

RODIN ROBAKOWSKI*

*Die „Machtergreifung“ und ihre staatsrechtlichen Folgen***

Inhalt:

A. Einführung und *Begriffsbestimmung*. – B. Historischer Überblick. – I. Übernahme des Staatsapparates. – 1) Ernennung Hitlers zum Reichskanzler. – 2) Auflösung des Reichstags. – 3) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 (sog. „Schubladenverordnung“). – 4) „Verordnung des Reichspräsidenten zur Herstellung geordneter Regierungsverhältnisse in Preußen“ vom 6.2.1933. – 5) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“, sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28.2.1933. – 6) Wahlkampf, Reichstagswahl vom 5.3.1933 und zunehmende Übernahme der Länderexekutive. – 7) Ermächtigungsgesetz. – a) Formelle Verfassungsmäßigkeit. – (aa) Abstimmung im Reichstag. – α) Mehrheitsverhältnisse. – β) Beeinflussung der Abstimmung durch Gewaltandrohungen. – (bb) Abstimmung im Reichsrat. – (cc) Erfordernis der Textänderung. – b) Materielle Verfassungsmäßigkeit. – 8) Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31.3.1933 und Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933. – II. Machtbefestigung. – C. Staatsrechtliche Bedeutung.

A. Einführung und Begriffsbestimmung

Eine staatsrechtliche Analyse der „Machtergreifung“ muss wie jede wissenschaftliche Analyse zunächst begriffliche Klarheit hinsichtlich ihres – im ersten Schritt rein tatsächlich zu erfassenden – Gegenstandes gewinnen. Begrifflich ist zwischen einem engeren und einem, seinerseits nicht ganz scharf umrissenen, weiteren Verständnis zu unterscheiden: Einerseits wird unter „Machtergreifung“ lediglich die Ernennung Adolf Hitlers zum Reichskanzler am

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Professor Dr. Wolfram Cremer am Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2022 entstanden.

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.*

30.01.1933¹, andererseits aber in einem weiteren Sinne auch die Etablierung des nationalsozialistischen Regimes als ein sich je nach Einteilung bis zum Tod Paul von Hindenburgs am 2.8.1934 erstreckender Vorgang verstanden². Obwohl sich ein allein und objektiv richtiges Verständnis des Begriffs³ naturgemäß nicht identifizieren lässt und es offenbar auch an einem konsentierten Verständnis mangelt, ist es mit Blick auf das Ziel der vorliegenden Arbeit, die historischen Vorgänge hinsichtlich ihrer staatsrechtlichen Folgen zu untersuchen, möglich und geboten, den Untersuchungsgegenstand hypothesenartig einzugrenzen. Zu untersuchen sind danach jene Vorgänge, die zu erheblichen Machtverschiebungen führten, und darunter schwerpunktmäßig solche, die dies jedenfalls ihrer äußeren Form nach nicht rein faktisch, sondern mit den Mitteln des Staatsrechts zu Wege brachten. Von diesem Anspruch ausge-

¹ So etwa C. BICKENBACH, *Vor 75 Jahren: Die Entmündigung der Weimarer Reichsverfassung durch das Ermächtigungsgesetz*, JuS 2008, 199 (201); K. HILDEBRAND, *Das Dritte Reich*, München 2009, S. 2, vgl. aber zu dessen Begriffsverwendung noch Fn. 2.

² K.D. BRACHER, *Stufen totalitärer Gleichschaltung: Die Befestigung der nationalsozialistischen Herrschaft 1933/34*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1956, 30 (33); E. WADLE, *Das Ermächtigungsgesetz, Eine Erinnerung*, JuS 1983, 170 (174); Zeittafel bei W. FROTSCHER/B. PIEROTH, *Verfassungsgeschichte*, 19. Auflage München 2021, Rn. 596; enger, aber mit demselben Ansatz B. RÜTHERS/M. SCHMITT, *Die juristische Fachpresse nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten*, JZ 1988, 369; von einem weiteren Verständnis geht K. HILDEBRAND (Fn. 1), S. 8 („nächste Stufe der ‚Machtergreifung‘“), 17 a.E., sowie S. 1-28, passim aus; vgl. aber auch ebd. S. 2: „Tag der Machtergreifung“ (Hervorhebung nur hier).

³ Verbunden mit der Frage nach dem Begriff ist diejenige nach der richtigen Terminologie. Weil Hitler die Position des Reichskanzlers durch v. Hindenburg und auf der Grundlage des gescheiterten Zähmungskonzepts konservativer Kräfte und namentlich v. Papens verschafft worden sei, wird teilweise der Begriff einer „Machtübertragung“ verwendet (K. HILDEBRAND (Fn. 1), S. 2 im Anschluss an U. v. HEHL, *Nationalsozialistische Herrschaft*, München 2001, S. 1; vgl. auch G. MAI, *Die Weimarer Republik*, 3. Auflage München 2018, S. 105; P. LÖBE, *Erinnerungen eines Reichstagspräsidenten*, Berlin 1949, S. 146 f. spricht interessanterweise von „Machterschleichung“). Soweit es um den 30.1.1933 geht, ist die Bezeichnung „Machtübertragung“ aus den genannten Gründen zutreffend und erscheint auch durchaus präziser als „Machtergreifung“. Hinsichtlich der sich anschließenden Errichtung einer Diktatur, die unbeschadet nicht zu leugnender Sympathie und Kollaboration in Gesellschaft und Machteliten *auch* unter gewaltsamer Ausschaltung der politischen Opposition erfolgte (hier sprechen auch U. v. HEHL, a.a.O., S. 1, 18, K. HILDEBRAND, a.a.O., S. 8, 17 sowie 1-28, passim und G. MAI, a.a.O. S. 124 ff. von „Machtergreifung“) gilt das nicht (ähnlich W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn.2), Rn. 638). Schließlich wird der Terminus auch etymologisch problematisiert: Einerseits wird seine Etablierung als Erfolg nationalsozialistischer Propaganda bezeichnet (N. FREI, in: Eschenhagen (Hrsg.): *Die „Machtergreifung“; Tagebuch einer Wende in Presseberichten vom 1. Januar bis 6. März 1933*, Darmstadt 1982, S. 203; J.W. FALTER, *Die „Märzgefallenen“ von 1933, Neue Forschungsergebnisse zum sozialen Wandel innerhalb der NSDAP-Mitgliedschaft während der Machtergreifungsphase*, Geschichte und Gesellschaft 1998, 595 (596)); andererseits wird konstatiert, die Nationalsozialisten hätten ihn nur auffällig zurückhaltend verwendet (so N. FREI, „Machtergreifung“, *Anmerkungen zu einem historischen Begriff*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1983, 136-145 (passim)). Die vorliegende Arbeit kann dies nicht abschließend klären. Sie begnügt sich daher mit der gebräuchlichen Praxis, den Terminus „Machtergreifung“ in Anführungszeichen zu verwenden, um nahe am allgemeinen Sprachgebrauch zu bleiben und zugleich den mannigfaltigen begrifflichen und terminologischen Zweifelsfragen Rechnung zu tragen.

hend, kann die Untersuchung sich jedenfalls nicht auf den 30.1.1933 beschränken. Andererseits muss sie angesichts der Tendenz der Diktatur, ihre Macht und ihr Machtmonopol möglichst immer weiter auszubauen und zugleich abzusichern, irgendwo eine Grenze zwischen „Machtergreifung“ einerseits und „Machterweiterung“ oder „-befestigung“ andererseits ziehen. Potentiell zu weit scheint daher ein Ansatz, der von vornherein auch die schrittweise Ausschaltung der verbliebenen politischen Gegengewichte einbezieht⁴.

B. Historischer Überblick

I. Übernahme des Staatsapparates

1) Ernennung Hitlers zum Reichskanzler

Am 30.1.1933 ernannte Reichspräsident v. Hindenburg Adolf Hitler zum Reichskanzler. Dem vorausgegangen war die wiederholte Zerreißprobe der Weimarer Staatsordnung durch wirtschaftliche Not, eine politische Polarisierung, die sich nicht nur in der parlamentarischen Stärke der extremen Parteien rechter wie linker Orientierung, sondern auch in Straßenschlachten äußerte, und ein exzessiver Gebrauch der dem Reichspräsidenten durch Art. 48 Abs. 1, 2, sowie Art. 53 WRV verliehenen Befugnisse, im Zuge dessen jener zunehmend an die Stelle des infolge seiner Polarisierung weitgehend mehrheits- und damit handlungsunfähigen Reichstags trat⁵. Nachdem v. Schleicher als Kanzler die Etablierung einer „Querfront“, also einer lagerübergreifenden, namentlich auch Teile der NSDAP einbindenden Regierungsbasis misslungen war⁶, begannen im Januar 1933 Verhandlungen des (seit 1932 parteilosen) ehemaligen Reichskanzlers Franz von Papen und Hitlers über eine gemeinsame Regierungsbildung unter Einbindung der DNVP⁷. Nach dem Rücktritt v. Schleichers am 28.1.1933 beauftragte Reichspräsident v. Hindenburg v. Papen mit Sondierungen für die Kabinettsbildung, deren Ziel zu diesem Zeitpunkt in erster Linie noch eine Kanzlerschaft v. Papens war. Nachdem sich aber abzeichnete, dass die Kooperation sowohl der DNVP als

⁴ Einen solchen vertritt etwa schon K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30 (33 sowie passim), der aber hinsichtlich späterer Stadien auch ausdrücklich von „Machtbefestigung“ spricht.

⁵ Vgl. zum Ganzen W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 553 ff.; K.D. BRACHER, *Stufen der Machtergreifung*, Bd. 1 in DERS./SCHULZ/SAUER, *Die nationalsozialistische Machtergreifung*, Ausg. Ullstein 1974, S. 57 ff.; A. WIRSCHING, *Die Weimarer Republik*, 2. Auflage, München, 2008, S. 31 ff.

⁶ Vgl. A. WIRSCHING (Fn. 5), S. 43 f.

⁷ Vgl. M. WILL, *Die Kabinettsbildung am 30. Januar 1933 von dem Hintergrund des Verfassungswandels in der Spätphase der Weimarer Republik*, *Der Staat* 43 (2004), 121 (124 ff.).

auch potentieller Kooperationspartner als auch potentieller Kabinettsmitglieder nicht für ein Kabinett v. Papen, aber für ein Kabinett Hitler zu haben war, ernannte v. Hindenburg diesen auf der Grundlage eines Konzepts der Bändigung Hitlers durch ein Kabinett, in dem sich die Nationalsozialisten klar in der Minderheit befanden, und die Notwendigkeit, seine Politik auf Reichstagsmehrheiten stützen zu müssen, weil und soweit er nicht auf den seiner Person gegenüber skeptischen Reichspräsidenten und dessen großzügige Anwendung des Art. 48 WRV zählen könnte⁸. Mag man diesen Vorgang auch als einen politischen Wendepunkt ansehen – staatsorganisationsrechtlich bemerkenswert war er kaum⁹. Art. 53 WRV ließ dem Reichspräsidenten weitgehend freie Wahl, sah insbesondere anders als das Grundgesetz in Art. 63 GG keine Wahl des Kanzlers durch das Parlament vor¹⁰. Mochte auch aus Art. 54 WRV abgeleitet werden, dass der zu Ernennende grundsätzlich eine realistische Aussicht auf das Vertrauen des Reichstags haben müsse¹¹, so waren die Erfolgsaussichten Hitlers ex ante zwar möglicherweise nicht sonderlich groß, doch war dies im Wesentlichen auf die für *jeden* Kandidaten nachteilige Zersplitterung und Polarisierung des Reichstages zurückzuführen und Hitler immerhin Vertreter eines der politisch starken Lager. Daher dürfte ein Verfassungsverstoß unter diesem Gesichtspunkt letztlich nicht vorliegen¹². Wegen der (erkennbaren) Verfassungsfeindlichkeit¹³ Hitlers wird zwar in der Ernennung ein mit der Weimarer Reichsverfassung nicht in Einklang stehender (aber weder hinsichtlich seiner Natur noch hinsichtlich seiner Rechtsfolgen präzise kategorisierter) Akt gesehen¹⁴. Dass die Weimarer Reichsverfassung sie verboten hätte, dürfte sich aber zumindest nach der in der Weimarer Staatsrechtslehre vorherrschenden Ansicht¹⁵, dass die Verfassung inhaltlich (beinahe) schrankenlos änderbar sei, nicht begründen lassen; als verfassungsfeindlich konnte ihr eigentlich

⁸ Näher M. WILL (Fn. 7), *Der Staat* 43 (2004), 121 (134 ff.).

