

den mit den USA im Krieg gegen die Taliban verbundenen Streitkräften zum Opfer fielen, als am 11. September in den Vereinigten Staaten getötet wurden. In den letzten zwei Jahren sind mehr Palästinenser Opfer der israelischen Verteidigungsarmee geworden als Israelis Opfer von Selbstmordattentaten. Terroristen ver-lassen sich auf Terror, so wie ihn die Attacken mit Milizbranderegen – wir-kungsvoller als der Tod – in den USA verbreitet haben. Indes liegt die Fähigkeit, überwältigende Zwangsmittel einzusetzen, nach wie vor in den Händen techno-logisch fortgeschrittener Staaten. Den Gewalt ausübenden Staat müssen wir kei-neswegs abschreiben, vielmehr müssen wir ihn besser verstehen, begreifen, was er tut und wie er sich verhält. Dazu sollten wir allerdings die parteiische und unge-mein eurozentristische Sichtweise aufgeben, die noch immer die Agenda zeitgros-sischer Geschichtsschreibung beherrscht und darüber befindet, was in dem gerade zu Ende gegangenen Zeitalter zählt.³³

Aus dem Englischen von Christiana Goldmann und Martin Bauer.

Die Redaktion dankt dem Autor und der *American Historical Review* für die freundliche Genehmigung, eine deutsche Version des ursprünglich in der Oktoberausgabe 2002 der *American Historical Review* erschienenen Aufsatzes abzu-drucken. (*American Historical Review*, Volume 107, Number 4, October 2002, S. 1158–1178)

³³ Zur Transformation des zeitgenössischen Staates in der internationalen Ordnung siehe Philip Bobbitz, *The Shield of Achilles*. War, Peace and the Course of History, London 2002. Zur Gesamtzahl der Toten im israelisch-palästinensischen Konflikt siehe B'Tselem, *Fatalities in the Al-Aqsa Intifada*, Data by Month: 29 September 2000–11 August 2002, einzusetzen im Internet unter <http://www.btselam.org> unter »Statistics», Monthly Tables. Zu den zivilen Opfern in Afghanistan vgl. Marc W. Herold, *A Dossier on Civilian Victims of United States Aerial Bombing of Afghanistan* (revidierte Fassung, einzusetzen im Internet unter http://www.enr.org/stories/civilian_deaths.html), sowie Carl Conetta, »Operation Enduring Freedom: Why a Higher Rate of Civilian Bombing Casualties?», Paper on Defense Alternatives (PDA), Briefing Report 11, Stand 24. Januar 2002, zugänglich im Internet unter www.comw.org/pda/0201ocf.html.

Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft

Ernst Fraenkel's »Doppelstaat« neu betrachtet*

Sich dem Unvertrauten zu nähern, indem man auf Bekanntes zurückgreift, ist nichts Ungewöhnliches. Das gilt gleichermaßen für den Nationalsozialismus, der 1930 plötzlich zur Massenbewegung an-schwoll und trotz rückläufiger Wählerstimmen im November 1932 wenige Wochen später unerwartet den politischen Sieg errang. »Schreck. Es nie für möglich gehalten«, notierte Klaus Mann am Abend des 30. Januar 1933 in sein Tagebuch.¹ »Eisiger Schreck«, so erinnerte sich auch Sebastian Haffner an die Gefühle beim Erhalt der Nachricht, daß Hitler Reichskanzler geworden sei, und schrieb weiter: »Dann schüt-telte ich das ab, versuchte zu lächeln, versuchte nachzudenken und fand in der Tat viel Grund zur Beruhigung. Am Abend diskutierte ich die Aussichten der neuen Regierung mit meinem Vater, und wir waren uns einig darüber, daß sie zwar eine Chance hatte, eine ganze hübsche Menge Unheil anzurichten, aber kaum eine Chance, lange zu regieren.«²

Diese Erwartung trog. In der revolutionären Phase im Frühjahr 1933 – häufig mit dem verhamlosenden technischen Begriff der »Einschaltung« bezeichnet – bemühtigten sich die Nationalsozia-listen nicht nur der politischen Strukturen, sondern transformierten sie grundlegend: Zerschlagung der Gewerkschaften und Arbeiterparteien, Einheitsparteiensystem, Vereinheitlichung von Jugend-, Berufs-, ja sogar Freizeitverbänden, Führerprinzip, antisemitische Berufsverbote, Terror gegen die politische Opposition, Konzentrationslager, Gestapo.

Wie sollte man dieses NS-Regime erklären? Es lag nahe, die neue nationalsozialistische Ordnung als Diktatur oder Tyranni zu bezeich-nen. Marxisten sprachen von Bonapartismus und spielten damit auf Marxens Analyse des Staatsreichs von Louis Bonaparte 1851 in Frank-reich an. Franz Neumann ging in seinem Buch »Behemoth«, 1942 in den USA erschienen, noch einen Schritt weiter und erklärte das NS-Regime zum »Unstaat«,³ während die folgenden Totalitarismustheorien

* Dieser Aufsatz ist eine überarbeitete und erweiterte Fassung meiner Antrittsvorlesung vor der Fakultät für Geistes- und Sozialwissenschaften der Universität Hannover am 24. April 2002.

¹ Klaus Mann, *Tagebücher 1931–1933*, hrsg. von Joachim Heimannsberg, Peter Laemmle, Wilfried Schoeller, Reinbek bei Hamburg 1995, S. 113.

² Sebastian Haffner, *Geschichte eines Deutschen. Die Erinnerungen 1914–1933*, Stuttgart und München 2000, S. 104f.

³ Franz Neumann, *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944*, hrsg. und mit einem Nachwort von Gert Schäfer, Frankfurt am Main 1984, S. 16.

dagegen den anderen Pol einnahmen und Nationalsozialismus wie Sowjetkommunismus als totale Staaten beschrieben.

