

BERND RÜTHERS

Die unbegrenzte
Auslegung

Mohr Siebeck

Bernd Rütters
Die unbegrenzte Auslegung



Bernd Rüthers

Die unbegrenzte Auslegung

Zum Wandel der Privatrechtsordnung
im Nationalsozialismus

Neunte, unveränderte, um ein Nachwort
erweiterte Auflage

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-161723-2 / eISBN 978-3-16-163852-7 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

1. Auflage 1968 (Mohr Siebeck, Tübingen)
2. Auflage 1973 (Fischer-Athenäum, Frankfurt/Main)
3. Auflage 1988 (C. F. Müller, Heidelberg)
4. Auflage 1991 (C. F. Müller, Heidelberg)
5. Auflage 1997 erweitert (C. F. Müller, Heidelberg)
6. Auflage 2005 um ein Nachwort erweitert (Mohr Siebeck, Tübingen)
7. Auflage 2012 unverändert und um ein neues Nachwort erweitert (Mohr Siebeck, Tübingen)
8. Auflage 2017 unverändert und um ein neues Nachwort erweitert (Mohr Siebeck, Tübingen)

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

MEINEM VATER †

VORWORT ZUR 9. AUFLAGE

Die Nachfrage nach dem Buch ist bei Praktikern und Studierenden unverändert groß. Die im Kerntext *unveränderte* Neuauflage erscheint 55 Jahre nach der Erstauflage. Das ist für eine Habilitationsschrift mit diesem Thema, soweit ich sehe, ungewöhnlich.

Jahrzehnte lang gehörten die Staatsverbrechen der beiden totalitären deutschen Diktaturen nicht zum obligatorischen Teil der der Juristenausbildung in Deutschland. Inzwischen gehören das NS-Unrecht und das DDR-Unrecht kraft Gesetzes (§ 5a DRiG) zur juristischen Ausbildung: „... die Vermittlung der Pflichtfächer erfolgt auch in Auseinandersetzung mit dem nationalsozialistischen Unrecht und dem Unrecht der SED-Diktatur“. Das hat – immerhin 76 Jahre nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes – die Bundesjustizministerin Christine Lambrecht durchgesetzt.¹ Bis dahin war über viele Juristengenerationen hin vielen Rechtstudierenden die Verstrickung der Jurisprudenz und Justiz als *Mittäter* an den Staatsverbrechen der beiden deutschen Diktaturen in ihrem normalen Studiengang oft unbekannt geblieben. Sie hatten von diesem spezifischen juristischen Berufsrisiko nichts erfahren.

Lediglich die Deutsche Richterakademie bot seit etwa 1984 zweimal jährlich auf Initiative des Landes Niedersachsen Kurse, die sich mit der NS-Diktatur auseinandersetzten. Die zahlreichen Teilnehmer der regelmäßig überbuchten Kurse meldeten oft, dass sie in ihrem normalen Studium nichts davon gehört hätten. Das entsprach einer *einvernehmlichen Schweigevereinbarung*² in den meisten juristischen Fakultäten, solange noch ein

¹ C. Lambrecht in: Zeitgeist und richterliche Rechtsfindung – Recht und Juristen im Wechsel der politischen Systeme und Ideologien, in: Holzwarth, Lambrecht, Schalk, Späth und Zech (Hrsg.), Die Unabhängigkeit des Richters, Tübingen 2009. Danach in einer öffentl. Diskussion der Zivilrechtslehrervereinigung. Schließlich trat der neue § 5a DRiG in Kraft am 25. Juni 2021.

² Hermann Lübke vertrat 1983 die umstrittene These, das Verhältnis der Deutschen zum NS-Regime nach 1945 sei nicht durch „Verdrängung“ gekennzeichnet. Vielmehr

NS-verstrickter Kollege im Amt war. Wer dieses Tabu durchbrach, musste die Langzeitfolgen für seine Karriere einkalkulieren. Noch die Schüler und Enkelgeneration erwiesen sich mehrheitlich als entschiedene Gegner der gebotenen historischen Aufklärung.

Diese lange gepflegte „Schweigespirale“ wird in der wissenschaftlichen Literatur bisweilen euphemistisch als „Erinnerungskultur“ oder gar als „Wissenschaftskultur“ (!) bezeichnet.³ Das gilt nicht nur für die staatlichen Stellen, sondern für alle gesellschaftlichen Institutionen und Lebensbereiche, die Universitäten und Fakultäten, die Bundeswehr, die Großunternehmen, die Sportverbände, die Kirchen und viele andere Einrichtungen. Dabei ist nicht bedacht worden, daß dieses „kommunikative Beschweigen“ zu falschen Geschichtsbildern bei den jüngeren Generationen führen könnte. Aus der Geschichte, die man nicht kennt, kann man auch nichts lernen.

Die Erfahrungen aus den rechtsmethodischen Auslegungsakrobatiken in den beiden deutschen Diktaturen des 20. Jahrhunderts (NS-Staat und SED-Staat) gehören bis heute nicht zum Kernbestand der Juristenausbildung. Die Justizausbildungsordnungen der Bundesländer erwiesen sich, was das Justizunrecht in den deutschen Diktaturen angeht, ähnlich zurückhaltend wie die Bundesgesetzgebung. Ohne Frau Lambrecht und „ihren“ § 5a DRiG wäre wahrscheinlich noch alles beim Alten.