⁹ Vgl. aber noch unten C.

¹⁰ Näher A. VOSSKUHL/J. SCHEMMEL, *Grundwissen – Öffentliches Recht: Die Bundesregierung*, JuS 2020, 736 f.

¹¹ G. ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, 14. Auflage 1933 (unveränderter Nachdruck Bad Homburg vor der Höhe 1965), WRV Art 53 Ziff. 1.

¹² I.E. ähnlich C. STRASSER-GACKENHEIMER, *Die staatsrechtliche Kontinuität des Deutschen Reichs von der 'Machtergreifung' bis zum Tod Hitlers*, Baden-Baden 2013, S. 89 f.; alternativ müsste man in dieser Konstellation entweder die Unmöglichkeit einer Regierungsbildung akzeptieren oder die Auflösung des Reichstags für zwingend halten.

¹³ Vgl. die Zusammenstellung zeitgenössischer Quellen bei K. REVERMANN, *Die stufenweise Durchbrechung des Verfassungssystems der Weimarer Republik in den Jahren 1930 bis 1933*, Münster 1959, S. 81 ff.

¹⁴ Vgl. K.D. BRACHER, *Die Auflösung der Weimarer Republik*, 3. Auflage Villingen 1960, S. 731 f.: „Der Geist dieses Regierungswechsels war dem Sinne der Verfassung gänzlich zuwider.“

¹⁵ M.w.N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 3.

nur gelten, wer die Beseitigung der bestehenden Verfassungsordnung unter Missachtung nicht nur ihres Inhaltes, sondern auch der dafür vorgeschriebenen Formen anstrebte, was Hitler abgestritten hatte¹⁶.

2) *Auflösung des Reichstags*

v. Hindenburg stellte seine Amtsbefugnisse bald doch in den Dienst der neuen Regierung¹⁷: Durch Verordnung des Reichspräsidenten vom 1.2.1933¹⁸ löste v. Hindenburg auf Initiative Hitlers¹⁹ unmittelbar nach dessen Ernennung zum Reichskanzler den Reichstag auf. In der Sache erhielt die neue Regierung dadurch die Gelegenheit, vorläufig ungestört ihre Macht zu festigen und dadurch gleichzeitig, soweit es die aus der Wahl vom 6.11.1932 mit deutlichen Verlusten hervorgegangenen Nationalsozialisten betraf, die Voraussetzungen für eine stärkere Position im Parlament und damit (auch verfassungsändernde) parlamentarische Mehrheiten zu schaffen²⁰.

3) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 (sog. „Schubladenverordnung“)²¹

Durch auf Art. 48 Abs. 2 WRV gestützte Notverordnung des Reichspräsidenten²² wurden sodann Beschränkungen insbesondere der Versammlungsfreiheit (Abschnitt I) und der

¹⁶ So im Ulmer Reichswehrprozess, vgl. P. BUCHER, *Der Reichswehrprozeß, Der Hochverrat der Ulmer Reichswehroffiziere 1929/30*, Boppard am Rhein 1967, S. 270.

¹⁷ Bemerkenswert ist, dass v. Hindenburg eine Ernennung Hitlers offenbar bis kurz zuvor nicht ernsthaft in Betracht gezogen hatte, vgl. auch dazu M. WILL (Fn.7), *Der Staat* 43 (2004), 121 (134). Inwieweit auf den Sinneswandel des Reichspräsidenten dessen persönliches Umfeld, soziale Prägung oder organisierte Interessengruppen Einfluss hatten, ist hier nicht aufklärbar. Vgl. K.D. BRACHER (Fn. 2), *VfZ* 1956, 32 f. sowie H. BOLDT, *Januar 1933, Anmerkungen zu Hans-Ulrich Wehlers Interpretation der „Machtergreifung“ aus verfassungshistorischer Sicht*, *Der Staat* 50 (2011), 608 (616 ff.), der darlegt, dass hier wie für die Möglichkeit der „Machtergreifung“ insgesamt strukturelle Vorbedingungen gewiss bedeutend, letztlich aber Fehlleistungen Einzelner entscheidend gewesen seien.

¹⁸ RGBl. 1933/I, S. 45. Bestimmung von Neuwahlen für den 5.3. ebd.

¹⁹ Vgl. K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band V: *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Staatsrechts*, München, 2000, S. 766. Hugenberg hatte sich in der Kabinettsitzung vom 30.1. zunächst noch gegen Neuwahlen ausgesprochen (R. MORSEY (Hrsg.): *Das „Ermächtigungsgesetz“ vom 24. März 1933, Quellen zur Geschichte und Interpretation des „Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich“*, Düsseldorf, 1992, S. 23), wohl um eine regierungsinterne Machtverschiebung zugunsten der NSDAP und zulasten der NSDAP zu vermeiden (auch dazu K. STERN, a.a.O.).

²⁰ Zum Ausschluss der zweimaligen Auflösung aus demselben Anlass vgl. C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 93 ff.

²¹ RGBl. 1933/I, S. 35. Zur Terminologie vgl. W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 608.

²² „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze des deutschen Volkes“ vom 4.2.1933 RGBl. 1933/I, S. 35.

Pressefreiheit (Abschnitt II) eingeführt sowie Verbote öffentlicher Spendensammlungen zu politischen Zwecken ermöglichte (Abschnitt III), die aber nach ihrem Wortlaut keine bestimmte politische Tendenz bevorzugte; durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (namentlich des noch heute gebräuchlichen Begriffs der öffentlichen Sicherheit) war eine exzessive Handhabung im Vollzug bei isolierter Betrachtung des Normtextes nicht geradezu vorgezeichnet²³. Allerdings *ermöglichte* deren Interpretationsoffenheit eine sowohl extensive als auch diskriminierende Anwendung, welche sich etwa darin äußerte, dass einerseits aufgrund des relativ weitreichenden Katalogs von Gründen für ein Verbot periodischer Druckschriften in § 8 der Verordnung umfassende Verbote gegen kommunistische und sozialdemokratische Zeitungen ausgesprochen, andererseits der Wahlkampf der Nationalsozialisten durch Weisungen an die Exekutive protegirt wurde²⁴.

4) „*Verordnung des Reichspräsidenten zur Herstellung geordneter Regierungsverhältnisse in Preußen*“ vom 6.2.1933²⁵

Eine einerseits wegen ihrer antiföderalistischen Stoßrichtung, andererseits wegen ihrer Bedeutung für die weitere Rechtssetzungstätigkeit des Reiches interessante Machtverschiebung bewirkte eine Verordnung des Reichspräsidenten vom 6.2.1933, welche die der Preußischen Regierung nach dem Urteil des Staatsgerichtshofes zum „Preußenschlag“ verbliebene Vertretung Preußens im Reichsrat auf v. Papen als Kommissar der Reichsregierung übertrug²⁶. Gerade hierauf zielte nun die neue, wiederum auf Art. 48 Abs. 1 WRV gestützte Verordnung, die geltend machte, es sei „durch das Verhalten des Landes Preußen gegenüber

²³ Vgl. J. BIESEMANN, *Das Ermächtigungsgesetz als Grundlage der Gesetzgebung im nationalsozialistischen Staat*, Münster, 1985, S. 246.

²⁴ Vgl. die Darstellung bei I. STRENGE, *30. Januar 1933 bis 2. August 1934, Juristische Aspekte der Revolutionszeit des NS-Regimes*, Berlin 2020, S. 42 f.

²⁵ RGBl. 1933/I, S. 43.

²⁶ Im Zuge des – seinerseits per präsidialer Verordnung (RGBl. 1932/I, S. 377;) erfolgten – sogenannten „Preußenschlages“ vom 20.7.1932 hatte der Reichspräsident bereits den damaligen Reichskanzler v. Papen als Reichskommissar eingesetzt und ihm die Befugnisse der preußischen Regierung übertragen. Der Staatsgerichtshof befand am 25.10.1932, dass dies Maßnahme zwar mangels Pflichtverletzung des Landes nicht auf Art. 48 Abs. 1 WRV, wohl aber grundsätzlich auf Art. 48 Abs. 2 WRV gestützt werden könne, jedoch insoweit unzulässig sei, als sie die Vertretung Preußens gegenüber Reich und anderen Ländern, namentlich in Reichsrat und -tag betreffe (RGZ 138, Anhang 1, S. 41 f.). Die damalige Verordnung hatte die Befugnisse „[dem] Reichskanzler“ gewährt, der v. Papen nicht (mehr) war; durch VO vom 31.1.1933 wurde aber rückwirkend zum 30.1. explizit v. Papen als Reichskommissar eingesetzt (RGBl. 1933/I, S. 33).

dem Urteil des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 25.10.1933 [...] eine Verwirrung im Staatsleben eingetreten“ und nunmehr die nach dem Urteil des Staatsgerichtshofes dem preußischen Staatsministerium verbliebenen Befugnisse – namentlich also die Vertretung Preußens im Reichsrat – wiederum dem Reichskommissar zusprach²⁷.

5) „Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat“, sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28.2.1933²⁸

Die sogenannte „Reichstagsbrandverordnung“, die v. Hindenburg in Reaktion auf den Reichstagsbrand vom 27.2.1933²⁹ erließ, brachte zunächst weitreichende Grundrechtsbeschränkungen: § 1 der VO bestimmte die „bis auf Weiteres“ geltende Außerkraftsetzung aller nach Maßgabe des Art. 48 Abs. 2 WRV suspendablen Grundrechte³⁰. Während dergleichen auch schon früher nicht immer mit Augenmaß erfolgt war³¹, schöpfte die „Reichstagsbrandverordnung“ die Möglichkeiten des Notverordnungsrechts insoweit intensiv wie extensiv bis zur Grenze aus: Der ganze Katalog wurde vollständig und auf unbestimmte Zeit außer Kraft

²⁷ Allerdings bedurfte es dazu einer Pflichtverletzung von preußischer Seite, zu deren Begründung die Verordnung nur anführt, es sei durch das Verhalten des Landes gegenüber dem Urteil des StGH „eine Verwirrung im Staatsleben eingetreten“. Der Staatsgerichtshof hatte indes ein Spannungsverhältnis zwischen preußischen Ministern und Reichskommissar explizit in Kauf genommen und den Beteiligten ein „verträgliches Zusammenarbeiten“ aufgegeben (RGZ 138, Anhang 1, S. 42). Ob aus dem Urteil ohne Weiteres die Verfassungswidrigkeit der Verordnung folgt (so wohl D. WILLOWEIT/S. SCHLINKER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 8. Auflage, München, 2019, § 39 Rn. 8), ist zweifelhaft, weil der StGH die Möglichkeit „weitergehende[r] Eingriffe“ auf der Grundlage des Art. 48 Abs. 1 WRV gerade offen gelassen hatte, falls diese die ihr verbliebenen Befugnisse pflichtwidrig wahrnehme (RGZ 138, Anhang 1, S. 42; vgl. dazu W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 624). Im Übrigen traf die Verordnung durchaus auf Widerstand der übrigen Landesregierungen und führte zu einer erneuten Anrufung des StGH (K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 191 f.), dessen Tätigkeit aber kurz darauf endete, ohne dass es er formal aufgehoben worden wäre (vgl. A. VOSSKUHLE, in: Von Mangold/Klein/Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 7. Auflage, 2018, GG Art. 93 Rn. 9).