All diesen Erklärungen ist eines gemeinsam: Sie beziehen sich auf vertraute Staatstheorien. Entweder wird das nationalsozialistische Herrschaftssystem als Tyrannei oder Oligarchie in die klassische griechische Wandlungslehre der politischen Verfassung eingeordnet beziehungsweise mit dem Begriff der Diktatur als Extremform des autoritären Staates gekennzeichnet, als Ein-Mann-Herrschaft, was angesichts der dominierenden Rolle Hitlers durchaus nachzuvollziehen war. Oder man griff um die marxistische Theorie der Klassenherrschaft auch im Ausnahmezustand zu retten, auf hundert Jahre alte französische Verhältnisse zurück – wenn man nicht gleich, wie es die Kommunistische Internationale 1935 tat, die Wirklichkeit in die ideologische Form zu pressen versuchte und den Nationalsozialismus zur Monopolherrschaft des Finanzkapitals erklärte. Selbst Neumanns totale Negation bleibt im Horizont des klassischen Staatsbegriffs, wie er im 18. und 19. Jahrhundert ausgearbeitet worden ist.

Auch Ernst Fraenkel behält den Staat im Blick, und doch öffnet seine Analyse des NS-Regimes die Perspektive auf die spezifische politische Ordnung des Nationalsozialismus. Sein Buch »Der Doppelstaat«, lange Jahre eher unbeachtet und vergiffen, bezeichnenderweise jüngst wieder neu aufgelegt, birgt, so meine These, überraschend viele Einsichten und Überlegungen, die, sicherlich im Gewand der politischen und juristischen Theorie der dreißiger Jahre vorgetragen, dennoch im Unterschied zu den bekannten Erklärungen des NS-Regimes helfen, das Neue und Unbekannte dieser politischen Ordnung in den Blick zu nehmen.

Kollektive Demokratie

Es muß an dieser Stelle nicht der Verlust hervorgehoben werden, der durch die nationalsozialistische Verfolgung, Vertreibung und Vernichtung der europäischen Juden auch dem intellektuellen und wissenschaftlichen Leben in Deutschland zugefügt worden ist. Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Leo Löwenthal, Herbert Marcuse, Otto Kirchheimer, Franz Neumann, um hier nur allein Autoren der sogenannten Frankfurter Schule zu nennen, stammten ebenso aus jüdischen Familien wie Ernst Fraenkel.

Fraenkel wurde 1898 als Sohn wohlhabender Eltern in Köln geboren, die früh starben, so daß er bei seinem Onkel mütterlicherseits in Frankfurt am Main aufwuchs. Dort wurde er durch eine deutsch-jüdische Vorstellungswelt geprägt, die ihren Ausdruck, wie Fraenkel später schrieb, in einem »wahren ›Bildungskult‹« fand, der sich an der Persönlichkeit Goethes und dessen literarischem Lebenswerk ausrichtete. Man war fortschrittsgläubig und rechtsstaatlich-tolerant, verur-

teilte das autokratische Rußland mit seinen antisemitischen Pogromen als barbarisch und bewunderte England als das vorbildlich freie Land Europas. Die Erziehung im Zeichen von Aufklärung und Assimilation vermittelte wenig von jüdischer Religion und Kultur. Fraenkel charakterisierte diese Haltung zum Judentum, die vor allem in der Abwehr des Antisemitismus bestand, mit einem Begriff Theodor Herzls als »Trotzjudentum«.⁴

Und dennoch: Fraenkel war sich wie Leo Löwenthal, Gershom Scholem und viele andere seiner Generation trotz aller Emanzipation der Juden in Deutschland durchaus bewußt, einer Minderheit anzugehören. Diese Bewußtheit hielt die meisten deutschen Juden keineswegs davon ab, sich aus voller Überzeugung als Teil der deutschen Nation zu betrachten, und auch für Fraenkel war es selbstverständliche patriotische Pflicht, für Kaiser und Vaterland in den Krieg zu ziehen. Dennoch bildete das Minoritätsbewußtsein, die Zugehörigkeit zu einem Teil und nicht zum Ganzen, in Fraenkels Rückschau Anfang der siebziger Jahre, sein »politisches Ur-Erlebnis«.⁵

1916 wurde Fraenkel als Achtzehnjähriger eingezogen, kämpfte an der Front, was ihn später unter die Ausnahmeparagraphen der antisemitischen Berufsverbotsgesetze des NS-Regimes fallen ließ und ihm damit noch eine Zeitlang ermöglichte, als Rechtsanwalt weiterzuarbeiten. Als der Krieg zu Ende ging, gehörte Fraenkel zwar einem Soldatenrat in seiner Darmstädter Garnison an, aber ein überzeugter Revolutionär war er nicht. Eigentlich wollte er nach seiner Entlassung aus der Armee Geschichte studieren, einigte sich allerdings mit seinem Onkel, Jura als Hauptfach und Geschichte als Nebenfach zu wählen.

In Frankfurt traf er auf Franz Neumann und Leo Löwenthal, gründete mit ihnen 1919 eine sozialistische Studentengruppe. Neumann trat noch im selben Jahr in die SPD ein, Fraenkel 1921. Er blieb ein Reformist, auch wenn er sich selbst eher auf dem linken Flügel der SPD verortete. Zur Leitfigur dieser jungen sozialdemokratischen Juristen wurde Hugo Sinzheimer, der die erste ordentliche Professur für Arbeitsrecht innehatte. Sinzheimer, Sozialdemokrat und Jude, wesentlich an der Ausarbeitung der Weimarer Verfassung beteiligt, war den völkischen und antisemitischen Studenten verhaßt. Seine Antrittsvorlesung wurde von Randalierern gestört, seinen Weg zum Vortragspult mußten ihm demokratische Studenten, darunter Franz Neumann, erst bahnen. Später, 1933, gehörte er zu den ersten Frankfurter Professoren, die entlassen und in die Emigration gezwungen wurden. Bei ihm studierten

⁴ Ernst Fraenkel, Anstatt einer Vorrede, in: Reformismus und Pluralismus. Materialien zu einer ungeschriebenen politischen Autobiographie, zusammengestellt und herausgegeben von Falk Esche und Frank Grube, Hamburg 1973, S. 13–15.

⁵ Ebenda, S. 15.

