herausgeber, herausgegeben
JöR	= Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JuS	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
KJ	= Kritische Justiz
LS	= Leitsatz
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NS	= Nationalsozialismus
NS-Handbuch	= Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
PrOVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrOVGE	= Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts

PrPVG	= Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
PrVBl.	= Preußisches Verwaltungsblatt
RGBl.	= Reichsgesetzblatt
RGSt	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RuPrVBl.	= Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
RVBl.	= Reichsverwaltungsblatt
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VG	= Verwaltungsgericht
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	= Weimarer Reichsverfassung
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfP	= Zeitschrift für Politik
ZRP	= Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Die „Machtübernahme“ Hitlers am 30. Januar 1933 brachte Deutschland das Ende des Rechtsstaats und seiner ersten parlamentarischen Demokratie; an ihre Stelle trat der totalitäre Führerstaat. Die entscheidende Umwandlung der Verfassung erfolgte bereits in den ersten 100 Tagen durch die Verordnung zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933¹, mit der insbesondere die „demokratischen“ Grundrechte wie die Meinungs- und Pressefreiheit und das Versammlungs- und Vereinsrecht suspendiert wurden, und durch das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933², das der Reichsregierung das Recht zur Gesetzgebung einräumte und damit einen weiteren elementaren Grundsatz des Rechtsstaats, nämlich die Gewaltenteilung, durchbrach. Anders jedoch als bei gewaltsamen Revolutionen vollzog sich dieser radikale Verfassungsumbau — zumindest dem Anschein³ nach — auf „legalem“ Wege⁴. Die Weimarer Verfassung war zwar weitgehend ihrer faktischen Geltung beraubt, im Grunde nur noch leere Hülse, wurde aber nicht aufgehoben, ja nicht einmal im Wortlaut geändert.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist die Untersuchung, wie sich am Beispiel rechtsstaatlicher Grundsätze dieser Umsturz der Verfassung auf die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts (PrOVG) ausgewirkt hat, der Revisionsinstanz eines Gerichtszweiges also, der im Unterschied zur ordentlichen Gerichtsbarkeit eine größere Affinität zum politischen Bereich aufweist, auf der anderen Seite aber auf eine kürzere Tradition zurückblickt. Das Problem ist, ob trotz Aufgabe des Rechtsstaatsprinzips im totalitären Staat die Verwaltungsrechtsprechung an die aus diesem Prinzip abgeleiteten und überkommenen Bestandteile in der neuen, ganz anders gearteten rechtlichen Grundordnung festhalten konnte oder ob sie zu einer sofortigen oder allmählichen Preisgabe der rechtsstaatlichen Grundsätze gezwungen war. Damit ist unmittelbar die Frage nach der Abhängigkeit des

¹ RGeB I, S. 83.

² RGeB I, S. 141 (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich).

³ Zur Frage der „Legalität“ des Ermächtigungsgesetzes siehe *H. Schneider, Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, 2. Aufl., Bonn 1961, S. 37 ff. und unten S. 44 ff.

⁴ Die Weimarer Verfassung (vgl. Art. 76 WRV) enthielt nicht wie das Grundgesetz (in Art. 79 I GG) eine Bestimmung zum Schutz vor Verfassungsdurchbrüchen; auch fehlt eine dem Art. 79 III GG vergleichbare Regelung, die dem verfassungsändernden Gesetzgeber Grenzen setzte.

Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht des Dritten Reiches angeschnitten. Die Fragestellung drängt sich um so mehr auf, als das Verwaltungsrecht der Weimarer Zeit trotz des verfassungstheoretisch sehr weiten Schrittes von der konstitutionellen Monarchie zur parlamentarischen Demokratie weitgehend statisch blieb⁵, ein Vorgang, den Otto Mayer⁶ mit dem berühmten Worte „Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht“ zu kennzeichnen suchte.

Ließe sich die Kontinuität des damaligen Verwaltungsrechts daraus erklären, daß beide Verfassungen — die des Bismarck-Reiches wie die der Weimarer Republik — auf dem das Verwaltungsrecht in besonderem Maße prägenden Rechtsstaatsprinzip beruhten⁷, so besäße man im Hinblick auf die völlige Ablehnung des Rechtsstaatsgedankens im Dritten Reich zugleich eine Erklärung dafür, wenn sich für diese Zeit eine Wiederholung des Vorganges nicht feststellen ließe, vielmehr sich die Prognose der nationalsozialistischen Verwaltungsrechtslehre bestätigte, die dem Verwaltungsrecht als Folge des Verfassungsumsturzes große Veränderungen voraussagte und sich lediglich in bezug auf das Tempo des Anpassungsprozesses nicht genau festlegen wollte⁸. Wie man sieht, war sich die nationalsozialistische Verwaltungsrechtslehre schon dessen bewußt⁹, was man heute, insbesondere seit *Fritz Werners*¹⁰ treffender Charakterisierung des Verwaltungsrechts „als konkretisiertes Verfassungsrecht“ zum gesicherten Bestand der modernen Verwaltungsrechtswissenschaft zählt, nämlich die Einsicht in die Abhängigkeit des Verwaltungsrechts vom Verfassungsrecht. Bei dieser Arbeit gilt es herauszufinden, ob — am Beispiel des PrOVG — die Verwaltungsrechtsprechung die Theorie bestätigt oder ob sie damals noch derart unter dem Bann rechtsstaatlichen Denkens stand, daß ihr bei der Anwendung des überkommenen Verwaltungsrechts eine Konkretisierung der nationalsozialistischen Staatsidee nicht gelingen mochte.