²⁸ RGBl. 1933/I, S. 83.

²⁹ Ein näheres Eingehen auf den Reichstagsbrand selbst erübrigt sich hier, insofern einerseits das Ereignis selbst allgemein bekannt ist und andererseits Hintergründe und etwaige Beteiligungen unklar blieben (vgl. die in ihrer Tendenz durchaus gegenläufigen Darstellungen bei K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30(36f.); H. MOMMSEN, *Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen*, VfZ 1964, 351 ff.). Eine durch die Nationalsozialisten sogleich behauptete Beteiligung der KPD ist nicht belegt, eine solche der NSDAP als größter Profiteurin der Ereignisse denkbar, aber ebenfalls nicht nachgewiesen.

³⁰ Freiheit der Person (Art. 114 WRV), der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 115 WRV), des Brief- Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 117 WRV), der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 118 WRV), der Versammlungsfreiheit (Art. 123 WRV), der Vereinigungsfreiheit (Art. 124 WRV) und des Eigentumsgrundrechts (Art. 153 WRV).

³¹ Vgl. die Ausführungen bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 37 f. zur „Verordnung des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen“ vom 28.3.1931 (RGBl. 1931/I, S. 79), deren § 16 die Außerkraftsetzung der in Art. 48 WRV genannten Grundrechte „für die Geltungsdauer dieser Verordnung in dem zu ihrer Durchführung erforderlichen Umfang“ bestimmte.

gesetzt und Eingriffe in diese Rechte „auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen“³² für zulässig erklärt. Auch das war kein völliges Novum³³, bildete aber die Grundlage für die weitgehende Unterdrückung jedes Wahlkampfes namentlich der SPD und der KPD. Organisationsrechtlich räumte die Verordnung der Reichsregierung ein Selbsteintrittsrecht gegenüber den obersten Landesoberbehörden einräumte, falls „in einem Lande die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen nicht getroffen“³⁴ würden (§ 2), und schuf somit die Grundlage für eine Gleichschaltung der Länderexekutive. Obgleich sich die Verordnung in ihrem operativen Teil nicht explizit gegen eine bestimmte politische Gesinnung richtete, wurde sie ausweislich der Präambel erklärtermaßen „zur Abwehr *kommunistischer* staatsgefährdender Gewaltakte“³⁵ erlassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Bewertung dieser Verordnung ist zu differenzieren: Zwar vertrat die Weimarer Staatsrechtslehre durchaus Begrenzungen der „Diktaturgewalt“ des Art. 48 Abs. 2 WRV, wonach einerseits die erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, welche der Normtext verlangte, nicht die tradierten Schutzgüter des Gefahrenabwehrrechts in all ihren Ausprägungen, sondern „die Grundlagen des staatlichen und gesellschaftlichen Lebens“ in Bezug nahm³⁶, und näherte sich gar einem Verhältnismäßigkeitskriterium an³⁷. Andererseits bestand aber auch weitgehende Einigkeit darüber, dass dem Reichspräsidenten ein weiter Ermessensspielraum zuzugestehen sei, weshalb eine Kassation nur durch den Staatsgerichtshof und wegen materieller Rechtswidrigkeit allenfalls in Evidenzfällen in Betracht komme³⁸. Eine Beurteilung dieser Voraussetzungen fällt knapp 90 Jahre später naturgemäß schwer. Es liegt aber nahe, dass v. Hindenburg nach pflichtgemäßem Ermessens aus dem Reichstagsbrand nicht auf einen unmittelbar bevorstehenden Großangriff der KPD

³² I. STRENGE (Fn. 24), S. 54 weist zurecht auf die handwerkliche Mangelhaftigkeit der Verordnung hin, welche die Außerkraftsetzung gesetzlicher Grenzen eher zu begründen als anzuordnen scheint („daher [...] auch außerhalb der sonst hierfür bestimmten gesetzlichen Grenzen zulässig“ (Hervorhebung nur hier). Dass damit einfachrechtliche Bestimmungen ausgehebelt werden sollten, ist dennoch recht klar.

³³ Vgl. die „Verordnung des Reichspräsidenten, betreffend die Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Groß-Berlin und Provinz Brandenburg“ vom 20.7.1932, RGBl. 1932/I, S. 377.

³⁴ Wiederum operiert die Formulierung mit traditionellen und noch immer gebräuchlichen Kategorien des Gefahrenabwehrrechts, die zwar nicht dezidiert antiliberal, aber in ihrer Unbestimmtheit missbrauchsanfällig sind.

³⁵ RGBl. 1933/I, S. 83 (Hervorhebung nur hier).

³⁶ So R. GRAU, in: G. ANSCHÜTZ/R. THOMA, *Handbuch des deutschen Staatsrechts* Bd. 2, S. 278; tendenziell weiter aber G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 48 Ziff. 6.

³⁷ R. GRAU (Fn. 36), S. 279.

³⁸ Vgl. R. GRAU (Fn. 36), S. 294; G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 48 Ziff. 18.

gegen die Verfassungsordnung schließen und erst recht nicht die vollständige Entfesselung der Exekutive für erforderlich halten durfte. Andererseits blieb dies aber nach damaliger Auffassung weitgehend folgenlos: Nichtigkeit ipso jure kam schon gar nicht in Frage, und eine judikative Kassation war weder greifbar noch veranlasst. Die Reichstagsbrandverordnung war aus dieser Perspektive ein weiteres, wenn auch besonders krasses Beispiel staatsrechtlich durchaus zweifelhafter, aber im Ergebnis wirksamer exzessiver Handhabung des Art. 48 WRV³⁹.

6) *Wahlkampf, Reichstagswahl vom 5.3.1933 und zunehmende Übernahme der Länderexekutive*

Nicht zuletzt auf der Grundlage dieser Verordnung, welche die Exekutive einerseits entfesselte und andererseits in den Dienst der Reichsregierung stellte, sah sich die politische Opposition im Wahlkampf massiven Einschränkungen ausgesetzt. Ein besonders deutliches Bild ergeben insoweit die Vorgänge in Preußen, wo infolge des „Preußenschlages“ Hermann Göring die Befugnisse des preußischen Innenministers übernommen hatte⁴⁰. Ein Runderlass vom 3.3.1933⁴¹ wies darauf hin, dass durch die „Reichstagsbrandverordnung“ auch einfachrechtliche Grenzen der polizeilichen Befugnisse aufgehoben seien, stellte klar, dass die Verordnung „in erster Linie gegen die Kommunisten gerichtet“ sei und schränkte ihre Anwendung insoweit ein, als gegen Angehörige oder Organisationen anderer Parteien nur zur Abwehr „kommunistischer Bestrebungen in weitestem Sinne“ vorzugehen sei; „andere Parteien“ meinte aber neben den Kommunisten ausdrücklich nicht Sozialdemokraten und Anarchisten. Damit war klar, dass die Anwendung der Verordnung sich namentlich gegen KPD und SPD – sozialdemokratische sollten ja explizit keine „anderen Parteien sein“ – und damit gegen die wesentlichen parlamentarischen Gegengewichte zu NSDAP und KSWR⁴² richtete. Bereits am 22.2.1933 waren in Preußen Angehörige nationalsozialistischer und nationalistischer Kampfverbände als Hilfspolizisten berufen, schon am 17.2. die Polizei zu exzessivem

³⁹ Näher C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 103 ff.; ebd. S. 105 auch zum vorläufigen Charakter der Befugnisse des Art. 48 Abs. 2 S. 2 WRV („vorübergehend“) und dessen Missachtung im Falle der Reichstagsbrandverordnung.

⁴⁰ In den übrigen Ländern war zwar, soweit keine nationalsozialistische Regierungsbeteiligung vorlag, die Exekutive bislang nicht „gleichgeschaltet“; spätestens § 2 der Reichstagsbrandverordnung ermöglichte aber auch hier ein Durchgreifen.

⁴¹ RdErl. d. MdI. (KdR.) v. 3.3.1933 - II 1121, abgedruckt bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 192 f.

⁴² „Kampffront Schwarz-Weiß-Rot“, DNVP-geführtes Wahlbündnis.

Schusswaffengebrauch ermutigt worden⁴³. Wesentliches Instrument zur Unterdrückung der Opposition wurde neben der (schon aufgrund der „Schubladenverordnung“ begonnenen) Unterdrückung oppositioneller Presse sowie deren Wahlkampfveranstaltungen die sogenannte „Schutzhaft“. Während unter dieser Bezeichnung schon zuvor sicherheitsbehördliche Inhaftierungen möglich gewesen waren, unterschied sich die nunmehr einsetzende Praxis davon einerseits durch die (faktische) Ausschaltung des Vorbehaltes gerichtlicher Überprüfung⁴⁴, infolge derer Dauer und Grundlage der Haft weitgehend willkürlich bestimmt werden konnten, und ihre massenhafte Anwendung gegen Oppositionelle⁴⁵.

Infolge der Wahl vom 5.3.1933 gewann die NSDAP zwar deutlich an Stimmen, besaß jedoch mit 43,9 % der Stimmen und 288 der 647 Reichstagsmandate noch immer nicht die absolute Mehrheit von 324 Sitzen. Zusammen mit dem Koalitionspartner, dem DNVP-geführten Wahlbündnis „Kampffront Schwarz-Weiß-Rot“, welches mit 8 % der Stimmen 52 Sitze für die DNVP erhielt⁴⁶, verfügte die Regierung zwar über eine absolute, aber noch immer über keine Zweidrittelmehrheit (432 Sitze) im Parlament, konnte also für die Zwecke des Art. 76 WRV weder aus den eigenen Reihen die erforderliche Zahl Abgeordneter für das Beschlussfähigkeitsquorum stellen noch bei hinreichender Präsenz der übrigen Parteien die qualifizierte Abstimmungsmehrheit erreichen. Gleichwohl begannen die Nationalsozialisten nunmehr mit einer Kampagne, um Politik und Gesellschaft auf einen massiven Umbau der staatlichen Strukturen einzustimmen: Ein Erlass des auch hierin die Regierung Hitler unterstützenden Reichspräsidenten vom 12.3.1933 bestimmte, dass „bis zur endgültigen Regelung der Reichsfarben“⁴⁷ die Flagge des Kaiserreiches und die Hakenkreuzflagge gemeinsam zu hissen seien⁴⁸; die Regierung wurde um ein Propagandaministerium unter Goebbels ergänzt⁴⁹, die Mittelparteien zum Zusammentritt des neuen Reichstages am 21.3.1933 mit dem

⁴³ (Fn. 5), S. 116.

⁴⁴ Ob gerichtlicher Rechtsschutz theoretisch möglich sein müsste, wurde zeitweise diskutiert; in der Praxis blieb er den Inhaftierten regelmäßig verwehrt, vgl. I. STRENGE (Fn. 24), S. 67 ff.

⁴⁵ Vgl. zum Ganzen I. STRENGE (Fn. 24), S. 66 ff.

⁴⁶ Wahlergebnisse und Sitzzuteilung jeweils Reichstags-Handbuch VIII. Wahlperiode 1933, Berlin 1933, S. 61 f./71.