Fraenkel, Neumann, Otto Kahn-Freund, Hans Morgenthau und Carlo Schmid, der ebenso wie Fraenkel 1923 bei Sinzheimer promovierte. Fraenkel wurde anschließend dessen Universitätsassistent, die Stelle, die nach ihm Franz Neumann erhielt. Zum Andenken an Sinzheimer, der zwar in den Niederlanden untertauchen konnte, aber wegen der Strapazen der Verfolgung und des Überlebens im Versteck nur wenige Wochen nach der Befreiung 1945 starb, hielt Fraenkel später in Frankfurt 1958 eine sehr persönliche, bewegende Rede, die gegen den damals herrschenden Zeitgeist im Nachkriegsdeutschland den Antisemitismus, dessentwegen Sinzheimer vertrieben worden war, nicht verschwie.

Arbeitsrecht klingt nach trockenen Tarifvertragsauseinandersetzungen und Arbeitsgerichtsprozessen. Und doch besaß das Fach eine politische Dimension, die diesen jungen, linken Juristen sehr bewußt war. In der deutschen Tradition war das Recht eng mit dem Staat, mit Gesetz verbunden, in der Hegelschen Rechtsphilosophie gar zur Kongruenz gebracht. Recht wurde vom Staat gesetzt, von niemandem sonst. Und auch Neumann bezog sich in der Emigration wieder auf diese Auffassung, als er auf die Frage, ob das NS-Regime überhaupt ein Staat sei, zur Antwort gab: »Wenn ein Staat durch die Herrschaft des Gesetzes charakterisiert ist, dann müssen wir diese Frage verneinen, da wir bestreiten, daß in Deutschland ein Recht existiert.«⁶

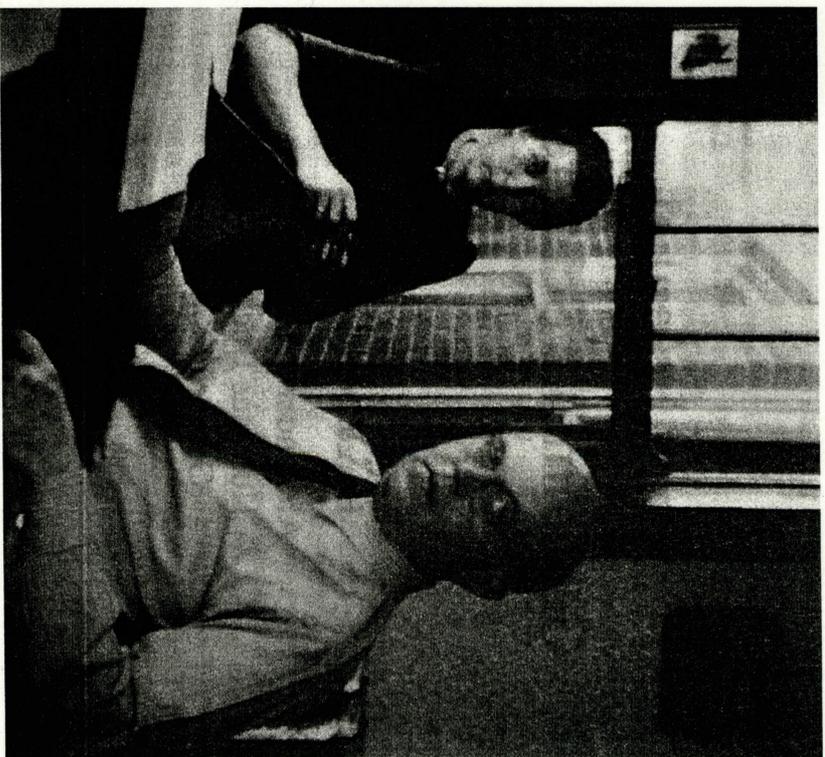
Gegen diese Gleichsetzung von Staat und Gesetz stand das moderne Arbeitsrecht, erkannte es doch nicht nur an, daß gesellschaftliche Verbände wie Gewerkschaften und Arbeitgebervereinigungen existieren, sondern auch, daß diese Kollektivorganisationen unabhängig vom Staat miteinander Tarifverträge abschlossen, die durchaus Recht setzten, auf das sich Mitglieder dieser Verbände vor den Arbeitsgerichten berufen konnten, ohne daß zu dieser Rechtsfrage ein Gesetz verabschiedet worden wäre.

Ernst Fraenkel dachte diese neue, gesellschaftliche Dimension, die Sinzheimer vorgezeichnet hatte, konsequent weiter und veröffentlichte bereits in den zwanziger Jahren mehrere Aufsätze, in denen er eben diese »kollektive Demokratie« theoretisch entwickelte. Kollektive Demokratie bedeutete, so Fraenkel, »daß bei der Bildung des Staatswillens nicht mehr die einzelnen, nicht mehr nur das Individuum, sondern auch die Verbände als solche beteiligt sind«.⁷ Das hieß nicht, daß ein rechtsfreier Raum außerhalb des Staates, womöglich gar gegen ihn, errichtet werden sollte. Rechtsstaat und Verfassung blieben das Dach auch einer »kollektiven Demokratie«. Was Fraenkel hier bereits an-

⁶ Neumann, Behemoth, S. 541.

⁷ Ernst Fraenkel, Die Gewerkschaften und das Arbeitsgerichtsgesetz (1927), in: Gesammelte Schriften, Bd. 1: Recht und Politik in der Weimarer Republik, hrsg. von Hubertus Buchstein unter Mitarbeit von Rainer Kühn, Baden-Baden 1999, S. 259.