Die Beantwortung der Frage erfordert die Kenntnis der Verfassung des Dritten Reiches und seiner tragenden Staatsauffassung. Da dieses

⁵ *Zeidler*, Bemerkungen zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltung in der Bundesrepublik seit dem Grundgesetz, *Der Staat* 1962, 321 (324).

⁶ Im Vorwort zu der 1924 erschienenen 3. Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts.

⁷ Anders *Zeidler*, der die Stabilität des vom Kaiserreich übernommenen Verwaltungsrechts damit erklärt, daß im Weimarer Staat kein Gesinnungswandel eingetreten sei.

⁸ *Forsthoff*, Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft, DR 1935, 331; *Scheuner*, Die nationale Revolution, AöR (NF) 24 (1934), 166, 261 (341 ff.); *Tatarin-Tarnheyden*, Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat, AöR (NF) 24 (1934), 345 ff.; vgl. auch *Koellreutter*, Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat, DJZ 1934, Sp. 625.

⁹ Siehe die in der letzten Fußnote Genannten.

¹⁰ DVBl. 1959, 527 ff.

Wissen wegen eines Forschungsrückstandes nicht in dem Maße wie die Kenntnis der heutigen Verfassungslage vorausgesetzt werden kann, wird der eigentlichen Rechtsprechungsanalyse ein Erster Teil vorangestellt, in dem der verfassungsgeschichtliche Hintergrund dargelegt wird¹¹. Dessen Schilderung bedarf es auch deshalb, um zu zeigen, welche verfassungsgeschichtliche Situation für das Vorverständnis der Richter am PrOVG mitbestimmend war¹². Die Darstellung hat sich freilich darauf zu beschränken, was eine gerechte Würdigung der Rechtsprechung verlangt.

Vom Untertitel des Themas her und zur Klärung der Ausgangslage im Jahre 1933 war unumgänglich die Untersuchung des Zustands des Rechtsstaats, der in den Anfangsjahren des Dritten Reiches Gegenstand einer lebhaften Diskussion im Schrifttum war, die gleichfalls hier zur Sprache kommen soll. Das darauffolgende Kapitel dient der Erhellung der undurchsichtigen Verfassungslage des Dritten Reiches, zu deren Verwirrung die damalige Verfassungsdoktrin ihren Teil beitrug. Schließlich erschien wegen der Auswahl der im Zweiten Teil behandelten Rechtsstaatsgrundsätze die Kenntnis der NS-Rechtsquellenlehre ebenso unerlässlich wie die Vermittlung der im Nationalsozialismus entwickelten Lehren zur Lockerung der Bindung des Rechtsanwenders an die tradierten Gesetze.

Im Zweiten und Hauptteil folgt dann die Untersuchung und Auswertung der Entscheidungen des PrOVG. Dabei setzt die Lösung des oben aufgeworfenen Problems voraus, daß zunächst Klarheit geschaffen wird, ob und inwieweit das PrOVG trotz fortbestehender formeller Geltung der Weimarer Verfassung von einer veränderten Verfassungslage ausging. Erst dann ist die Fragestellung erlaubt, ob ein neues Verfassungsverständnis des Gerichts zu einer Preisgabe der überkommenen rechtsstaatlichen Grundsätze und zu einer Konkretisierung der nationalsozialistischen Staatsauffassung bei der Anwendung des Verwaltungsrechts geführt hat. Die Auswahl der Beispiele rechtsstaatlicher Grundsätze, hier des Prinzips der richterlichen Gesetzesbindung, des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und des Grundsatzes vom Erfordernis eines unabhängigen Verwaltungsrechtsschutzes erfolgte einmal wegen deren herausragender Bedeutung nach der hergebrachten Rechtsstaatslehre wie auf Grund des Umstandes, daß diese Grundsätze im Nationalsozialismus besonders umstritten waren.

¹¹ Von den neueren rechtswissenschaftlichen Arbeiten über das Dritte Reich mußte die Untersuchung von *Michael Stolleis* (Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974) im Text unberücksichtigt bleiben, da sie erst nach Abschluß des Manuskripts erschienen ist.

¹² Zum Vorverständnis als Bedingung speziell der Verfassungsinterpretation vgl. etwa *Hesse*, Grundzüge, S. 25 f.; grundlegend zur Rolle des Vorverständnisses bei der richterlichen Interpretation: *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main 1970.