⁴⁷ Wohlgermerkt enthielt Art. 3 WRV eine durchaus nicht vorläufige Regelung, der zufolge die Reichsfarben Schwarz, Rot und Gold waren.

⁴⁸ RGBl. 1933/I, S. 103.

⁴⁹ RGBl. 1933/I, S. 104.

Staatsakt von Potsdam eindringlich zur Kooperation aufgefordert und zugleich der Bevölkerung das neue Regime öffentlich in die Tradition des Kaiserreiches gestellt⁵⁰. Zugleich erfolgte eine Gleichschaltungswelle in den Ländern, deren wesentliche Merkmale oftmals ein die formale Übernahme der Regierungsbefugnisse vorwegnehmendes, gewaltsames Vorgehen nationalsozialistischer Schlägertruppen und namentlich der SA und die sich anschließende Entsendung von Reichskommissaren war, denen auf der Grundlage der Reichstagsbrandverordnung sowie gegebenenfalls unter Berufung auf die Ausschreitungen Befugnisse der Landesregierungen übertragen wurden⁵¹.

7) Ermächtigungsgesetz

Eine, wenn nicht die wesentliche staatsorganisationsrechtliche Untergrabung der durch die Weimarer Reichsverfassung konstituierten Strukturen von Gewaltenteilung und Demokratie implizierte das sogenannte „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.3.1933, welches der neue Reichstag am 23.3.1933 mit 444 gegen 94 Stimmen beschloss und welches der Reichsregierung die Befugnis zum Erlass formeller Gesetze einräumte, die keine Beschränkung der sachlichen Organzuständigkeit kannte und weder den verfahrensrechtlichen noch irgendwelchen anderen, insbesondere materiellen Vorgaben der WRV unterworfen wurde. Einige Grenzen zog das Gesetz allerdings selbst: Die zu erlassenden Gesetze durften nicht „die Einrichtung des Reichstags und des Reichsrats als solche zum Gegenstand haben“, die Rechte des Reichspräsidenten sollten unberührt bleiben. Schließlich war die Geltung des Gesetzes auflösend bedingt und befristet: Es sollte außer Kraft treten, falls die aktuelle Reichsregierung durch eine andere abgelöst werde, und anderenfalls mit dem 1.4.1937 außer Kraft treten – eine Begrenzung, von der *Heinrich Triepel* am 2. April 1933 prophezeite, dass sie im Ergebnis nicht zum Zuge kommen werde⁵².

⁵⁰ Näher K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 209 ff.

⁵¹ Diese Vorgänge im Einzelnen darzustellen, würde hier den Rahmen sprengen; vgl. dazu K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 109 ff.

⁵² H. TRIEPEL, Deutsche Allgemeine Zeitung Nr. 157 v. 2.4.1933, umschrieb das mit den Worten, das Gesetz habe „das ganze System des in der Verfassungsurkunde vorgezeichneten konstitutionellen Lebens auf vier Jahre in Schlummer versetzt – wobei so gut wie sicher [sei], dass das Schlummernde nicht wieder geweckt werden [werde] [...]“. (zitiert nach H. SCHNEIDER, in G. Jasper (Hrsg.), *Von Weimar zu Hitler, 1930-1933*, Köln, 1968, S. 441 - insoweit nicht in der ursprünglichen Veröffentlichung VfZ 1953, 197) Hitler stellte anscheinend auf Anregung v. Papens (!) schon am 31.1.1933 im Kreise der neugebildeten Regierung klar, dass das parlamentarische System nach der kommenden Reichstagswahl enden solle, vgl. R. MORSEY (Fn. 19), S. 25.

Alle drei Lesungen sowie die namentliche Schlussabstimmung über das Gesetz fanden in einer einzigen Reichstagssitzung am 23.03.1933 statt⁵³, in der zunächst Hitler in einer Regierungserklärung den Gesetzentwurf begründete⁵⁴. Dagegen sprach einzig Otto Wels für die sozialdemokratische Fraktion.⁵⁵ Zentrumsfraktion⁵⁶, Bayerische Volkspartei⁵⁷ und deutsche Staatspartei⁵⁸ formulierten jeweils Bedenken gegen das sachliche und zeitliche Ausmaß der in dem Entwurf vorgesehenen Befugnisse, erklärten sich aber letztlich bereit, dem Gesetz zuzustimmen⁵⁹. Mit 444 Stimmen wurde es schließlich angenommen⁶⁰. Der Reichsrat beschloss, gegen den Gesetzentwurf keinen Einspruch zu erheben, und der Reichspräsident fertigte das Gesetz am 24.3.1933 aus⁶¹. Verfassungsrechtlich sind allerdings verschiedene Einwände gegen Zustandekommen und Inhalt des Gesetzes möglich, welche hier deshalb näherer Erörterung lohnen, weil mit ihnen die Frage verbunden ist, ob die weitgehenden Befugnisse, die es der Regierung einräumte, zu einer Legalisierung der Diktatur vom Standpunkt der Weimarer Reichsverfassung führen konnten.

a) *Formelle Verfassungsmäßigkeit*

(aa) Abstimmung im Reichstag

α) Mehrheitsverhältnisse

Insofern das Ermächtigungsgesetz ein von den Vorschriften der WRV abweichendes Gesetzgebungsverfahren einführte, bedurfte es der verfassungsändernden Mehrheit des Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV, also erstens der Anwesenheit von zwei Dritteln der gesetzlichen Mitgliederzahl des Reichstages und zweitens der Zustimmung von zwei Dritteln der Anwesenden. Daher mussten die Nationalsozialisten die Beschlussfähigkeit gewährleisten, hatten andererseits aber ein Interesse daran hatten, durch möglichst weitgehende Unterdrückung ihrer

⁵³ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 23 ff.

⁵⁴ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 25-32.

⁵⁵ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 32-34.

⁵⁶ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 37.

⁵⁷ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 37 f.

⁵⁸ Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 38.

⁵⁹ Für den „Volksdienst“ teilte der Abgeordnete Simpfendörfer lediglich vorbehaltlos die Zustimmung zum Gesetzentwurf mit, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 38.

⁶⁰ Endgültiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 45.

⁶¹ H. SCHNEIDER, *Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933*, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1953, 197 (209).

politischen Gegner die qualifizierte Abstimmungsmehrheit zu erreichen⁶². Als Hindernis für ein wirksames Zustandekommen des Ermächtigungsgesetzes wird insoweit namentlich der Umstand angesehen, dass alle Abgeordneten der KPD verfolgt wurden und daher entweder inhaftiert oder auf der Flucht waren⁶³. Ebenfalls fehlten 20 Abgeordnete der SPD, von denen mutmaßlich etwa die Hälfte inhaftiert war⁶⁴. Unbeachtlich war jedenfalls die am selben Tag beschlossene Änderung der Geschäftsordnung des Reichstages, der zufolge unentschuldig fehlende Abgeordnete als anwesend gelten sollten⁶⁵: Gegenüber der grundsätzlichen Kompetenz des Reichstags zur Regelung seiner Beschlussfähigkeit per Geschäftsordnung aus Artt. 26 S. 2, 32 Abs. 2 WRV war Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV *lex specialis* und daher eine abweichende Regelung durch die Geschäftsordnung unmöglich⁶⁶. Allerdings kam es auf diese

⁶² Vgl. H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (201 f.).

⁶³ I. Strenge (Fn. 24), S. 82; anders i.E. H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (217 f.). Die Angabe, dass die Mandate der KPD bereits am 23.3.1933 (in welcher Form auch immer) kassiert gewesen seien (so H.-O. MEISNER/H. WILDE, *Die Machtergreifung*, Stuttgart, 1958, S. 244; ähnlich K. STERN (Fn. 19), S. 771, vgl. aber DERS., ebd. S. 792) erscheint nach Lage der Primärquellen zumindest missverständlich: Eine rechtsförmige Annullierung war zu diesem Zeitpunkt nicht einmal der äußeren Form nach erfolgt. Richtig ist zumindest, dass sie bei dem offiziellen Ergebnis der Abstimmung über das Ermächtigungsgesetz nicht gezählt wurden (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 40/42 ff. Die Drucksache selbst datiert erst vom 13.04.1933, also *nachdem* § 10 des „vorläufigen Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“ die Mandate explizit für unwirksam erklärt hatte, Göring zählte sie aber bereits am 23.3.1933 nicht mehr mit.). Richtig ist andererseits auch, dass die kommunistischen Abgeordneten sowohl im Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 66 vom 18.3.1933, (ebd. Seite 4 u. erste Beilage) als auch in Parlamentsdrucksachen vom 28.3.1933 (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anlagen 1, 2, 3 – jeweils „berichtigt“ durch Zusätze vom 10.04.1933) noch als solche geführt werden. Und schließlich behandelte der Reichstag noch zu Beginn der Sitzung am 23.3.1933 einen Antrag auf Aufhebung der Immunität des KPD-Abgeordneten Madalena. Plausibel erscheint, dass die „Kassation“ sich zu diesem Zeitpunkt darauf beschränkte, dass die Abgeordneten der KPD nicht nur vielfach verfolgt, eingesperrt und interniert, sondern im Übrigen nicht als solche anerkannt und insbesondere nicht zur Sitzungseröffnung geladen wurden (so wohl K. Stern (Fn. 19), S. 792; vgl. auch P. LÖBE, *Der Wer war lang, Erinnerungen*, 4. Auflage, Berlin, 1990, S. 217, der beschreibt, dass „man den 81 kommunistischen Abgeordneten den Zutritt zu weiteren Reichstagssitzungen unmöglich machte“; dass die Regierung eine förmliche Kassation (noch) nicht beabsichtigte, bestätigt auch eine Äußerung Fricks vom 10.3.1933, wonach die KPD-Abgeordneten in Konzentrationslagern interniert und daher nicht in der Lage sein würden, ihre Mandate wahrzunehmen, vgl. K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 204). Gerade in dem Hinausrechnen der Mandate, das eine Legitimation nach Maßgabe der WRV nicht einmal vorgab, liegt allerdings der Beleg eines revolutionären Selbstverständnisses.

⁶⁴ Vgl. dazu noch Fn. 71.

⁶⁵ Dazu wurde § 98 der Geschäftsordnung um einen Abs. 3 ergänzt, der die Anwesenheit jener Abgeordneten fingierte, die gemäß dem ebenfalls neu eingefügten § 2a der Geschäftsordnung ausgeschlossen werden konnten, wobei es nach dem Wortlaut nicht darauf ankam, dass dies auch geschah. Der neue § 2a wiederum sah diese Möglichkeit für Abgeordnete vor, die „ohne Urlaub oder infolge einer Erkrankung, die dem Abgeordneten die Teilnahme nicht tatsächlich unmöglich macht[el], [...] nicht teil[nahmen]“ (Reichstags-Handbuch VIII. Wahlperiode 1933, Berlin 1933, S. 8/32).

⁶⁶ Vgl. bereits G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76 Ziff. 5; in diesem Sinne bewertet die Änderung der GeschO auch C. STRASSER-GACKENHEIMER (Fn. 12), S. 130.

Regelung letztlich nicht an. Vielmehr waren mit 538 deutlich mehr als die erforderlichen 432 Abgeordneten anwesend⁶⁷. Mit je nach Zählung 441⁶⁸ oder 444⁶⁹ Ja-Stimmen wurde ferner auch das Minimum für die erforderliche qualifizierte Abstimmungs Mehrheit (359 der anwesenden 538 Abgeordneten)⁷⁰ deutlich überschritten. Zugrunde gelegt, dass allein die Zahl der Ja-Stimmen zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl von 647 Abgeordneten überstieg, wäre die qualifizierte Abstimmungs Mehrheit nicht einmal verfehlt worden, wenn alle abwesenden Abgeordneten teilgenommen und mit „Nein“ gestimmt hätten. Aus demselben Grund stellen durchaus bestehende Zweifel an der tatsächlichen Zahl anwesender Abgeordneter⁷¹ das Erreichen der doppelten Zweidrittelmehrheit des Art. 76 WRV im Ergebnis eher nicht in Frage.