48 Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft



November 1940. Ein Interieur der Emigration. Ehepaar Fraenkel in den Vereinigten Staaten. (Photo: Nachlaß Ernst Fraenkel, im Besitz von Ludmilla und R. Wolfgang Müller)

49 Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft

strebte – und später, nach dem Krieg, in seiner die Politikwissenschaft der fünfziger und sechziger Jahre prägenden Pluralismustheorie arbeitete –, war die Ergänzung der vornehmlich staatlich vermittelten Demokratie durch eine gesellschaftliche Demokratie: »Die kollektive Demokratie (die nicht etwa nur ein leerer Wunsch, sondern ein wirk-samer Bestandteil unseres Staatslebens ist, bei deren Ausbau es sich im Sinne von Marx nicht darum handelt, Ideale zu verwirklichen, sondern Elemente der Freiheit in Bewegung zu setzen) wird nicht eine selbständige Gesellschaftsverfassung neben der Staatsverfassung darstellen, sondern sie wird sich in die Staatsverfassung selbst einschreiben.«⁸

Aufgrund solcher Überlegungen war Fraenkel gefeit gegen Carl Schmitts Thesen von der Identität der Regierten mit den Regierenden und der unbedingten Homogenität der politischen Ordnung. Fraenkel hielt nicht nur an der Tatsache sozialer Ungleichheit fest, sondern auch an der Realität gesellschaftlicher Spaltung sowie am Streit als wesentlichen Element der Bildung von Kompromissen. Anders als Franz Neumann, der in der Schlussphase der Weimarer Republik Carl Schmitt gewissermaßen von links las, die Freund-Feind-Kennung auf den Gegensatz von Kapital und Arbeit übertrug und die parlamentarische Demokratie für unfähig erklärte, diesen Gegensatz zu lösen,⁹ bewahrte das Pluralismuskonzept Fraenkel vor ähnlichen Näherungen an die autoritäre Verfassungstheorie Schmitts, den Fraenkel nach dem Krieg als den »einfährlichsten und gefährlichsten, weil labilsten deutschen Sozialwissenschaftler unserer Zeit« bezeichnet hat, der keine Rechtswissenschaft, sondern immer nur »Situationswissenschaft« betrieben habe.¹⁰

Es liegt nahe, daß es Fraenkels Überlegungen zur »kollektiven Demokratie« gewesen sind, die ihn zum »Doppelstaat« brachten. Indem er das Politische nicht allein staatlich dachte und – in der positiven Konzeption – neben der staatlich vermittelten Demokratie eine gesellschaftlich fundierte entwarf, war Fraenkel – in der Negativanalyse des Nationalsozialismus – in dem NS-Staat nicht allein als Führer-Staat, als allumfassende Diktatur oder hermetisch-totalitäres System zu begreifen, sondern ebenfalls das Politische unabhängig von der staatlichen Ordnung zu untersuchen.

⁸ Ernst Fraenkel, *Kollektive Demokratie* (1929), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 1, S. 335.
⁹ So schrieb Neumann am 7. September 1932 an Schmitt: »Stellt man sich nämlich auf den Standpunkt, daß der grundlegende politische Gegensatz in Deutschland der ökonomische ist, daß die entscheidende Freund/Feind-Gruppierung in Deutschland die Gruppierung Arbeit und Eigentum ist, so leuchtet ein, daß bei einer solchen politischen Gegensätzlichkeit parlamentarisch nicht mehr regiert werden kann.« Der Brief ist abgedruckt in: Rainer Erd (Hrsg.), *Reform und Resignation. Gespräche über Franz L. Neumann, Frankfurt am Main 1985*, S. 79f.

¹⁰ Ernst Fraenkel, *Rezeption von Peter Schneider, Ausnahmezustand und Norm. Eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt* (1957), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 2: *Nationalsozialismus und Widerstand*, hrsg. von Alexander v. Brünneck, Baden-Baden 1999, S. 599.

Normen- und Maßnahmenstaat

Fraenkels »Doppelstaat« ist in der unmittelbaren, beteiligten Beobachtung des NS-Regimes entstanden. Beide, Fraenkel wie Neumann, haben neben ihrer anwaltlichen Tätigkeit für die Gewerkschaften zum Ende der Weimarer Republik auch als Rechtsvertreter der SPD gearbeitet. Selbstverständlich befanden sie sich damit im Visier der Nationalsozialisten, und als am 2. Mai 1933 die Gewerkschaftshäuser gestürmt wurden, räumte die SA ebenfalls das Rechtsanwaltsbüro von Fraenkel und Neumann, das sich im Gebäude des Deutschen Metallarbeiterverbandes in Berlin befand. Neumann, der sich als Syndikus der SPD besonders bedroht fühlte, verließ wenige Tage später Deutschland und emigrierte nach England. Fraenkel, der als ehemaliger Frontsoldat von den antisemitischen Berufsverbotsgesetzen des April 1933 vorerst ausgenommen war, blieb in Berlin und versuchte, den vom NS-Regime Verfolgten als Anwalt zu helfen, schrieb zugleich, unter Pseudonym, Artikel für die in Paris erscheinende Zeitschrift der Widerstandsorganisation »Internationaler Sozialistischer Kampfbund«, und sammelte Material aus Zeitungen, Zeitschriften, Gerichtsentscheidungen für seine Analyse des Nationalsozialismus.

In der jüngst erschienenen Edition der *Gesammelten Schriften* Ernst Fraenkels ist zum ersten Mal der »Urdoppelstaat« veröffentlicht worden, also jene Fassung, die Fraenkel kurz vor seiner Flucht im September 1938 über einen Angehörigen der französischen Botschaft hat aus Deutschland herausbringen und in die USA mitnehmen können.¹¹ Für die amerikanische Ausgabe, die 1941 unter dem Titel »The Dual State« erschien, hat Fraenkel das Manuskript noch einmal gründlich überarbeitet und erweitert, um, wie er im Vorwort zur deutschen Ausgabe schrieb, »die Herrschaftsstruktur des Dritten Reiches in wissenschaftlichen Kategorien zu erläutern, die dem sozialwissenschaftlich geschulten amerikanischen Leser vertraut waren.«¹² Dieser amerikanische Text wiederum bildete die Grundlage für die deutsche Rückübersetzung, die 1974, kurz vor dem Tod Fraenkels, in der Bundesrepublik veröffentlicht wurde.

Der Begriff »Doppelstaat« sollte das »Nebeneinander eines seine eigenen Gesetze im allgemeinen respektierenden »Normenstaates« und eines die gleichen Gesetze mißachtenden »Maßnahmenstaates« bezeichnen. Unter »Maßnahmenstaat« verstand Fraenkel das »Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt ist«, unter »Normenstaat« das »Rechtssystem, das mit weitgehenden Herrschaftsbefugnissen zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsordnung ausgestattet ist, wie sie in Geset-

¹¹ Ernst Fraenkel, *Der Urdoppelstaat* (1938), in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 2, S. 267–473.