Nur zögernd und gegen viele Widerstände kam in den letzten Jahren ein dringend notwendiger Diskurs über die juristischen Methodenfragen zustande. In diesem Mangel liegt vielleicht eine Ursache der Tatsache, daß die Routine der häufigen Systemwechsel in Deutschland (1919/1920, 1933, 1945/1949, 1989/1990) keine methodischen Diskurse ausgelöst haben. Auch das fällt wohl unter den Begriff des „kommunikativen Beschweigens“. Die literarischen Wortführer waren bisweilen dieselben.

Durch einige Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts⁴ hat dieser verspätete Diskurs eine verfassungsrechtliche Dynamik entwickelt. Dabei hat sich die Einsicht entwickelt:

sei allen Deutschen bewusst gewesen, dass der Nationalsozialismus mit Kriegsende „in jeder Hinsicht verspielt“ hatte. Ein solches, wie Lübke sagt, „kommunikatives Beschweigen“ sei notwendig gewesen, um die große Mehrheit des deutschen Volkes in den neuen demokratischen Staat zu integrieren. So habe sich die Demokratie in Deutschland erfolgreich etablieren können.

³ So *Helmuth Schulze-Fielitz*, Die Wissenschaftskultur der Staatsrechtslehrer. Tübingen 2022.

⁴ Vgl. *Rüthers*, Trendwende im Bundesverfassungsgericht? – Über die Grenzen des „Richterstaates“, NJW 2009, 1461 f.

Methodenfragen sind (auch) Verfassungsfragen.

Es geht um den Vorrang der Gesetzgebung vor der Richtermacht, also um die Gesetzesbindung der Richter.

Für Kritik und Hinweise bin ich dem Leser nach wie vor dankbar.⁵

Kreuzlingen, im April 2022

Bernd Rüthers

⁵ E-Mail: bernd.ruethers@uni-konstanz.de

VORWORT ZUR 1. AUFLAGE

Die Entwicklung des Privatrechts im Nationalsozialismus ist dreiundzwanzig Jahre nach dem Zusammenbruch von 1945 noch nicht im Zusammenhang beschrieben und untersucht worden. Es gibt dafür verschiedene Ursachen, aber kaum eine Rechtfertigung.

Die folgende Darstellung will zunächst einen Einblick in den Umfang des bisher fast unbeachtet gebliebenen Untersuchungsstoffes geben und seine Bedeutung für weitere Untersuchungen im Hinblick auf eine praxisnahe Methodenlehre deutlich machen. Nur ein Ausschnitt des tatsächlich vorhandenen Materials konnte hier erfaßt und analysiert werden. Das Buch bietet also kein vollständiges Bild der Privatrechtsentwicklung im Nationalsozialismus und ihrer treibenden Faktoren. Es ist als Anregung und Diskussionsbeitrag zu einer kritischen Besinnung auf die Gefahren einer damals wie heute oft unbefangenen betriebenen juristischen Methodenpraxis gedacht. Die Wahl des historischen Untersuchungsgegenstandes sollte nicht über die Gegenwartsnähe der behandelten Probleme hinwegtäuschen. Methodische Naivität ist angesichts der Perversion des Rechts im Nationalsozialismus nicht zu rechtfertigen. Der interpretative Inhaltswandel der Privatrechtsordnung in sozialen und politischen Ausnahmelagen läßt Einsichten in die sozialphilosophischen und politischen Grundstrukturen des Rechts zu, die in der Normallage leicht unsichtbar und deshalb unbewußt bleiben. Ihre Erkenntnis kann der Rechtstheorie und der Methodenlehre neue Impulse geben. Erst das Bewußtsein von der politischen Wertgrundlage des Privatrechts erlaubt eine methodische Erfassung und Bestimmung der Bezüge zwischen Rechtsanwendung und Rechtspolitik.

Das Buch wurde im Wintersemester 1966/67 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster als Habilitationsschrift angenommen. Meinen Lehrern, den Herren Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Hans Brox und Prof. Dr. Harry Westermann,

danke ich herzlich, nicht nur für die vielfache Anregung und Kritik während der Anfertigung der Arbeit, sondern vor allem für das Interesse und die Förderung, mit der sie meinen Ausbildungsweg ermöglicht und begleitet haben.

Dank gilt ferner der Deutschen Forschungsgemeinschaft, mit deren großzügiger Unterstützung diese Untersuchung durchgeführt und gedruckt werden konnte, sowie der Walter-Raymond-Stiftung, welche die Arbeit mit dem Hans-Constantin-Paulssen-Preis auszeichnete.

Ich widme das Buch dem Andenken meines Vaters, der als Arbeiter allen Trugbildern und Drohungen des totalitären Regimes unbeirrt widerstand.