⁶⁷ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (207).

⁶⁸ Vorläufiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 40. Diese Zahl nennt etwa auch noch E.R. HUBER, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2. Auflage, Hamburg, 1939, S. 43.

⁶⁹ Endgültiges Ergebnis, Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 45.

⁷⁰ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (207). weist zutreffend darauf hin, dass die Berechnungsweise Görings nicht nur die Mandate der 81 KPD-Abgeordneten gänzlich ignoriert, sondern überdies Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV insoweit falsch anwendet, als sie für die qualifizierte Abstimmungs Mehrheit entgegen dem Wortlaut nicht zwei Drittel der *tatsächlich anwesenden*, sondern zwei Drittel der für die Beschlussfähigkeit im Rahmen dieser Vorschrift *mindestens erforderlichen* Zahl Abgeordneter (also $2/3 \cdot 2/3$ resp. $4/9$ der gesetzlichen Mitgliederzahl) annimmt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass diese Berechnungsweise der Frage ausweichen sollte, ob die Anwesenheitsfiktion (Fn. 65) nun auch für die qualifizierte Abstimmungs Mehrheit zugrunde zu legen sei. Der Wortlaut der neuen Geschäftsordnungsregelungen differenzierte hier nicht, und die Fiktion nur für die Frage der Beschlussfähigkeit, aber nicht für die qualifizierte Abstimmungs Mehrheit gelten zu lassen, lief auf eine Art staatsrechtlicher „Rosinentheorie“ hinaus, der zufolge die Regierungsfaktionen sich im Rahmen des Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV einmal auf die fiktive, dann wieder auf die wahre Sachlage hätten berufen können. Mangels Wirksamkeit der Geschäftsordnungsänderung ist diese Überlegung allerdings hypothetischer Natur; im Übrigen hätte auch diese Berechnungsweise am (dann allerdings deutlich knapperen) Ergebnis nichts geändert (dazu sogl.).

⁷¹ Hinsichtlich der Zahlenangaben bestehen allerdings Unklarheiten. So wird in der Literatur mitunter die Zahl von anwesenden 552 Abgeordneten genannt (so bei H. SCHNEIDER (Fn. 61), VfZ 1953, 197 (217) („zu der Sitzung erschienen“) und U. MATTHÉE, *Die Legalität des Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 und die Schranken der Verfassungsrevision in der Weimarer Verfassung*, Kiel, 1971, S. 94 („in der Abstimmung [...] anwesend“)). Allerdings waren nach dem Verständnis der Weimarer Staatsrechtslehre nur solche Abgeordneten anwesend i.S.d. Art. 76 Abs. 1 S. 2 WRV, die sich an der Abstimmung, ggf. durch Enthaltung, auch beteiligten (m.w.N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76 Ziff. 5). Im Übrigen sind im Protokoll der namentlichen Abstimmung (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 42 ff.) 12 Abgeordnete als krank und einer als entschuldigt aufgeführt. Zusammen mit den (im Protokoll gar nicht mehr auftauchenden) 81 Abgeordneten der KPD fehlten somit wenigstens 94 der 647 Mitglieder des Reichstages, konnten also höchstens 553 anwesend sein. Die SPD hatte noch mit Antrag vom 21.3.1933 die Freilassung von 10 inhaftierten Abgeordneten erstrebt (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anhang 7), für die mit Ausnahme der Abgeordneten Agnes, die mit „Nein“ stimmte, im Protokoll kein Abstimmungsverhalten vermerkt ist. Es müssten also weitere acht Sozialdemokraten freigelassen worden und zur Sitzung erschienen sein, dann aber nicht abgestimmt oder die Sitzung wieder verlassen haben. Fünf der Inhaftierten tauchen noch in einem ähnlichen Antrag vom 17.5.1933 auf (Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, Anhang 17 wobei eine erneute Verhaftung natürlich vorstellbar ist). Vgl. ferner H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63),

β) *Beeinflussung der Abstimmung durch Gewaltandrohungen*

Die Verfolgung von KPD- und SPD-Abgeordneten war für die Beschlussfassung des Reichstags insofern kein *unmittelbares* Hindernis, als sie sich jenseits des eigentlichen Gesetzgebungsverfahrens vollzog. Doch auch in der Reichstagsitzung vom 23.3.1933 war das Gewaltpotential der NSDAP präsent. Vor und in der Krolloper befanden sich SA⁷²- und SS-Angehörige⁷³, die unter Drohungen („Wir fordern das Ermächtigungsgesetz, sonst gibt's

Anm. 36 zu Kap. 13/S. 313 sowie die spätere Schilderung H. BRÜNINGS (*Brief an Rudolf Pechel*, in Deutsche Rundschau 70 (1947), H. 7, S. 1, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 140 (141)), wonach zum Zeitpunkt der Abstimmung neun sozialdemokratische Abgeordnete verhaftet gewesen und andere zwar vor Ort gewesen seien, aber nicht abgestimmt hätten. Laut P. LÖBE (Fn. 63), S. 217, waren es dagegen zwölf Verhaftete. Die Zahl von neun Verhafteten scheint die obige Rechnung zu stützen; anzumerken ist, dass die in dem Antrag vom 21.3. nicht genannten Abgeordneten Dr. Leber (dieser taucht im ähnlichen Antrag vom 17.5. auf), und Dr. Severing (zumindest dieser am 23.) Zeitzeugen zufolge ebenfalls noch verhaftet wurden und nur Letzterer noch am 23. wieder freikam (vgl. J. FELDER, in DEUTSCHER BUNDESTAG, *Abgeordnete des Deutschen Bundestages*, Band 1, Boppard am Rhein, 1982, S. 38 sowie C. SEVERING selbst (der mit „Nein“ stimmte), *Mein Lebensweg*, Köln, 1950, Band 2, S. 384). H. BRÜNING, a.a.O. zufolge stand auch die Möglichkeit von Verhaftungen zwischen der ersten und dritten Lesung zumindest im Raum, was nichts daran ändert, dass aller Wahrscheinlichkeit nach schon bei Sitzungsbeginn keine 552 Abgeordneten erscheinen konnten. Dass sich über zwanzig sozialdemokratische Abgeordnete in Haft befunden hätten (so J. Felder, a.a.O., S. 39) ist nur vorstellbar, wenn auch diese z.T. als „krank“ geführt wurden. Ansatzweise zweifelhaft ist zuletzt allerdings auch das Abstimmungsverhalten gerade der Abgeordneten der NSDAP insofern, als sich aus einer brieflichen Darstellung Paul Löbes ergeben soll, dass diese jedenfalls zu Beginn der Sitzung nicht vollzählig erschienen seien, worauf Göring erklärt habe, anwesende Amtsträger der NSDAP zu deren Vertretung zu ermächtigen, welche im Verlauf der Sitzung auch erfolgt sei. (K.D. BRACHER (Fn. 5), Kapitel 2 Anm. 168; der entsprechende Auszug ist zuerst abgedruckt bei H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), Anm. 35 zu Kap. 13/S. 313. Danach schreibt Löbe in einem Brief an Wilde von einer „größeren Anzahl“(!) nationalsozialistischer Abgeordneter, die wegen der kurzfristigen Einberufung „noch nicht anwesend“ gewesen seien (Hervorhebung nur hier). Nicht spezifiziert wird, bei welchen Abstimmungen und in welcher Zahl die „Vertretung“ stattfand. Selbst wenn man Authentizität und sachliche Richtigkeit des Auszuges unterstellt, könnten diese Abgeordneten also noch eingetroffen sein. Die Beratung des Ermächtigungsgesetzes begann erst gut vier Stunden später (Vgl. Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Band 457, S. 23, 32, 41: Sitzungsbeginn um 14:05 Uhr, Unterbrechung 15:12 bis 18:16 Uhr, Schluss 19:52 Uhr.) Der Vorgang der „Vertretung“ ist insgesamt nicht im Protokoll vermerkt und, soweit ersichtlich, durch Löbe selbst öffentlich weder bestätigt noch dementiert worden; vgl. aber H. SCHNEIDER (Fn. 52), S. 438 - nicht vorhanden in VfZ 1953, 197.)

⁷² Dazu J. FELDER (Fn. 71), S. 38; C. SEVERING (Fn. 71), S. 385; H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), S. 253; F. v. PAPAN, *Der Wahrheit eine Gasse*, München, 1952, S. 309.

⁷³ Die Anwesenheit beider Gruppierungen bezeugen etwa R. MAIER, *Die Reden*, Band 1 Stuttgart, 1982, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 154; E. LEMMER, *Manches war doch anders*, Frankfurt, 1968, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 161; P. BAUSCH, *Lebenserinnerungen eines schwäbischen Abgeordneten*, Korntal, 1969, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 163 (der aber einen entscheidenden Einfluss der Drohkulisse auf das Abstimmungsergebnis verneint - hingegen berichtet F. BAADE, (Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), *Der Parlamentarische Rat 1948-1949*, Band 2, Boppard am Rhein, 1981, S. 427), dass mehrere Zentrumsabgeordnete nach eigener Aussage aus Todesangst zugestimmt hätten; von einer existenziellen Bedrohung geht ebenso O. BUCHWITZ, *50 Jahre Funktionär der deutschen Arbeiterbewegung*, Berlin 1950, abgedruckt bei R. MORSEY (Fn. 19), S. 165 f. aus, der die Präsenz von SS im Plenarsaal bezeugt); vgl. schließlich W. HOEGNER, *Der schwierige Außenseiter*, München, 1959, S. 93, der zudem konkrete Todesdrohungen bezeugt.

Zunder!“⁷⁴ die Verabschiedung des Gesetzes verlangten. Hitler beendete seine Rede, mit den Worten, die Abgeordneten sollten "über Frieden oder Krieg" entscheiden⁷⁵. Abgeordnete⁷⁶ bezeugen die Drohkulisse. An sich liegt es nahe, die Androhung körperlicher Gewalt auch staatsrechtlich für beachtlich zu halten, wenn sie gegenüber den Mitgliedern eines Organs erfolgt, das gerade der staatlichen Willensbildung dienen soll. Gleichwohl fehlte es nicht nur an ausdrücklichen Bestimmungen der WRV zu den Konsequenzen eines solchen Vorgangs, sondern auch die wissenschaftliche Analyse des positiven Rechts hatte hierfür keine Maßstäbe entwickelt (und hat dies in allgemeiner Form auch in der bundesrepublikanischen Staatsrechtswissenschaft nicht getan)⁷⁷. Das ist mutmaßlich kein Zufall. Den Vorgang zu regulieren, dass eine politische Gruppierung das Parlament und damit das Machtzentrum der parlamentarischen Demokratie mit Nötigungsmitteln unter Kontrolle brachte, musste insofern zweifelhaft erscheinen, als mit dem Gelingen eines solchen Unterfangens zugleich die durch sie konstituierte Staatsgewalt als solche in Frage gestellt wurde. Mit anderen Worten: (Spätestens) Ein solcher Vorgang hat Revolutionscharakter⁷⁸, und de constitutione lata die Rechtsfolgen einer Revolution zu bestimmen, ist insofern unsinnig, als jene entweder fehlschlägt oder aber die bestehende Rechtsordnung anschließend nicht mehr durchsetzungsfähig ist. Einmal unterstellt, es wäre eine Rückkehr zur Weimarer verfassungsrechtlichen Normalität erfolgt, spricht aber vieles dafür, eine solch offene und massive Beeinflussung als Wirksamkeitshindernis für den Reichstagsbeschluss anzusehen⁷⁹.