¹² Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat* (1974), in: Ebenda, S. 33–266.

zen, Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakten der Exekutive zum Ausdruck gelangen».¹³

Ausdrücklich hob Fraenkel hervor, daß er damit nicht »das Nebeneinander von Staats- und Parteibürokratie« meinte, sondern den »gesamten öffentlichen Apparat« in den Blick nehmen wollte. Die Institutionen des NS-Staates konnten, nach Fraenkel, sowohl zum Normen als auch zum Maßnahmenstaat gehören, was zugleich als Kritik an jedweder beschönigenden Teilung in eine reine, unschuldig gebliebene Bürokratie auf der einen und eine Staat und Recht zerstörende Nazibewegung auf der anderen Seite zu lesen ist. Dagegen kennzeichnete gerade die Verbindung von staatlicher Polizei und nationalsozialistischer Organisation. Umgekehrt galten die Oberfinanzdirektionen bislang fraglos als Institutionen des Normenstaates, wohingegen jüngere Untersuchungen jetzt deren zentrale, initiativreiche Rolle bei der Verfolgung und Enteignung der deutschen Juden erhellen.¹⁴ Fraenkels Analyse erlaubt es, die Machtergreifung der Nationalsozialisten nicht mehr als bloße Usurpation der Staatsgewalt durch die Partei zu sehen, sondern die Transformation des Staates durch die Nationalsozialisten in den Blick zu nehmen.

Seinen Ausgangspunkt nahm dieser Prozeß mit der Reichstagsbrandverordnung vom 28. Februar 1933, laut Fraenkel die »Verfassungsurkunde« des »Dritten Reiches«. Würde sich Geschichte nach der Frage *cui bono?* Wem nützt es? erklären, dann wäre der Streit darüber, wer den Reichstag angezündet habe, längst beendet. Vielleicht ist es angesichts des immensen politischen Nutzens, den die Nationalsozialisten aus dem Reichstagsbrand ziehen konnten, nur schwer möglich, die Tat eines einzelnen und damit die Kontingenz in der Geschichte zu akzeptieren. Doch ungeachtet der anhaltenden Auseinandersetzung unter Historikern, ob Marinus van der Lubbe der Brandstifter war, ist unumstritten, daß die NS-Führung die politische Chance, die sich mit dem Reichstagsbrand eröffnete, sofort und entschlossen nutzte. Noch in der Nacht entschieden sich Hitler, Göring, Goebbels, von Papen in kleiner Runde, sofort eine Notverordnung ausarbeiten zu lassen, die am folgenden Vormittag dem Reichskabinett als Entwurf vorlag. Am späten Nachmittag unterschrieb Reichspräsident Hindenburg die »Verordnung zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar 1933.

¹³ Ebenda, S. 49.

¹⁴ Vgl. Martin Friedenberg, Die Rolle der Finanzverwaltung bei der Vertreibung, Verfolgung und Vernichtung der deutschen Juden, in: Ders., Klaus-Dieter Gössel und Bernhard Schönknecht (Hrsg.), Die Reichsfinanzverwaltung im Nationalsozialismus, Bremen 2002, S. 10–94; sowie die Ergebnisse der Session Nr. 59: Holocaust und Finanzverwaltung: Neue Forschungen, German Studies Association, Annual Conference, San Diego, 3.–6. Oktober 2002, unter: <http://h-net.msu.edu>.

Die Verordnung knüpfte – einschließlich der Suspendierung wesentlicher Grundrechte wie die Freiheit der Person, die Unverletzbarkeit der Wohnung, das Post- und Telefontelegraphen-, die Meinungs- und Versammlungsfreiheit, das Vereinigungsrecht sowie die Gewährleistung des Eigentums – durchaus an entsprechende Ausnahmeverordnungen der Weimarer Republik an. Unmittelbar nach Verabschiedung der Verfassung 1919 war eine Notverordnung in der Ministerialbürokratie zum Notstandsartikel 48 ausgearbeitet worden, deren Formulierung weitgehend mit der Verordnung vom Februar 1933 übereinstimmte. Auch der sozialdemokratische Reichspräsident Ebert griff in den instabilen Anfangsjahren der Weimarer Republik mehr als ein Dutzend Mal mit Hilfe des Artikels 48, meist gegen linke Aufstandsversuche, ein. Dabei wurden sowohl die exekutive Macht an regionale Militärbefehlshaber übergeben als auch die bürgerlichen Grundrechte vorübergehend außer Kraft gesetzt.

Die Reichstagsbrandverordnung stellte alles andere als einen unterstützen oder gar gänzlich neuen Verwaltungsakt dar. Dennoch unterschied sie sich aber in zwei charakteristischen Bestimmungen von ihren Vorgängern.¹⁵ Zum einen erlaubte jetzt der § 2 die Übernahme der Befugnisse einer Landesbehörde durch die Reichsregierung, ohne daß wie früher der Reichspräsident eine solche Maßnahme anordnen mußte. Damit war der Weg frei für die nationalsozialistische Machtergreifung in den Ländern, indem in einem kalkulierten Zusammenspiel von Straßengewalt und Notverordnungspolitik die SA die rechtmäßigen Regierungen gewalttätig bedrohte und die Hitler-Regierung ebendies zur Begründung nahm, um zur angeblichen Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung die gewählten Landesregierungen durch nationalsozialistische Reichskommissare zu ersetzen.

Zum zweiten vermied die Reichstagsbrandverordnung bewußt, den militärischen Ausnahmezustand auszurufen. Sie überrug die exekutive Gewalt nicht wie bisher üblich an einen Militärbefehlshaber, sondern zielte deutlich auf die Polizei, um die Repressionsmaßnahmen durchzusetzen. Die Reichstagsbrandverordnung stärkte die Macht der Polizei im NS-Regime und ließ erkennen, wie wenig die nationalsozialistische Führung in den traditionellen Kategorien eines Staatsnotstands oder Belagerungszustands dachte. Es ging weder um die »Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung«, wie es der Artikel 48 der Weimarer Verfassung, auf den sich sämtliche Notstandsverordnungen bezogen, vorschrieb, noch um »die Abwehr kommunistischer staatsgefährdender Gewaltakte«, wie es in der Präambel der Reichstagsbrand-

¹⁵ Vgl. dazu Thomas Rathel und Irene Strenge, »Die Reichstagsbrandverordnung. Grundlegung der Diktatur mit den Instrumenten des Weimarer Ausnahmezustandes«, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 48 (2000), S. 413–460.