Münster, im August 1968

Bernd Rütters

INHALTSVERZEICHNIS

§ 1	Einleitung	1
1. Kapitel DIE RICHTERLICHE KORREKTUR DES VERTRAGES ALS FOLGE VERÄNDERTER WIRTSCHAFTLICHER UMSTÄNDE		
§ 2	Die Problemgeschichte der veränderten Umstände	13
§ 3	Wirtschaftliche Unmöglichkeit	15
	I. Die Rechtsprechung bis zum ersten Weltkrieg	15
	II. Die kriegsbedingte Häufung der Judikatur	17
	III. Methodisch-kritische Analyse	20
§ 4	Die Unzumutbarkeit	24
	I. Der Übergang von der Unmöglichkeit zur Unzumutbarkeit	24
	II. Voraussetzungen der Unzumutbarkeit (Ruintheorie)	25
	1. Entwicklung der Rechtsprechung	25
	2. Kritik der Ruintheorie	27
	3. Fortgeltung des Ruin-Kriteriums	28
	III. Rechtsfolgen der Unzumutbarkeit	31
	1. Rücktritt statt automatischer Befreiung	31
	2. Änderung des Vertrages	32
	IV. Methodisch-kritische Analyse	35
§ 5	Die „clausula rebus sic stantibus“ in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	36
§ 6	Die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage	38
	I. Die Beschränkung der Darstellung auf die „große“ Geschäftsgrundlage	38
	II. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Geschäftsgrundlage	40
	III. Die Übernahme der Formel Oertmanns durch die Rechtsprechung	42
	IV. Methodisch-kritische Analyse	44

1. Die Schwächen der Formel Oertmanns	44
2. Die Geschäftsgrundlage als Lückenproblem	46
3. Die Funktion des § 242 in der Judikatur zur Geschäftsgrundlage	48
4. Das sog. richterliche Gestaltungsrecht	56

2. Kapitel
DIE RICHTERLICHE KORREKTUR DES GESETZES
ALS FOLGE VERÄNDERTER WIRTSCHAFTLICHER UMSTÄNDE
(DIE FREIE AUFWERTUNG)

§ 7 Das Problem „Mark gleich Mark“	64
§ 8 Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts	66
I. Die Geldwertsituation im Urteilszeitpunkt	66
II. Die Urteilsgründe	66
1. Der Vorrang von Treu und Glauben	67
2. Die Materialien der Währungsvorschriften	67
3. Die Abweichungen vom Zwangskurs	67
4. Ergänzende Vertragsauslegung	68
§ 9 Kritik des Aufwertungsurteils	69
I. Allgemeines	69
II. Die Ablehnung einer Anschauungslücke	70
III. Die Frage einer sekundären Lücke (Wegfall der ratio legis)	72
IV. Der Kompetenzkonflikt zwischen Reichsgericht und Gesetzgebung	74
1. Das Währungsinteresse des Staates	74
2. Die Normierungsabsicht des Gesetzgebers	74
3. Der Gewissenskonflikt der Richter	76
4. Die Überschreitung der Richterkompetenz	77
5. Der Austrag des Konflikts	79
6. Die Entwicklung der Judikatur	85
V. Methodisch-kritische Analyse	86
1. Die normbeseitigende Funktion des § 242 BGB	86
2. Das Schweigen der Urteilsgründe	87
3. Das Verhältnis zwischen Richter und Gesetzgeber	88

3. Kapitel
DIE RICHTERLICHE KORREKTUR DER
PRIVATRECHTSORDNUNG IM NATIONALSOZIALISMUS

§ 10 Zur Lage der deutschen Rechtswissenschaft 1933	91
---	----

I. Vorbemerkung	91
II. Der Positivismus	91
1. Rechtstheorie und politische Grundhaltung	91
2. Geschichte und Leitgedanke des juristischen Positivismus	92
3. Die Machttheorie Erich Kaufmanns	93
4. Der Streit um das Naturrecht in der Weimarer Zeit	95
5. Der Relativismus bei Gustav Radbruch	97
6. Zur Rolle des Positivismus im totalitären Staat	98
III. Die Wendung zum totalen Staat (Carl Schmitt)	99
§ 11 Die nationalsozialistische Rechtsanschauung	101
I. Das Selbstverständnis der NS-Weltanschauung	101
II. Die Funktion der Weltanschauung	102
III. Das Führerprinzip	103
IV. Die Rechtsanschauung als Teil der Weltanschauung	104
1. Die Rechtsvorstellungen der führenden Nationalsozialisten	104
a) Hitler	105
b) Göring, Göbbels, Ley, Himmler	108
2. Zusammenfassung	110
§ 12 Der Einfluß gewandelter politischer Vorstellungen auf die Rechtsordnung	111
I. Der Wandel von Wertmaßstäben statt Sachverhalten	111
1. Das Problem	111
2. Der Begriff der politischen Wertvorstellung	113
3. Das Recht als Instrument politisch-normativer Gestaltung	114
II. Die Inhalte der neuen Rechtsidee	117
III. Die nationalsozialistische Rechtsquellenlehre	121
1. Die polemische Funktion	121
2. Rasse und Volkstum als Rechtsquelle	125
3. Der Vorrang des Führertums als Rechtsquelle	127
4. Das Parteiprogramm als Rechtsquelle	132
5. Die Irrationalität der neuen Rechtsquellenlehre	133
6. Die Auswirkung der Rechtsquellentheorie in der Praxis	135
§ 13 Die richterliche Gesetzesablehnung	136
(Die Kampfklausele gegen das alte Recht)	
I. Das Problem	136
II. Die Theorien zur richterlichen Gesetzesbindung	138
1. Der strenge Gesetzesgehorsam	138
2. Die zulässige richterliche Gebotsberichtigung nach den Lehren der Interessenjurisprudenz	139
a) Der Vorschlag Stolls	139
b) Die Lehre Hecks	140
c) Die Ablehnung der teleologischen Gebotsberichtigung	143