⁷⁴ FELDER (Fn. 71), S. 38; C. SEVERING (Fn. 71), S. 385; bei H.-O. MEISSNER/H. WILDE (Fn. 63), S. 253 allerdings ohne den 2. Hs.; F. v. PAPAN (Fn. 72), S. 309, spricht von „den Reichstag umgebende[r] bewaffnete[r] SA“, sieht darin allerdings auch eine Einschüchterung, meint aber, diese habe auf das Stimmverhalten der Opposition keinen bestimmenden Einfluss gehabt. Vgl. zu dieser Frage schon Fn. 73.

⁷⁵ Unter den gegebenen Umständen konnte das nicht den sechs Jahre später begonnenen Angriffskrieg, sehr wohl aber Bürgerkrieg meinen. Insofern allerdings mussten die Abgeordneten angesichts der langen Geschichte blutiger Straßenschlachten, in denen namentlich die im Saal präsenten Schlägertruppen eine tragende Rolle gespielt hatten, Hitler durchaus beim Wort nehmen.

⁷⁶ Vgl. Fn. 72-74.

⁷⁷ Allerdings hat dieser die Regelung des Art. 146 GG Anlass gegeben, sich mit dem Problem der verfassungsrechtlichen Regelung einer Revolution zu befassen; vgl. nur M. HERDEGEN, in DÜRIG/HERZOG/SCHOLZ, *Kommentar zum Grundgesetz*, 95. EL Juli 2021, Art. 146 GG Rn. 26, der konstatiert, dass „eine Verfassung einen von den herrschenden Kräften getragenen revolutionären Umbruch mit einer neuen Grundordnung faktisch nicht aus eigener Kraft zuverlässig verhindern“ könne.

⁷⁸ Auch dieser Begriff wird sehr unterschiedlich verstanden, vgl. nur U. WIDMAIER, in E. HOLTSMANN (Hrsg.), *Politik-Lexikon*, 3. Auflage, München, 2000, S. 607 ff. Hier soll er schlicht eine Umgestaltung der Gesellschaftsordnung unter Missachtung der dafür bestehenden Rechtsregeln bezeichnen.

⁷⁹ Für einen verfassungsrechtlich beachtlichen Mangel wohl auch I. STRENGE (Fn. 24), S. 85 ff.

(bb) *Abstimmung im Reichsrat*

Auch die Beschlussfassung im Reichsrat unterliegt Zweifeln. Die Vertretung Preußens⁸⁰, Sachsens, Bayerns und Badens im Reichsrat sei nach Maßgabe des Art. 63 Abs. 1 S. 1 WRV nicht wirksam erfolgt, soweit in all diesen Ländern zwischenzeitlich Beauftragte der Reichsregierung die Regierungsgeschäfte übernommen hatten⁸¹. Diese Bedenken sind namentlich insofern von Gewicht, als die Bevollmächtigten im Reichsrat (allerdings nur im Innenverhältnis) weisungsgebunden waren⁸². Wiederum sind aber Fehlerfolgen gerade wegen des völlig irregulären Szenarios kaum begründbar: Selbst wenn man den Beschluss des Reichsrats, mit dem dieser einstimmig beschloss, gegen das Gesetz keinen Einspruch (Art. 74 Abs. 1 WRV) zu erheben, für unwirksam hält, kommt dadurch noch kein Einspruch zustande. Ihn als Folge der verfassungswidrigen Besetzung zu fingieren, erscheint schwer begründbar.

(cc) *Erfordernis der Textänderung*

Schließlich ist in Betracht zu ziehen, dass eine Änderung des Systems der Weimarer Reichsverfassung, wie sie das „Ermächtigungsgesetz“ bewirkte, nur durch *Textänderung* der Verfassung möglich gewesen sein könnte. Auch hierfür enthielt Art. 76 WRV, wiederum im Kontrast zu Art. 79 GG, keine explizite Regelung, und der Standardkommentar von *Anschütz* lässt es dabei bewenden, dass ein Erfordernis der Textänderung gewiss im Sinne der Rechtsklarheit wünschenswert, aber nun einmal nicht normiert sei⁸³. Immerhin wurde dies aber für

⁸⁰ Vgl. oben S. 4.

⁸¹ H. SCHNEIDER (Fn. 61), VEZ 1953, 197 (218 f.); U. MATTHÉE (Fn. 71), S. 104 ff. (der zusätzlich Bremen nennt); (Fn. 24), S. 88f. Bemerkenswert ist, dass dieses Vorgehen in einem viel augenfälligeren Widerspruch zur Entscheidung des Staatsgerichtshofes zum „Preußenschlag“ steht als die Verordnung vom 6.2. (vgl. SCHNEIDER, a.a.O. S. 219). War damals immerhin die Rechtsgrundlage mit Art. 48 Abs. 1 WRV eine andere, so stützte sich die Reichstagsbrandverordnung als Grundlage der begonnenen Gleichschaltung der übrigen Länder (vgl. S. 8) auf Art. 48 Abs. 2 WRV. Insofern war hier die Konstellation des „Preußenschlages“ reproduziert, allerdings zusätzlich dadurch eskaliert, dass die Einflussnahme der Reichsregierung auf die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit eine umso direktere war und zusätzlich nicht einmal die Verordnung selbst die Kommissare bestellte.

⁸² G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 63, Ziff. 6.

⁸³ G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 2.

den Fall der sogenannten „Verfassungsdurchbrechung“, d.h. einer begrenzten Ausnahmeregelung zu einem im Übrigen fortgeltenden Verfassungsrechtssatz⁸⁴, verschiedentlich bestritten, weil hierdurch letztlich nicht die Verfassung geändert werde, sondern eine Kollision im Verhältnis von Verfassung und Verfassungsdurchbrechung eintrete⁸⁵. Das Ermächtigungsgesetz dürfte als eine solche Verfassungsdurchbrechung anzusehen sein, insofern es gerade nur eine bestimmte Reichsregierung für einen bestimmten Zeitraum mit Legislativbefugnissen ausstattete.

b) *Materielle Verfassungsmäßigkeit*

Hinsichtlich der materiellen Verfassungsmäßigkeit des Ermächtigungsgesetzes stellt sich zunächst die Frage, inwieweit für sie überhaupt ein positivrechtlicher Maßstab bestand, denn die Verfassungsurkunde enthielt gerade keine „Ewigkeitsklausel“, und infolgedessen lehnte die ganz überwiegende Auffassung materielle Grenzen für Verfassungsänderungen ab⁸⁶. Allerdings wurden Ansätze verfochten, die dem modernen Verständnis eines unabänderlichen verfassungsrechtlichen Kerngehaltes zumindest nahekommen *scheinen*. So heißt es in *Schmitts* „Verfassungslehre“: „Die grundlegenden politischen Entscheidungen der Verfassung sind Angelegenheiten der verfassunggebenden Gewalt des deutschen Volkes und gehören nicht zur Zuständigkeit der für verfassungsgesetzliche Änderungen und Revisionen zuständigen Instanzen“⁸⁷. Als nicht im Wege des Art. 76 WRV zu beseitigende Elemente werden unter anderem das republikanische Prinzip, das Wahlrecht und die föderalistischen Strukturen der Weimarer Reichsverfassung genannt⁸⁸. Die Grundlage hierfür bildet die Unterscheidung zwischen „Verfassung“ und „Verfassungsgesetz“, die in ersterer einen Willens-

⁸⁴ Vgl. K. LOEWENSTEIN, *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung*, Tübingen, 1931, S. 171 f.; E. JACOBI, *Reichsverfassungsänderung*, in: *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben*, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin, 1929, S. 261.

⁸⁵ M.w.N. E. JACOBI (Fn. 84), S. 270 ff.

⁸⁶ M. w. N. G. ANSCHÜTZ (Fn. 11), WRV Art. 76, Ziff. 3.

⁸⁷ C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, 11. Auflage, Berlin, 2017, S. 105. Neben Schmitt vertrat solche materiellen Grenzen namentlich Bilfinger, vgl. DERS., *Der Reichsparkommissar*, Berlin, 1928, S. 17. Das volle Meinungsspektrum darzustellen, bleibt dieser Arbeit aus Gründen des Umfangs verwehrt; vgl. dazu näher F. SCRIBA, „*Legale Revolution*“, *Zu den Grenzen verfassungsändernder Rechtssetzung und der Haltbarkeit eines umstrittenen Begriffs*, 2. Auflage, Berlin, 2009, S. 116 ff. (128).

⁸⁸ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 104 f.

akt der verfassungsgebenden Gewalt, in letzteren dieser nur der äußeren Form nach gleichgeordnete Betätigungen der verfassten Gewalt sieht⁸⁹. Verfassung im eigentlichen Sinne sollen daher nur die politischen Grundentscheidungen des *pouvoir constituant* sein, denen durch den *pouvoir (constituant) constitué* in verfassungsgesetzlicher Form erlassene Normen nicht gleichgeordnet seien und somit auch nicht derogieren könnten. Die Anwendung dieses dezisionistischen Verfassungsbegriffs, der nicht eine Norm, sondern einen Willensakt des Verfassungsgebers als Urgrund der Rechtsordnung ansieht, auf die Weimarer Reichsverfassung ist undurchführbar. Er setzt einen Willen bereits voraus und verkennt dabei, dass weder das Volk noch die Nationalversammlung über ein Kollektivbewusstsein oder einen *einheitlichen* Willen im natürlichen Sinne verfügten. Vielmehr ist die Zuschreibung eines Willens zu einer solchen Entität notwendigerweise rechtliche Konstruktion; dass *Schmitt* dieses Problem nicht präzise⁹⁰ erfasst, ist bemerkenswert, weil sich seine „Verfassungslehre“⁹¹ explizit gegen *Hans Kelsens* normbasiertes Verständnis der Rechtsordnung und namentlich dessen „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre“ wendet, eben das Werk, in dem *Kelsen* die Unanwendbarkeit des Begriffs des Willens im natürlichen Sinne auf Personenmehrheiten nachgewiesen und differenziert dargelegt hatte, dass es sich letztlich um eine (durch *Kelsen* kritisierte) Fiktion eines natürlichen Willens oder aber (so *Kelsen*) um den Endpunkt einer Zurechnung handle. Ohne hier im Einzelnen Stellung beziehen zu können, ist jedenfalls als richtig festzuhalten, dass die Zuschreibung eines Willensaktes und namentlich einer Entscheidung in Bezug auf Personenmehrheiten (und erst recht auf Körperschaften) nicht dieselbe empirisch-deskriptive Tatsache meinen kann wie im Falle einer(!) natürlichen Person⁹². Vielmehr ist sie erst sinnvoll aufgrund einer *Norm*, welche bestimmt, dass eine bestimmte Entscheidung unter bestimmten Umständen als durch eine Entität getroffen anzusehen sei,⁹³ die keinen Willen im natürlichen Sinne besitzt und daher rein tatsächlich auch keine Entscheidungen in dem Sinne treffen kann, wie es natürliche Personen tun. Wenn *Schmitt* den Normativismus und

⁸⁹ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 22.

⁹⁰ C. SCHMITT (Fn. 87), S. 83 nähert sich ihm allerdings, um dann im letzten Moment auszuweichen und ein unscharfes Konzept der Willensäußerung zu entwerfen.

⁹¹ S. 8.

⁹² Vgl. H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, S. 169: „Den Majoritätsbeschluß als Willen der Gesamtheit gelten zu lassen, ist ein spezifisch juristischer, psychologisch unmöglicher Vorgang“.