Versammlungsfreiheit außer Kraft gesetzt werden, so gilt doch weiterhin das Vertragsrecht und das Recht auf Eigentum. Straßenbahnen müssen ebenso fahren, wie Häuser gebaut und Arbeiter entlohnt werden. Der Ausnahmezustand mag die Verfassung eines Rechtsstaates aufheben, die bürgerliche Zivilgesellschaft ist damit noch nicht zerstört. Darum jedoch ging es den Nationalsozialisten.

Das Neue des nationalsozialistischen Regimes bestand darin, daß es sich nicht auf Staat und Gesetz als Ordnungsprinzip gründete, sondern auf Volk und Rasse. Nicht der Staat stand im Mittelpunkt des nationalsozialistischen Denkens, sondern das Volk. Hitler selbst hat dies in »Mein Kampf« unmißverständlich formuliert: »Im allgemeinen soll aber nie vergessen werden, daß nicht die Erhaltung eines Staates oder gar die einer Regierung höchster Zweck des Daseins der Menschen ist, sondern die Bewahrung ihrer Art. [...] Wir, als Arier, vermögen uns unter einem Staat also nur den lebendigen Organismus eines Volkes vorzustellen, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es auch durch Weiterbildung seiner geistigen und ideellen Fähigkeiten zur höchsten Freiheit führt.«²⁰

Nicht das selbst in seiner repressivsten Form bindende staatliche beziehungsweise bürokratische Regelwerk einer Diktatur bildete die Handlungsgrundlage, sondern die Volksgemeinschaft, die Rasse, deren Fortentwicklung »naturgemäß« von keiner Bürokratie geregelt werden durfte. Von hierher rührte auch der bekannte Widerwillen gegen Juristen, den Hitler ebenso wie Himmler und Heydrich teilen. Weniger kleinbürgerliches Resentiment war für solche Einstellungen verantwortlich, als vielmehr die klare politische Ablehnung jeglicher juristischer, das heißt systematischer, einheitlicher, durchschaubarer und in der Reichweite ihrer Gültigkeit verbindlich definierter Regulierungsansprüche.

In der Staatsrechtslehre des »Dritten Reiches« findet sich diese Kontroverse wieder. Gegen die etatistischen Positionen, wie sie Ernst Rudolf Huber oder Otto Koellreuter vertraten, die zwar den auf die Allgewalt Hitlers orientierten »Führerstaat« legitimierten, ihm aber durch einzelne Verfassungselemente gewisse Strukturen geben und als juristische Person erhalten wollten, setzte der junge Berliner Staatsrechtler und SD-Funktionär Reinhard Höhn ganz auf die Volksgemeinschaft: »An Stelle des individualistischen Prinzips ist heute ein anderes getreten, das Prinzip der Gemeinschaft. Nicht mehr die juristische Staatsperson ist Grund und Eckstein des Staatsrechts, sondern die Volksgemeinschaft ist der neue Ausgangspunkt.«²¹

²⁰ Adolf Hitler, *Mein Kampf*, 349–351. Auflage, München 1938, S. 104, 434.

²¹ Zitiert nach Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: *Staats- und Verfassungsrechtswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945*, München 1999, S. 327.

Wer sich auf den Staat im Sinne der klassischen Hegelschen Rechtsphilosophie als Fluchtpunkt politischer Theorie bezieht, wird immer eine bestimmte Statik im Sinn haben, eine feste, verlässliche politische Struktur, eine verbindliche politische Theorie, und sei es nur die rechtsphilosophische Forderung nach Einheit von Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsgebiet. Volk – im völkischen, rassebiologischen Sinn – als bestimmende Kategorie birgt in sich die politische Dynamik. Während der Bezug auf den Staat als Ordnungsprinzip selbst in diktatorischen Regimen Regeln, Rechtssetzungen schafft, die auch für die Täter gelten, trägt die Volksgemeinschaft als Ordnungsprinzip die Entgrenzung der politischen Praxis bereits in sich.

Diese Dynamisierung, Entgrenzung des Staatsbegriffs scheint mir wichtig für die Analyse der nationalsozialistischen Ordnung. Der »ideale Staat«, dem sich der reale Staat anzunähern habe, ohne ihn je zu erreichen, ist in den Schriften des jungen Friedrich Schlegel wie bei Johann Gottlieb Fichte oder Georg Forster zu finden. Die Vorstellung vom Reich als rückwärtsgewandter Utopie, die Ricarda Huch wie die Protagonisten der sogenannten Konservativen Revolution umtrieb, brach ebenso mit der herrschenden Staatsrechtsdogmatik wie die Heilserwartung des jungen Freikorpskämpfers Ernst von Salomon, der 1929 »Deutschland« nicht als Staat, als etwas Gegebenes, schon gar nicht als das Vorhandene, sondern als etwas Zukünftiges, im Entstehen Begriffenes, das erst noch erkämpft werden muß, umschrieb: »Deutschland war da, wo um es geringen wurde, es zeigte sich, wo bewehrte Hände nach seinem Bestande griffen, es strahlte grell, wo die Besessenen seines Geistes um Deutschlands willen den letzten Einsatz wagten. Deutschland war an der Grenze.«²²

Der nationalsozialistische Anspruch, die Grenzen des Deutschen Reiches nach völkischen Prinzipien zu bestimmen, sprengte alle völkerrechtlichen Verträge und die in Europa geltende etatistische Machtpolitik. Chamberlains Appeasementpolitik ist daher nicht allein mit seiner politischen Kurzsichtigkeit zu erklären, sondern ebenso mit dem strukturellen Unverständnis angelsächsischer, auf Staatsbürgerschaft begründeter Politik gegenüber dem völkisch-rassebiologischen Denken. Erst der Kolonialpolitiker Winston Churchill – und hier mag, wer die entsprechenden Abschnitte über Rassismus und englische Kolonialbürokratie in Hannah Arendts »Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft« kennt, eine treffende Bestätigung ihrer These sehen – wußte, was die Nationalsozialisten wollten.