3. Die Theorie der Normbeseitigung durch die Revolution	144
III. Die Entwicklung einer Generalklausel zur Normbeseitigung (Kampfklause)	145
1. Methodische Analyse der verschiedenen Standpunkte	145
2. Vergleich mit der späteren Entwicklung	147
IV. Die Kampfklause in der zivilrechtlichen Praxis nach 1933	148
1. Gleichberechtigung von Mann und Frau im Berufsleben	148
2. Erweiterung von § 123 GewO zur Generalklausel	149
3. Ablehnung des § 760 BGB	152
4. Ablehnung der Kampfklause durch Oberlandesgerichte	153
5. Ablehnung der Kampfklause durch das Reichsgericht	153
6. Lockerung der Gesetzesbindung durch das Reichsgericht (Die Eheanfechtung nach Fristablauf, früher §§ 1333, 1339 BGB)	155
7. Die Ehelichkeitsanfechtung nach Fristablauf, § 1594 a. F. BGB	162
8. Die Kampfklause als Instrument der Rassenpolitik	166
9. Formelhafte Zitierung der Kampfklause	172
10. Zusammenfassung	172
§ 14 Zur Auslegungsmethode im Nationalsozialismus	175
I. Die instrumentale Funktion: Auslegung als „Einlegung“	175
II. Die Rivalität der Methoden	176
1. Die Auslegung von alten und neuen Gesetzen	176
2. Die Aussagen der traditionellen Auslegungslehren zu veränderten Wertvorstellungen	178
3. Methodenmehrheit zur Rechtseinheit	181
4. Die Anpassungsfähigkeit methodischer Positionen	181
§ 15 Die Auslegungspraxis im Nationalsozialismus	183
I. Die Auslegung nach nationalsozialistischer Weltanschauung (Der Trend zur objektiven Methode)	183
II. Die rechtspolitische Funktion der Gesetzesvorsprüche, Gesetzesleitungen und Auslegungsregeln	185
III. Die rechtspolitische Funktion der Zweckdeutung	188
IV. Die rechtspolitische Funktion des Lückenbegriffs	189
1. Begriff und Arten von Gesetzeslücken	189
2. Die korrektive Funktion des Lückenbegriffs in der nationalsozialistischen Rechtstheorie	191
3. Das Verhältnis zur Kampfklause	192
4. Die Abstammungsfeststellungsklagen	193
5. Die Beschwerdebefugnis nach § 20 RFGG	195
6. Methodisch-kritische Analyse	197
V. Die rechtspolitische Funktion des Analogieschlusses	199
1. Die Eigentümergrunddienstbarkeit	199
2. Der Weißseinerzfall	200
3. Analogie als Instrument der Rassenpolitik	203

VI. Die rechtspolitische Funktion der einschränkenden Auslegung	208
§ 16 Die Aufgabe der Generalklauseln nach der nationalsozialistischen Rechtstheorie	210
I. Begriffliches	210
II. Die Konzeption des BGB-Gesetzgebers	212
III. Die Auffassung der Generalklauseln in der Literatur	213
1. Definitionen	213
2. Der Stand der Lehre 1933	214
§ 17 Die Funktion der Generalklauseln in der Rechtspraxis des Nationalsozialismus	216
I. Die inhaltliche Wandelbarkeit	216
II. Der nationalsozialistische Begriffsinhalt	217
III. Die „guten Sitten“ im Wettbewerb (§ 1 UWG)	219
1. Hinweise auf die Ausländereigenschaft von Mitbewerbern	219
2. Hinweise auf die jüdische Abstammung	221
3. Die politische Funktion des § 1 UWG	223
IV. „Treu und Glauben“ bei der Beurteilung vertraglicher Ruhegeldansprüche	224
1. Politische Abwägungsmerkmale im § 242 BGB (Vorrang wirtschaftlicher Gesichtspunkte)	224
2. „Treu und Glauben“ als Kampfklausel zur Herabsetzung bestehender Vertragsansprüche (Vorrang politischer Wertvorstellungen)	226
2. „Treu und Glauben“ als Kampfklausel zur Beseitigung bestehender Vertragsansprüche	228
4. Methodisch-kritische Analyse	231
a) Treu und Glauben als methodische Vielzweckformel	231
b) Die Elastizität der Rechtsfolgen	232
c) Widerstände der Rechtsprechung gegen die rassenpolitische Entwicklung	233
V. Der „wichtige Grund“ bei der Lösung von Dauerschuldverhältnissen	237
1. Begriff und Funktion des „wichtigen Grundes“	237
2. Die fristlose Kündigung von Arbeitsverträgen aus wichtigem Grund	238
a) Frühere kommunistische Betätigung	238
b) Frühere Betätigung in der SPD oder in freien Gewerkschaften	238
c) Betriebliches und außerbetriebliches Verhalten	240
d) Rassenpolitische Gründe	243
3. Die „unbillige Härte“ nach § 56 I ArbOG	247