⁹³ Auf die Qualifizierung als Zurechnung oder Fiktion kommt es hier nicht an.

damit eine normative Basis der Rechts- und Verfassungsordnung ablehnt, fehlt weitgehend⁹⁴ die Grundlage für das dezisionistische Substitut, welches er an deren Stelle setzen möchte⁹⁵. Daher ist die dezisionistische Differenzierung von Verfassung und Verfassungsgesetz letztlich unbrauchbar.

8) *Vorläufiges Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 31.3.1933*⁹⁶ und *Zweites Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933*⁹⁷

Acht Tage nach Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes erging, gestützt auf eben dieses, das „Vorläufige Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“. Neben dessen sogleich darzustellenden antiföderalistischen Regelungen ist daran bemerkenswert, dass *jetzt* in § 10 dieses Gesetzes eine offizielle (deshalb allerdings noch nicht gültige) Kassation

⁹⁴ Man möchte Schmitt zugutehalten, dass nun gerade die Figur des Alleinherrschers (welche als Urheberin der Weimarer Reichsverfassung indes nicht in Betracht kommt) doch über einen natürlichen Willen verfüge. Wenigstens auf diese Konstellation (auf welche Schmitt sie aber gerade nicht beschränkt) ließe sich die dezisionistische Konzeption also vielleicht (vgl. aber Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 170 f.) ohne inneren Bruch anwenden. Selbst, wenn ihr dieser Anwendungsbereich i.E. verbliebe (was hier nicht abschließend zu klären ist), läge aber ihre Unterlegenheit im Verhältnis zu einem normativistischen Positivismus auf der Hand. Einer ethischen Legitimation der Rechtsordnung sind beide nicht fähig; ihr Anspruch kann nur derjenige sein, eine bestehende Zwangsordnung normativ-systematisch zu deuten, wobei keiner der Ansätze dieses Unterfangen aus sich selbst heraus legitimieren kann. Der Dezisionismus versagt aber daran, sobald und soweit eine noch so beständige und systematische Zwangsordnung sich nicht auf einen empirisch-realen Einzelwillen zurückführen lässt.

⁹⁵ Tendenziell ähnlich die Kritik bei F. SCRIBA, (Fn. 87), S. 112. Von Interesse ist dieser Verklärungsversuch hier auch, weil strukturell ähnliche gedankliche Kurzschlüsse im Nationalsozialismus die Diktatur umdeuten. So führt E.R. HUBER (Fn. 68), S. 194 ff. seine Behauptung, „daß der wahre Wille des Volkes nicht durch parlamentarische Wahlen und Abstimmungen gefunden werden [könne], sondern daß der Wille des Volkes nur durch den Führer rein und unverfälscht hervorgehoben [werde]“ dahin aus, das Volk sei „eine objektive selbständige Erscheinung“ und es müsse „der ‚Wille des Volkes‘ [...] von [...] den Meinungen, Bestrebungen und Befürchtungen der jeweils lebenden Volksangehörigen unterschieden werden“. Dabei ist Hubers Darstellung insofern noch vergleichsweise differenziert, als er die Existenz divergierender Einzelwillen anerkennt. Die Belieblichkeit eines Begriffs des Volkes, der sich von den Individuen zu lösen sucht, aus welchen dieses in der Realität nun einmal besteht, gipfelt in Ausführungen wie denjenigen bei H. FRANK, *Rechtsgrundlegung des nationalsozialistischen Führerstaates*, München, 1938, S. 13 f. (Fn. 10), wonach die Form des nationalsozialistischen Staates „die demokratischste der Welt [sei], weil der Führer dieses Reiches ohne Verbindung mit leicht der Gefahr von Sonderinteressen anheimfallenden Zwischeninstanzen, wie Parlamente, Koalitionen und derartigem, unmittelbar aus dem Bedürfnis des Volkes heraus im Dienste dieses Volkes das Reich [führe]“. Den Anspruch, unter Ausschaltung von Partikularinteressen dennoch dem Bedürfnis des Volkes zu entsprechen, kann nur formulieren, wer das Volk nicht als eine Vielzahl von Einzelnen auffasst, sondern an deren Stelle eine diffuse Einheit behauptet, der dieses Bedürfnis nach eigenem Gutdünken zugeschrieben werden kann.

⁹⁶ RGBl. 1933/I S. 153.

⁹⁷ RGBl. 1933/I S. 173.

jener Reichstagsmandate der KPD erfolgte, die schon hinsichtlich des Zustandekommens des Ermächtigungsgesetzes außer Acht gelassen worden waren⁹⁸.

Auf Landesebene beseitigte zunächst § 1 des Gesetzes die Gewaltenteilung durch ein Gesetzgebungsrecht der Landesregierungen, welches namentlich auch Haushaltsangelegenheiten einschloss und gemäß § 2 des Gesetzes in organisationsrechtlichen Fragen Abweichungen von den Landesverfassungen zuließ. Antiföderalistisch wirkte diese Regelung im Wesentlichen dadurch, dass sie den Bezugspunkt für § 1 des zweiten Gesetzes zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich vom 7.4.1933 bildete. Hiernach wurden durch den Reichspräsidenten auf Vorschlag des Reichskanzlers Reichsstatthalter in den Ländern ernannt, die insbesondere den Vorsitzenden der Landesregierung ernennen und entlassen sowie auf dessen Vorschlag ebenso mit den übrigen Mitgliedern verfahren konnten; Hitler hatte somit im Ergebnis die Personalhoheit über die soeben mit erweiterten Legislativbefugnissen ausgestatteten Landesregierungen.

II. *Machtbefestigung*⁹⁹

In einem engeren Sinne kann die „Machtergreifung“ hiermit als beendet gelten¹⁰⁰: Das Ermächtigungsgesetz sprach der Regierung die Befugnis zu, beinahe jede gewünschte Rechts- und Sachlage formell zu legalisieren. Den schon durch extensive Anwendung der Reichstagsbrandverordnung vorläufig ausgeschalteten Ländern fehlte jetzt auf Dauer die Selbstständigkeit, um sich zu ernstzunehmenden politischen Gegengewichten zur Reichsregierung zu entwickeln. Die folgende Phase kennzeichnet neben dem weiteren Ausbau der Machtbefugnisse die systematische Ausschaltung verbliebener Machtzentren, auf deren Mitwirkung die Regierung Hitler zwar nicht (mehr) unmittelbar angewiesen war, die aber möglicherweise deren Macht mittelfristig politisch hätten in Frage stellen können, namentlich

⁹⁸ Vgl. Fn. 63.

⁹⁹ Die hier gewählte Terminologie orientiert sich an K.D. BRACHER (Fn. 2), VfZ 1956, 30 (33), der allerdings eine kleinschrittigere Einteilung vornimmt.

¹⁰⁰ Ähnlich gehen (allerdings mit anderem Untersuchungsziel) B. RÜTHERS/M. SCHMITT (Fn. 2), S. 369 davon aus, dass man die „Machtübernahme“ [...] etwa mit dem Inkrafttreten des Ermächtigungsgesetzes am 24.3.1933 als *vollzogen* ansehen kann“.

Parteien, Gewerkschaften¹⁰¹ und Verbände¹⁰²¹⁰³. Unter den zahlreichen, auch bereits die Umsetzung der rassistischen Ideologie des Nationalsozialismus dienenden Maßnahmen¹⁰⁴ der Jahre 1933 und 1934 sollen hier nur die für die Machtbefestigung wesentlichsten angesprochen werden: Im Sommer 1933 wurden nach und nach die verbliebenen politischen Parteien ausgeschaltet, wobei die Regierung vielfach gar nicht auf explizite Verbote zurückgreifen musste, sondern sie durch Verfolgung, Vermögenseinziehung und im Falle des Zentrums durch Einflussnahme auf den Vatikan faktisch ausschalten oder zur Selbstauflösung nötigen konnte¹⁰⁵. Bei der Reichstagswahl am 12.11.1933 stand nur noch eine Einheitsliste der NSDAP zur Wahl. Das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14.7.1933¹⁰⁶ untersagte schließlich jede parteipolitische Betätigung außerhalb der NSDAP. Das „Gesetz über den Neuaufbau des Reichs“ vom 30.1.1934¹⁰⁷ konsolidierte und steigerte zugleich die durch Ermächtigungs- und Gleichschaltungsgesetze geschaffenen diktatorischen Verhältnisse. Die Länderparlamente wurden aufgelöst, die Landesregierungen nunmehr direkt der Reichsregierung unterstellt und dieser schlicht die Befugnis zur Setzung neuen Verfassungsrechts verliehen. Das Gesetz über das Staatsoberhaupt des deutschen Reichs vom 1.8.1934 bestimmte schließlich, dass mit dem Tode v. Hindenburgs (dieser verstarb am 2.8.1934) die Befugnisse des Reichspräsidenten auf Hitler übergingen¹⁰⁸.

¹⁰¹ K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 247 ff.

¹⁰² K.D. Bracher (Fn. 5), S. 261 ff.

¹⁰³ Lediglich zu erwähnen ist auch das nachträglich formal legalisierte (RGBl. 1934/I, S. 529) Massaker Ende Juni/Anfang Juli 1934, dem namentlich die SA-Führung als potentiell verselbstständigtes Machtzentrum zum Opfer fiel; vgl. näher W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 633 ff.

¹⁰⁴ Nicht zuletzt ist hier an das „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ (RGBl. 1933/I, S. 175) zu denken, das nicht nur rassistische Ziele verfolgte, indem es die Versetzung nach nationalsozialistischer Definition „nichtarischer“ Beamter in den Ruhestand (§ 3) – häufig ohne Bezüge, vgl. § 8 f. – vorsah, sondern dessen § 4 auch die Entlassung politisch missliebiger Beamter ermöglichte und somit wesentlich zur Eingliederung der Verwaltung in den Machtapparat beitrug.

¹⁰⁵ Vgl. näher K.D. BRACHER (Fn. 5), S. 269 ff.

¹⁰⁶ RGBl. 1933/I, S. 479.

¹⁰⁷ RGBl. 1934/I, S. 75. Dieses Gesetz wurde wiederum durch den Reichstag beschlossen, was in dessen jetziger Zusammensetzung bloß noch eine formale Frage war.

¹⁰⁸ Das Gesetz wird aufgrund der Ausschaltung des letzten nach Maßgabe der WRV wesentlichen Gegengewichts zu Hitler mitunter als Abschluss der Machtergreifung angesehen (so etwa W. FROTSCHER/B. PIEROTH (Fn. 2), Rn. 637).