Die Herstellung der »Volksgemeinschaft« war ohne Zweifel in hohem Maße ein Prozeß der Inklusion, der Gemeinschaftsbildung durch

²² Ernst von Salomon, *Die Geächteten*. Roman (1929). Reinbek bei Hamburg 1962, S. 49. Zu Ernst von Salomon als politischem Publizisten siehe jetzt das Porträt in Ulrich Bielefeld, *Nation und Gesellschaft*, Hamburg 2003, S. 272–305.

Gratifikation, Selbststilisierung und Anpassungsdruck. Aber dort, wo Gemeinschaft entsteht, müssen Grenzen gezogen werden; Inklusion bedingt notwendig Exklusion. In diesem Prozeß besaß die antisemitische Politik des Regimes einen entscheidenden Stellenwert. Das deutsche Staatsvolk in eine rassistische Gemeinschaft, die bürgerliche Zivilgesellschaft in eine aggressive Raubgemeinschaft zu verwandeln, konnte nicht per definitionem oder Rechtssetzung erfolgen. Diese Transformation war ein politischer Prozeß, nicht nur innerhalb der politischen Klasse oder der großen Städte, sondern gerade in der Provinz, in den Dörfern und kleinen Orten, wo die Nazis zwar die Führungspositionen erobert, aber noch nicht die politische Macht errungen, geschweige denn die »Volksgemeinschaft« geschaffen hatten. Die Verfolgung der deutschen Juden als »Volkseinde«, als »rassistische Gegner des deutschen Volkes«, war das wesentliche politische Instrument zur Zerstörung des Staatsvolkes.

In der politischen Praxis vor Ort hieß das, soziale Distanz herzustellen, jedwede Solidarität und Mitleid mit den Verfolgten zu stigmatisieren, um die Juden zu isolieren und für rechtlos, ja vogelfrei, zu erklären. Untersucht man die unaufhörliche antisemitische politische Praxis der NSDAP-Ortsgruppen in den Jahren vor dem Krieg, gerade in den kleinen Orten, die Vehemenz und Aggressivität, mit denen gegen die jüdischen Kaufleute, Bürger, Nachbarn vorgegangen wurde ebenso wie gegen diejenigen, die bei Juden einkauften, mit ihnen Kontakt hielten und dafür als »Volksverräter« öffentlich angeprangert wurden, wird deutlich, welche Demütigungen, Erniedrigungen, existentielle Not und nicht zuletzt Gefahr für Leib und Leben eine solche Politik der Umwandlung eines Staatsvolkes in eine Volksgemeinschaft im Alltag konkret bedeutete.

Grenzen der Volksgemeinschaft

Wenn – nach Fraenkel – der »Maßnahmenstaat« prinzipiell die Tendenz hat, den »Normenstaat« aufzulösen, das heißt: alles Recht in Politik zu verwandeln, steht dann nicht zu befürchten, daß sich die »Volksgemeinschaft« selbst in ein willkürliches Gewaltchaos auflöst? Wie konnte man der Loyalität einer »Volksgemeinschaft« sicher sein, zu deren Konsolidation einerseits die Stigmatisierung von »Volkseinden« gehörte, die ausgeschlossen, vertrieben, vernichtet wurden, andererseits ebendiese Praxis rassistischer Verfolgung die Außerkräftsetzung staatsbürgerlichen Rechts bedeutete und damit zwangsläufig die Angst schürte, daß die Erosion und Beugung des Rechts schließlich auch die Verfolger selbst erfassen könnte?

Wie sehr dieser Widerspruch die Nationalsozialisten umtrieb, zeigt die sogenannte »Arisierung«. Ohne Zweifel bedeutete sie de facto die räuberische Enteignung jüdischen Eigentums und den Bruch zahlloser

Verträge, also die massive Verletzung von Grundprinzipien des bürgerlichen Rechts, die unter den Bedingungen eines Rechtsstaates mit der Möglichkeit, vor Gericht den Rechtsbruch ahnden zu lassen und auf Rückerstattung des geraubten Eigentums zu klagen, undenkbar wäre. Um an diesen Kern bürgerlicher Gesellschaft, das Eigentumsrecht, wenigstens formal nicht zu rühren, verlangte das NS-Regime entsprechende Verträge, die den Raub als Kauf camouflierten – und vermochte dennoch nicht zu verdecken, daß das Bürgerliche Gesetzbuch außer Kraft gesetzt und die bürgerliche Gesellschaft damit unterhöhlt wurde. Wenn das Vertragsrecht gegenüber den Juden gebrochen, die Allgemeingültigkeit des Gesetzes aufgehoben wurde, wer durfte dann noch sicher sein, nicht als nächster Raub und Willkür schutzlos ausgeliefert zu sein?

Kein Geringerer als Hermann Göring hielt bereits 1934 einen Vortrag über »Die Rechtsicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft«, und Hans Frank, Präsident der Akademie für Deutsches Recht und als Generalgouverneur in Polen mitverantwortlich für den millionenfachen Mord an den polnischen Juden, prangerte im Juli 1942 die »völlige Vernichtung der Rechtsicherheit« an – selbstverständlich ausschließlich bezogen auf die »Volksgenossen«. Die Bestimmung der Grenzen, eben die Fixierung einer Rechtsordnung, war dem NS-Regime ein von vornherein inhärentes und unlösbares Problem, das Werner Best, Heydrichs Stellvertreter bis 1940, so formulierte, daß sich nicht »jede konkrete staatliche Tätigkeit normenlos nach dem Gutdünken der einzelnen Träger der Gewalt zu vollziehen hat. Es ist vielmehr auf sehr vielen Gebieten zweckmäßig, daß der Staat von sich aus seine künftige Tätigkeit genau normiert, so daß sie voraussehbar ist und den Betroffenen die Möglichkeit gegeben wird, sich danach zu richten.« Die Normierung ist selbstverständlich nur angebracht, in den Worten Bests, »gegenüber allen positiv aufbauenden Kräften des Volkes«. ²³ Sie sollten möglichst weitgehend das Handeln des nationalsozialistischen Staates voraussehen können.