4. Die Betriebsbedingtheit nach § 56 I ArbOG	248
5. Die Druckkündigungen	249
a) Begriff	249
b) Entwicklung vor 1933	250
c) Instanzgerichte zur Druckkündigung	250
d) Das Reichsarbeitsgericht	252
6. Die fristlose Auflösung von anderen Dauerschuldverhältnissen	255
a) Gesellschaftsverträge	255
b) Mietverträge	256
c) Dienstleihe	257
7. Methodisch-kritische Analyse der Judikatur zum wichtigen Grund	259
VI. Methodisch-kritische Analyse der Judikatur zu den Generalklauseln	261
1. Die Vielfalt der Anwendungsarten	261
2. Die „Fensterfunktion“ für die (neue) Rechtsidee	262
a) Kampfklausel und Lückenbegriff als verwandte Instrumente	262
b) Die korrektive Funktion gegenüber Gesetz und Vertrag	263
c) Generalklauseln und NS-Weltanschauung	264
3. Die methodische Einordnung der Generalklauseln	266
a) Der Erfahrungswert der nationalsozialistischen Rechtspraxis	266
b) Der Lückencharakter der Generalklauseln	267
c) Die gesetzgeberische Funktion des Richters	267
d) Die Verweisung auf sozial geltende Wertmaßstäbe und die Eigenwertung des Richters	268
§ 18 Methodenlehre und Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus	270
I. Die Ablehnung der Interessenjurisprudenz	270
1. Die Argumente	270
2. Analyse der Vorwürfe	272
II. Das konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken	277
1. Die geistesgeschichtliche Ableitung	277
2. Zur Geschichte der institutionellen Begriffsbildung	278
a) Friedrich Carl von Savigny	279
b) Friedrich Julius Stahl	281
c) Maurice Hauriou	283
d) Erich Kaufmann	285
e) Philipp Heck u. a.	286
f) Zusammenfassung	288
3. Die Bedeutung des konkreten Ordnungsdenkens für die „Rechtserneuerung“	293
a) Wirklichkeit und Recht	293
b) Die rechtsändernde korrektive Funktion	295
c) Die Vieldeutigkeit des Begriffs „konkrete Ordnung“	297
d) Zusammenfassung	301
III. Die Lehre vom „konkret-allgemeinen Begriff“ in der NS-Zeit	302
1. Die Forderung einer neuen Begriffsbildung	302

2. Der konkret-allgemeine Begriff	304
a) Grundsätze der Begriffslehre Hegels	304
b) Die Übertragung der hegelianischen Begriffslehre auf die Rechtswissenschaft	306
c) Typus und Typenreihe (Öffnung zur Wirklichkeit)	307
d) Die politisch-ideologische Offenheit und Dynamik der konkret-allgemeinen Begriffe	310
3. Die Parallelen zum Institutsbegriff und zum konkreten Ordnungsdenken	311
4. Methodisch-kritische Analyse (Begriffsbildung und Begriffsjurisprudenz)	317
§ 19 Die Auswirkungen der neuen Denkmethoden auf einzelne Privatrechtseinstitute	322
I. Die funktionelle Bedeutung der neuen Methoden	322
II. Die Rechtsfähigkeit	323
1. Parteiprogramm und herrschende Lehre	323
2. Die Wertgrundlage des Begriffs Rechtsfähigkeit	326
3. Die Einwirkung der neuen Rechtsidee	327
4. Der Inhaltswandel der Rechtsfähigkeit	329
5. Die Auswirkungen in der Praxis	331
6. Analyse der konkret-allgemeinen Begriffe „Person“ und „Rechtsfähigkeit“	334
III. Das subjektive Recht	336
1. Die Wertgrundlage des subjektiven Rechts	336
2. Der Angriff der Rechtserneuerung	339
a) Die volksgenössische Rechtsstellung	340
b) Die Pflichtgebundenheit des subjektiven Rechts	342
3. Die Verteidigung des subjektiven Rechts	343
a) Die Funktion im Privatrechtssystem	343
b) Die Verteidigung der Wertgrundlage	344
4. Die Umdeutung des Rechtsmißbrauchs	345
5. Die Auswirkungen in der Praxis	347
IV. Das Eigentum	351
1. Der neue Eigentumsbegriff	351
2. Auswirkungen der neuen Eigentumsauffassung auf die Rechtsprechung	356
V. Der Vertrag	360
1. Der neue Vertragsbegriff	360
2. Der Angriff auf die Vertragsfreiheit	362
3. Die Verteidigung der Vertragsfreiheit	366
4. Auswirkungen der neuen Vertragstheorie auf die Rechtsprechung	370
VI. Das Arbeitsverhältnis	379
1. Die völkischen Lebensverhältnisse als konkrete Sonderordnungen	379

