

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

---

**Band 241**

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

**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 Obergerverwaltungsgerichts — 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

<b>Einleitung</b>	<b>13</b>
<i>Erster Teil</i>	
<b>Der verfassungsgeschichtliche Hintergrund</b>	<b>16</b>
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 Ge- setzen .....	64
7. Die Rechtsqualität von Führeräußerungen .....	64
8. Rechtserkenntnisquellen .....	67
9. Die Rangordnung der Rechtsquellen .....	68
V. Die Diskussion um die richterliche (und administrative) Gesetzes- bindung 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 rechts- wissenschaftlicher Denktypus .....	76
b) Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken als institutio- nelle Denkweise .....	76
c) Die dezisionistische Natur des konkreten Ordnungs- und Ge- staltungsdenkens .....	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 Verfassungs- bestimmungen .....	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

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-Schrifttum 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 „praeter legem“ .....	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. <i>Schlußbetrachtung</i> .....	 175
 <b>Literaturverzeichnis</b> .....	 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.	= Gesetzessammlung
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 1933<sup>1</sup>, 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 1933<sup>2</sup>, 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 Anschein<sup>3</sup> nach — auf „legalem“ Wege<sup>4</sup>. 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

---

<sup>1</sup> RGBl. I, S. 83.

<sup>2</sup> RGBl. I, S. 141 (Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Die Weimarer Verfassung (vgl. Art. 76 WRV) enthielt nicht wie das Grundgesetz (in Art. 79 I GG) eine Bestimmung zum Schutz vor Verfassungsdurchbrechungen; auch fehlte 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 blieb<sup>5</sup>, ein Vorgang, den *Otto Mayer*<sup>6</sup> 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 beruhten<sup>7</sup>, 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 wollte<sup>8</sup>. Wie man sieht, war sich die nationalsozialistische Verwaltungsrechtslehre schon dessen bewußt<sup>9</sup>, was man heute, insbesondere seit *Fritz Werners*<sup>10</sup> treffender Charakterisierung des Verwaltungsrechts „als konkretisiertes Verfassungsrecht“ zum gesicherten Bestand der modernen Verwaltungswissenschaft 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

---

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

<sup>6</sup> Im Vorwort zu der 1924 erschienenen 3. Auflage seines *Deutschen Verwaltungsrechts*.

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

<sup>8</sup> *Forsthoff*, Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungswissenschaft, *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.

<sup>9</sup> Siehe die in der letzten Fußnote Genannten.

<sup>10</sup> *DVB1.* 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 wird<sup>11</sup>. Dessen Schilderung bedarf es auch deshalb, um zu zeigen, welche verfassungsgeschichtliche Situation für das Vorverständnis der Richter am ProVG mitbestimmend war<sup>12</sup>. 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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.