Fraenkel's Doppelstaat-Theorie behält diese Widersprüche im Blick. Allerdings zielt bei ihm die Dynamik des politischen Systems vornehmlich auf die Ausweitung des »Maßnahmenstaates« zu Lasten des »Normenstaates«, also des Politischen auf Kosten des Rechts, was Fraenkel später in einer Besprechung von Neumanns »Behemoth« dazu gebracht hat, seine eigene Studie als für die Vorkriegszeit gültig einzuordnen, wohingegen Neumanns Analyse auf die Kriegszeit zutrafte – eine Lesart, die bis heute in der Literatur zu finden ist. Stellt man hingegen die Volksgemeinschaft als zentrales Element nationalsozialistischer Politik in den Mittelpunkt, so wird eine andere Dynamik erkennbar.

²³ Zitiert nach Fraenkel, Doppelstaat, S. 118.

Die Logik des »Doppelstaats« zielt nicht zwangsläufig nur auf die Auflösung der Norm durch das verfügte Chaos, auf die Verdrängung des rechtsstaatlichen Normenstaates durch den politischen Maßnahmenstaat. Wer Fraenckels Modell ernst nimmt, wird eine komplexere Entwicklung prognostizieren. Ihr zufolge könnten im Laufe dieses Prozesses neue Normen entstehen, könnte die Politik gewissermaßen neues Recht schaffen. Ebendieser Sachverhalt findet sich schon bei Carl Schmitt artikuliert: »Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht.«²⁴

Schmitts Blick ist wiederum fixiert auf den Souverän, von dessen Entscheidung abhängt, ob ein »normaler« Zustand herrscht oder nicht. Mit Fraenkel richtete sich die Perspektive statt dessen auf die Herstellung der neuen Ordnung, auf das Verhältnis von Norm und Politik, von Recht und Gewalt, auf die Transformation des bürgerlichen Rechtsstaates in die Volksgemeinschaft. Für diesen Prozeß ist der Ausnahmezustand unabdingbar. Erst die »Verordnung zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar hat den Weg freigemacht, um das Verhältnis von Volk und Staat neu zu bestimmen.

Giorgio Agamben hat den Ausnahmezustand als eine Grenzzone der Ununterschiedenheit zwischen Natur und Recht bezeichnet, in der es nicht nur darum geht, wie Schmitt meinte, mit der »Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik« zu durchbrechen, sondern um das »nackte Leben« selbst. Der Ausnahmezustand, so Agamben, erscheint vielmehr als eine Schwelle, wo sich das Leben zugleich außerhalb und innerhalb der Rechtsordnung befindet. Und diese Schwelle bezeichnet den Ort der Souveränität.²⁵

Der Ausnahmezustand löscht das Gesetz nicht aus, schafft jedoch den Raum, wo das Gesetz nicht mehr gilt. Und während er untrennbar mit der Regel verbunden bleibt, verändert er diese in der Praxis der Ausnahme. Der Maßnahmenstaat verschlang daher nicht den Normenstaat, um sich im selbstzerstörerischen Chaos schließlich aufzulösen. Nicht die Normen als solche sollten verschwinden, sondern die bürgerliche Rechtsordnung. Für die »positiv aufbauenden Kräfte des Volkes«

²⁴ Schmitt, Politische Theologie, S. 19; ähnlich auch Schmitts Definition einer souveränen Diktatur: »Sie suspendiert nicht eine bestehende Verfassung kraft eines in dieser begründeten, also verfassungsmäßigen Rechts, sondern sucht einen Zustand zu schaffen, um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als wahre Verfassung ansieht. Sie beruft sich also nicht auf eine bestehende, sondern auf eine herbeizuführende Verfassung.« Carl Schmitt, Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf (1921), Berlin 1994, S. 134.

²⁵ Agamben, Homo sacer, S. 37.

Summary

solle eine neue politische Ordnung entstehen, die mit dem alten »Normenstaat« brach, den »Volksgenossen« aber dennoch Normensicherheit gewährte. Die Dynamik von Maßnahmen- und Normenstaat, unter der Perspektive der Volksgemeinschaftspolitik betrachtet, führt dann nicht zu völliger Rechtlosigkeit, wie Fraenkel angenommen hatte, auch nicht zu einem »Unstaat«, wie Neumann behauptete, sondern zu einer neuen, rassistischen Rechtsordnung, die im Gegensatz zur bürgerlichen Gesellschaft versuche, die Ungleichheit als Ordnungsprinzip festzuschreiben.

The National Socialist regime cannot be explained as a mere dictatorship; it was based on the concepts of Volk and race and not on the state as a principle of order. Ernst Fraenkel was the first to analyze the multi-dimensionality of the National Socialist political order and to characterize it with the terms normative state and prerogative state. Fraenkel's analysis of the Dual State – conceptualized as a permanent state of emergency, aimed not only at destroying the civil legal order, but civil society as well – can be extended to describe the transformation of German society into a racist »Volksgemeinschaft«, as a genuinely National Socialist political order of inequality.

Mittelweg 36

1 »Ich bin mir nicht schlüssig geworden.« 2 Bilder: Guernica verhüllt

3-44 Thema 3 *Bernd Greiner* Zwischen
«Totalem Krieg» und «Kleinen Kriegen». Überlegungen zum historischen Ort des
Kalten Krieges 20 Autorenverzeichnis
21 Literaturbeilage *Mark Mazower* Gewalt
und Staat im Zwanzigsten Jahrhundert

45 *Michael Wildt* Die politische Ordnung
der Volksgemeinschaft. Ernst Fraenkel
der «Doppelstaat» neu betrachtet 62 Formen
der Bürgerlichkeit. *Reinhard Koselleck* im
Gespräch mit *Manfred Heiling* und *Bernd
Ulrich* 83 *Peter Schöller* Punkt, Punkt,
Komma, Strich - eine historiographische
Fußnote



89 Nachrichten aus dem Institut 90 Aus der Protestchronik