2. Das neue Arbeitsverhältnis	381
a) Grundgedanken	381
b) Die Vertragstheorie	383
c) Die Eingliederungstheorie	384
3. Methodisch-kritische Analyse	387
a) Die gesetzestreue (konservative) Funktion der Vertragstheorie	387
b) Die rechtspolitische (rechtsändernde) Funktion der Eingliederungstheorie	389
c) Die Bedeutung der Wertgrundlage (Leitidee) des Arbeitsverhältnisses	391
4. Auswirkungen auf die Rechtsprechung	392
a) Die relative Gesetzestreue	392
b) Die rechtsändernde Funktion des Gemeinschaftsgrundsatzes	393
c) Die Möglichkeit richterlicher Eigenwertung	394
d) Die konkrete Ordnung des Betriebes	397
e) Die Anfechtbarkeit von Arbeitsverhältnissen	398
f) Die Fortwirkung der Probleme und Lösungen nach 1945	399
VII. Die Ehe	400
1. Das neue „Wesen der Ehe“	400
2. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Wesen der Ehe, besonders zu zwei Generalklauseln des Ehegesetzes von 1938	403
a) Die Rechtsprechung vor Erlaß des Ehegesetzes von 1938	403
b) Die Rechtsprechung zum Ehegesetz von 1938	404
3. Exkurs: Die Rechtsprechung des BGH zu § 48 II a. F. des Ehegesetzes von 1946	411
4. Methodisch-kritische Analyse	416
a) Das Reichsgericht	417
b) Der Bundesgerichtshof	420
VIII. Zusammenfassung	430

4. Kapitel

DIE POLITISCHE FUNKTION DER RECHTSANWENDUNG

§ 20 Der Erfahrungswert sozialer und politischer Krisenlagen für die Rechtsanwendung	431
I. Die Aktualität der methodischen Problematik	431
1. Die Bedeutung der politisch-weltanschaulichen Wertgrundlage des Privatrechts für die richterliche Rechtsanwendung	431
2. Die wertneutrale Funktion der juristischen Methodenlehre und ihre wertbezogene Grundlage	432
II. Der Wechsel der Wertgrundlage bei unveränderter Auslegungstechnik	433
1. Die wertverwirklichende Funktion der Rechtsanwendung	434
a) Die „Fensterfunktion“ wertender richterlicher Gebotsbildung für neue Wertmaßstäbe	436
b) Rechtsprechung und politische Wertgrundlage der Gesamtrechtsordnung	437
c) Die Dienstfunktion der Rechtsprechung	439

2. Die Untauglichkeit der Methodenlehre als Schranke gegen totalitäre Rechtsperversionen	442
§ 21 Das Verhältnis von Rechtsanwendung und Rechtsquellenlehre.	445
I. Die interpretative Vermehrung der Rechtsquellen	445
1. Das Problem	445
2. Naturrecht als unbestimmte Rechtsquelle	448
3. Weitere interpretativ erschlossene Rechtsquellen	451
a) Übersicht	451
b) Die allgemeinen Rechtsgrundsätze	453
c) Der außerpositive Institutsbegriff	456
II. Das Richterrecht als Rechtsquelle	457
1. Das Problem	457
2. Die Definitionen des Richterrechts	458
3. Die Entstehung des Richterrechts	460
4. Zum Anteil des Richterrechts an der gegenwärtigen Privatrechtsordnung	461
5. Richterrecht und Gewohnheitsrecht	464
6. Das Richterrecht in der Sicht der Gerichte	466
7. Relationen zwischen Richterrecht und Gesetzgebung	469
8. Der Normcharakter des Richterrechts	471

NACHWORT ZUR 9. AUFLAGE

I. Zur Entstehungsgeschichte des Buches	477
1. Warum dieses heikle Thema?	477
2. Das Umfeld im Erscheinungsjahr	483
3. Die drei Taschenbuchausgaben	485
II. Zur Wirkungsgeschichte des Buches	488
1. Reaktionen beim Erscheinen	488
2. Das späte Erwachen des Methodenbewußtseins nach 1945	491
3. Literarische Reaktionen	491
4. Die Larenz-Kontroverse	495
5. Die Vergangenheit vergeht nicht	499
6. Der schleichende Wandel zum „Richterstaat“	503
7. Der neue Methodendiskurs	505
8. Gesetzesbindung oder eine neue „Freirechtslehre“?	507
III. Methodische Lehren aus System- und Verfassungswechselln	512
1. „Unbegrenzte Auslegung“ als Daueraufgabe?	512
2. Die Bedeutung der Methodenwahl	515
IV. Methodenbewußtsein als Umdeutungsbremse	518
V. Die Unverzichtbarkeit der Grundwerte	520
1. Aufgaben und Grenzen der juristischen Methodenlehre	521
2. Der Wertbezug des Rechts – Die Rolle der Rechtsphilosophie für die Rechtsbegründung	522
a) Die kurze Renaissance des Naturrechts	522
b) Rechtswissenschaft als bloße Rechtstechnik?	523
c) Rechtsphilosophie in der DDR	523
3. Die Grundwerte als Kernfrage des Rechts	524
a) Das Problem der Wert- und Normbegründungen	525

	b) Der schnelle Wechsel der Wertordnungen (Systemideologien).	525
	c) Weltanschauungskonkurrenz und Rechtsordnung	526
Literaturverzeichnis		529
Namenverzeichnis		545

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Die verwendeten Abkürzungen entsprechen, soweit sie hier nicht aufgeführt sind, dem „Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache“ von Kirchner (Berlin 1968, 2. Aufl.).