C. Staatsrechtliche Bedeutung

Eine staatsrechtliche Beurteilung der „Machtergreifung“ und ihrer Konsequenzen sieht sich erheblichen methodischen Schwierigkeiten ausgesetzt. Weder ist ihr Gegenstand genau bestimmt, noch kann sie von einem gesicherten normativen Rahmen als Maßstab ausgehen. Insbesondere steht die rechtstheoretische Vorfrage im Raum, ob und falls ja, wann die Vorgänge im Frühjahr 1933, vielleicht aber auch erst die weiteren Entwicklungen der Jahre 1933/34 und darüber hinaus, die Verfassungsordnung der Republik zerstörten, die wiederum aus das viel diskutierte Problem der Legalität verweist. Nicht zielführend erscheint jedenfalls eine Konzentration auf die Ernennung Hitlers zum Reichskanzler. Eine gewisse Beliebigkeit kennzeichnet (auch) hier die nationalsozialistische Staatsrechtslehre. Sie konnte, weil und soweit sie bereits relativ frühzeitig die Weimarer Reichsverfassung nicht mehr als normative Grundlage des Staates ansah¹⁰⁹, die Frage der Verfassungsmäßigkeit eigentlich nur rechtshistorisch behandeln. Wo sie Stellung nahm, wird, soweit ersichtlich, im Ergebnis die Übereinstimmung der Ernennung mit der Verfassung – als „selbstverständlich ‚legal‘ im Sinne der äußeren Buchstabentreue“¹¹⁰ oder sogar als Umsetzung des in Art. 1 Abs. 2 WRV festgelegten demokratischen Ideals¹¹¹ – konstatiert. Zugleich laufen Versuche einer Legitimierung unter Berufung auf einen gegen die Verfassung gerichteten Willen des Volkes¹¹² sowie unter Berufung auf die Herrschaftsordnung des Dritten Reiches¹¹³ auf einen revolutionären Charakter (schon) dieses Vorganges hinaus. Diese Darstellung dürfte in nicht geringem Maße durch den um Hitler errichteten Personenkult beeinflusst sein. Nüchtern betrachtet, spricht wenig für eine staatsrechtliche Signifikanz der Ernennung. Hitler als Reichskanzler war in vielerlei Hinsicht eine Katastrophe; staatsrechtlich war er zunächst einmal bloß Reichskanzler. Ebenso wenig überzeugt es im Ergebnis, der Reichstagswahl den Sinn eines

¹⁰⁹ Vgl. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Heft 1 in *Das deutsche Recht der Gegenwart*, Heft 1, Hamburg 1933, abgedruckt in *Carl Schmitt, Gesammelte Schriften*, Berlin, 2021, S. 76; E.R. HUBER (Fn. 68), S. 44 f.

¹¹⁰ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹¹ K. STEINBRINK, *Die Revolution Adolf Hitlers*, Berlin, 1934, S. 16.

¹¹² K. STEINBRINK (Fn. 111), S. 16 f., der das mit Stimmengewinnen der NSDAP bei der lippischen Landtagswahl begründet (!).

¹¹³ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45: „eigentliche innere Rechtfertigung [...] vom Geiste der neuen werdenden Ordnung aus“.

Volksentscheides zugunsten der „Machtergreifung“ beizulegen¹¹⁴. Dass es sich um einen solchen nach Maßgabe der Weimarer Reichsverfassung gehandelt habe, hat die nationalsozialistische Staatsrechtslehre (die sich von dieser ja gerade abgrenzen wollte) nicht einmal behauptet; es liegt auch fern. Eine Deutung „von der neuen revolutionären Ordnung aus“¹¹⁵ würde indes voraussetzen, dass bereits zu diesem Zeitpunkt die „Machtergreifung“ nicht nur die Weimarer Verfassungsordnung beseitigt¹¹⁶ sondern auch die Formen bereitgestellt hätte, um eine solche Entscheidungsfindung zu ermöglichen. Dafür spricht rein gar nichts; diese Darstellung passt allerdings in das Bild einer kontrafaktischen Deutung des Volkes als einheitlich denkende, wollende und handelnde Entität, deren Entscheidungen dann wenig überraschend immer die ihr von nationalsozialistischer Seite angesonnenen sein sollten. Dementsprechend wenig stößt sich diese Sichtweise dann auch daran, dass das Ergebnis der NSDAP mit 43,9% zwar erschreckend stark, aber keineswegs überwältigend war. Der nächste Schritt, den die nationalsozialistische Deutung als Sargnagel der Republik ins Auge fasst, ist der Flaggenerlass vom 12.3.1933¹¹⁷. Das scheint aufgrund des nur symbolischen Charakters der Beflagung abwegig und ist es an sich auch; allerdings geht es insoweit *nicht* an der Sache vorbei, als hiermit das Oberhaupt der Republik öffentlich dokumentierte, sich nicht mehr mit ihr zu identifizieren. Was daraus folgt, wäre aber erst zu begründen. Als „vorläufige Verfassung“ galt dieser Sicht schließlich das „Ermächtigungsgesetz“ vom 24.3.1933¹¹⁸. Was kann man nun aus heutiger Sicht über die staatsrechtlichen Folgen der Machtergreifung sagen? Eine erschöpfende Antwort müsste zuallererst eine rechtstheoretische Grundlegung leisten, die allein die Möglichkeiten dieser Arbeit sprengen würde. *Kein* taugliches Kriterium für das Ende eines Staates und das etwaige Entstehen eines neuen ist nach den bisherigen Erkenntnissen jedenfalls die Identität des Rechtsträgers. Man würde damit letztlich dem Grundirrtum des

¹¹⁴ In diesem Sinne C. SCHMITT, *Der Neubau des Staats- und Verwaltungsrechts*, Deutscher Juristentag 1933, 4. Reichstagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen e. V. Ansprachen und Fachvorträge, Berlin, 1933, S. 242-252 abgedruckt in: *Carl Schmitt, Gesammelte Schriften*, Berlin 2021, S. 57 (58); E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹⁵ E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45.

¹¹⁶ Die Reichstagsbrandverordnung war vor nicht einmal einer Woche erlassen worden; gleich, wie man das begonnene Terrorregime deutet, konnte eine nachhaltige Beseitigung der bestehenden Verfassungsordnung daraus zu diesem Zeitpunkt kaum folgen.

¹¹⁷ Als konstitutiv für das Ende der Weimarer Reichsverfassung sieht dies explizit *Schmitt* (Fn. 109), S. 76 an; nach E.R. HUBER (Fn. 68), S. 45 f. wurde hingegen die Revolution nur „symbolhaft dokumentiert“.

¹¹⁸ C. SCHMITT (Fn. 109), S. 76 (77); ihm folgend F. POETZSCH-HEFFTER/C.-H. ULE/C. DERNEDDE, *Vom Deutschen Staatsleben (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933)*, JÖR 1935, 1 (11).

Dezisionismus aufsitzen¹¹⁹. Auch das Abstellen auf die wesentlichen Grundentscheidungen und Strukturprinzipien einer Verfassung erscheint letztlich zu voraussetzungsvoll, setzt es doch deren Identifikation aus der Binnenperspektive einer Rechtsordnung voraus, welche eine solche Charakterisierung potentiell (nämlich, falls sie dem *pouvoir constituant constitué* keine Grenzen setzt) gar nicht leistet. Eine unbefangene Beurteilung ermöglicht vielmehr der zu Unrecht gescholtene¹²⁰ Positivismus, der die Rechtsordnung als die normative Deutung einer tatsächlich wirksamen Zwangsordnung auffasst¹²¹. Hiervon ausgehend, bildet das Kriterium für die Identität und Existenz einer Rechtsordnung die Identität und Existenz ihrer primordialen Rechtserkenntnisregel, ihrer „rule(s) of recognition“¹²². Für einen Staat, der wie die Weimarer Republik auf einer schriftlichen Verfassungsurkunde aufbaut, besteht dieses Validitätskriterium darin, dass eine Norm ihre Geltung direkt oder indirekt von dieser historisch ersten Verfassung ableitet. Maßgeblich für die Fortexistenz eines solchen Staates ist, ob die rechtliche Wirksamkeit einer Norm nach Maßgabe der Verfassung auch über ihre tatsächliche Wirksamkeit entscheidet. Gerade diese Form tatsächlicher Wirksamkeit ging der Weimarer Reichsverfassung im Laufe der „Machtergreifung“ leider allmählich verloren. Entscheidend sind dabei nicht die möglichen und evidenten Rechtsverstöße an sich. Bezeichnend ist vielmehr, dass gerade die Organe, die unmittelbar für die Gewährleistung der Verfassung als oberster Rechtserkenntnis- und Rechtserzeugungsregel verantwortlich waren, sie nicht mehr als solche behandelten: Ein Staatsgerichtshof, der über Anträge nicht mehr entschied; ein Reichspräsident, der dessen Judikatur konterkarierte, eine Regierung, die darüber noch hinausging und sich erklärtermaßen nicht um die Rechtmäßigkeit ihrer Gewaltmaßnahmen gegen die politische Opposition scherte; und schließlich ein Parlament, das dieser Regierung, die erklärte, sich seine Funktion nötigenfalls auch außerhalb der dafür vorgesehenen

¹¹⁹ Nämlich demjenigen, dass es eine vorrechtliche, handlungs- und entscheidungsfähige Entität „Verfassungsgeber“ gebe. Anders allerdings, wenn man deren Entscheidungsfindung als Anwendung naturrechtlicher Rechtserzeugungsnormen auffasst.

¹²⁰ Dazu H. DREIER, *Zerrbild Rechtspositivismus, Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden*, in JABLONER/KUCSKO-STADLMAYER/MUZAK/PERTHOLD-STOITZNER/STÖGER (Hrsg.) *Vom praktischen Wert der Methode*, Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, Wien, 2011, S. 61. Namentlich läuft ein moderner Positivismus darauf hinaus, mit dem Begriff des Rechts keinen irgendwie gearteten Gerechtigkeits- oder überpositiven Befolungsanspruch zu verbinden, und lässt ethisch motivierten Widerstand gegen ungerechtes Recht daher gerade zu; vgl. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, 3. Auflage, Oxford, 2012, S. 207 ff., und bemerkenswert klar schon R. THOMA, in ANSCHÜTZ/THOMA (Fn. 36), S.141 f.

¹²¹ Vgl. nur H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. Auflage, Wien, 1960, S. 45 ff., 48 ff.

¹²² Vgl. zum Konzept H.L.A. HART (Fn. 120), S. 94 ff.

Formen zu verschaffen¹²³, mehrheitlich zu Willen war – all das sind Ausformungen eines Verlustes der Verfassung an Steuerungskraft. Woran der Verfassungsstaat von Weimar zugrunde ging, war nicht die Illegalität der Machtergreifung, sondern der Umstand, dass sie Gesellschaft und Institutionen in einem Strudel aus Angst und Opportunismus nicht mehr genügend bedeutete, um diesem Kriterium praktische Relevanz zu verschaffen.

Abstract

Zusammenfassung: Der Beitrag skizziert die Anfangsphase der Etablierung der nationalsozialistischen Diktatur, die „Machtergreifung“, anhand ihrer wesentlichen rechtlichen Eckpunkte aus verfassungsrechtlicher Perspektive und untersucht deren rechtliche Relevanz sowie die Frage ihrer Legalität. Unter Heranziehung der Auffassungen der zeitgenössischen Rechtswissenschaft identifiziert er Verfassungsverstöße, betont aber auch, dass nach dem verfassungsrechtlichen Maßstab des Jahres 1933 weitreichende Machtverschiebungen zulässig oder zumindest rechtswirksam waren. Schließlich nimmt er Stellung zu den Kriterien verfassungsrechtlicher (Dis-)Kontinuität angesichts des radikalen Systemwandels sowie zur Rolle der Rechtswissenschaft – und des Rechtspositivismus im Besonderen – gegenüber einem solchen Wandel im Spannungsfeld von Recht und Gerechtigkeit.

Abstract

The article outlines the initial phase of the establishment of the National Socialist dictatorship, the “Machtergreifung”, on the basis of its essential legal cornerstones from a constitutional law perspective, exploring their legal significance and the question of their legality under the Weimar Constitution. Drawing on the views of contemporaneous jurisprudence, it identifies violations of constitutional law but also stresses that, judging by the constitutional yardstick of 1933, extensive shifts of power were legal or at least legally effective. Finally, it takes a position on the criteria of constitutional (dis)continuity in view of the radical change

¹²³ Vgl. neben der Darstellung unter B. 7) a) (aa) β) auch die unverhohlenen Drohungen im „Völkischen Beobachter“ vom 23.3.1933, abgedruckt bei I. STRENGE (Fn. 24), S. 86.

of system as well as on the role of legal science – and legal positivism in particular – facing such change in the field of tension between law and justice.

Bochum, settembre 2022.