AbR	Archiv für bürgerliches Recht
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. 1. 1934
AP	Arbeitsrechtliche Praxis — Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts
ArbOG	siehe AOG
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung — Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Jeder Band enthält nach Seitenzahlen getrennte Abteilungen für Entscheidungen des RAG und der übrigen Gerichte)
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
DArbR	Deutsches Arbeitsrecht
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag auch: Verhandlungen des Deutschen Juristentages
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
GoltdA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
JherJb	Jherings-Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Rabel
RSFSR	Russische Sozialistische Föderative Sowjet-Republik
RuPrVBl	Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Z	Zeitschrift, Periodikum
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBenrnJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfB	Zeitschrift für Bergrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZStrW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Wir sind sozusagen einer gewissen Aktualität erlegen. Es war, vergessen wir nicht, eine aufgeregte Zeit.
(*Max Frisch, Andorra, 12. Bild*)

§ 1 Einleitung

Das bürgerliche Recht ist ein Instrument zur Gestaltung der Gesellschaft. Dem gesetzten Recht liegt die Gestaltungsabsicht dessen zugrunde, der es gesetzt hat. Der Hinweis auf die gesellschaftsgestaltende Funktion ist keine erschöpfende Definition des Rechtsbegriffs. Der Rechtsbegriff kann weit oder eng gefaßt werden, je nachdem ob man ihn nur formal oder zugleich auch inhaltlich bestimmen will. Im ersten Fall drückt er die Willensform, im zweiten zusätzlich den Willensinhalt, die Gerechtigkeitsvorstellungen der normativen Sozialgestaltung, aus. Jedenfalls ist keine Definition des Rechtsbegriffs sinnvoll, welche die soziale Gestaltungsfunktion des Rechts, d. h. die Tatsache, daß mit seiner Setzung rechtspolitische Zwecke verbunden sind, ausklammert. Geschichtlich gesehen ist das keine Selbstverständlichkeit. Die historische Rechtsschule z. B. hatte einen von der Sozialfunktion des Rechts gelösten, man darf sagen romantischen Rechtsbegriff¹.

Nach Savigny ist das Recht ein im Volksgeist verwurzeltes, selbsttätig sich geschichtlich entfaltendes, eigenständiges kulturell-geistiges Gebilde. Es soll danach kein Willenswerk des einzelnen Gesetzgebers und kein Produkt von Mehrheitsbeschlüssen, sondern ein aus der geistig-geschichtlichen Volksindividualität durch innere, still wirkende Kräfte Herauswachsendes sein, das sich in der Überzeugung aller äußert. Recht zu setzen ist nach Savigny nur insoweit möglich, als es schon vorhanden ist². Damit wurde die soziale Bezogenheit des Rechts, seine zweckbezogene Aufgabe in der Gesamtwirklichkeit der Gesellschaft gelegnet. Es setzt eine Entwicklung ein, die das Recht über die Pandektenwissenschaft und die technische Begriffsjurisprudenz einerseits in ein groß angelegtes, logisch geschlossenes System der Privat-

¹ Vgl. kritisch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte S. 353 ff; ferner *Erik Wolf*, Große Rechtsdenker S. 491 ff; *R. Gmür*, Savigny und die Entwicklung der Deutschen Rechtswissenschaft, Münster 1962; *Wilhelm*, Zur jur. Methodenlehre im 19. Jahrh., S. 28 ff; bes. zur ungeschichtlichen und gesellschaftsfremden Ausrichtung des Rechtsbegriffs der hist. Schule: *Böckenförde*, Ritter-Festschrift S. 9 ff u. 19 ff; siehe auch *Jellinek*, der Kampf des alten mit dem neuen Recht, Heidelberg 1907.

² Vgl. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts I, 1840, §§ 7, 8.

rechtswissenschaft, andererseits aber in die logisch ebenso perfekte Isolation gegenüber den realen Verhältnissen des Soziallebens führte.

Die radikale Umkehr, die Hinwendung zur gesellschaftlichen Gestaltungsfunktion des Rechts, brachte die Interessenjurisprudenz, die mit dem Spätwerk Jherings einsetzte³ und von dem Tübinger Zivilisten und Germanisten Philipp Heck zur methodischen Schule ausgebaut wurde⁴. Bezeichnend für die Abkehr der Interessenjurisprudenz vom unpolitischen Rechtsbegriff ist der Satz:

„Politische Betätigung ist nichts anderes als Teilnahme an der Rechtsbildung.“⁵

Da Heck gleichzeitig die Rechtsfortbildung durch den Richterspruch vertrat, Rechtsbildung aber zutreffend als einen politischen Akt ansah, nahm der Richter für ihn bei der Rechtsfortbildung eine *politische Funktion* wahr.

Die Interessenjurisprudenz hat eine zweite Einsicht neu ins Bewußtsein gehoben: Das Recht ist nicht nur ein Mittel zur Gestaltung, sondern zugleich ein Teil der sozialen Lebenswirklichkeit und damit Gegenstand und Schnittpunkt vielfältiger gesellschaftlicher Interessen. Das gesamte Sozialleben setzt sich aus einer Fülle verschiedener Tatsachen und Umstände zusammen. Das Recht als Teil derselben ist eng auf andere Teilbereiche des Soziallebens bezogen. Jede Rechtsnorm ist auf konkrete gesellschaftliche Voraussetzungen hin gezielt. Die soziale Lebenswirklichkeit ist einem fortwährenden geschichtlichen Wandel unterworfen. Das Recht hingegen tritt uns im kontinentaleuropäischen Raum als kodifizierte Ordnung entgegen, die in einer dem geschichtlichen Wandel des Soziallebens entgegengesetzten Formgebundenheit verharret. Dieser Gegensatz zwischen der starren Form des Rechts und der fortwährenden Änderung aller anderen sozialen Lebensbereiche berührt den notwendigen Bezug des Rechts auf die Lebenswirklichkeit. Wandelt sich die soziale Wirklichkeit, so stört das den Bezug zwischen Recht und Leben, zwischen Norm und Normsituation. Die Beeinträchtigung dieser Beziehung kann so weit gehen, daß eine Rechtsnorm wegen gewandelter Voraussetzungen in der Wirklichkeit ihren Sinn verliert, unanwendbar wird. Das ist das Extrem. Oft ist eine Anpas-

³ Der Zweck im Recht, 1877/1886.

⁴ Die praktische Durchführung der neuen Methode findet sich zuerst in der Programmschrift von Heck, Das Recht der großen Haverei, 1889. Eine Zusammenfassung der methodischen Ansichten Hecks geben die Schriften: Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912, 2. Aufl. 1932; Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, (1914), 1; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932.

⁵ Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung S. 10 Fn 2.

sung des unzureichend gewordenen Gesetzes an die gewandelte Wirklichkeit möglich und geboten. Die ständig neu sich bildende Kluft zwischen Norm und Wirklichkeit zwingt den Juristen in Praxis und Wissenschaft zu unablässiger Anpassung und Fortbildung des Rechts an die veränderten wirtschaftlichen, sozialen und politischen Verhältnisse. Das ist eine, vielleicht die wichtigste Funktion des Rechtsanwenders in der Gegenwart.

Das deutsche Recht zeigt diesen Anpassungsvorgang in exemplarischer Zuspitzung. Die gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse haben sich in seinem Geltungsbereich mehrfach und gründlich verändert. Die großen zivilrechtlichen Kodifikationen aber, etwa das BGB und das HGB, gelten im wesentlichen unverändert fort. Sie haben die Revolution von 1918, die Inflation von 1923 und die Machtübernahme von 1933 ebenso überdauert wie den Zusammenbruch von 1945 und die Währungsreform von 1948. Die Elastizität dieser Kodifikationen scheint ausreichend zu sein, um den zivilrechtlichen Beurteilungsmaßstab zu bieten in einer konstitutionellen Monarchie ebenso wie in einer liberalen Demokratie, im nationalsozialistischen Führerstaat ebenso wie im sozialen Rechtsstaat. Dieser Umstand lenkt den Blick auf die ungemein große Interpretationsfähigkeit von Gesetzestexten. Max Weber hat das für die Relation zwischen BGB und Wirtschaftsordnung schon 1910 vorausgesehen⁶:

„Nicht jede noch so erhebliche Änderung wirtschaftlich relevanter Beziehungen ist eine Änderung der Rechtsordnung, in welchem Sinne auch immer man dieses Wort nehmen möge . . . So könnte jeder einzelne Paragraph des Bürgerlichen Gesetzbuches völlig unverändert, wie wir uns auszudrücken pflegen, in Geltung bleiben, . . . und dennoch könnte die Wirtschaftsordnung sich dergestalt verändert haben, daß kein Mensch behaupten würde, sie sei noch dieselbe wie früher. Meine Herren, es wäre nicht ausgeschlossen, daß bei vollem Bestehenbleiben des BGB eine sozialistische Wirtschaftsordnung entstehen könnte.“

Die Voraussage Max Webers hat sich erfüllt. Beim Aufbau der sozialistischen Arbeiter- und Bauernmacht in Mitteldeutschland blieben diese Gesetze, wenn auch mit Einschränkungen, in Kraft und gelten, trotz aller Bemühungen um ein neues, sozialistisches Zivilrecht, in wesentlichen Teilen bis heute fort. Der Sachverhalt drängt zu der Frage, wie die Rechtspraxis die umstürzende Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse und der Wertvorstellungen bei der Anwendung weitgehend unveränderter Gesetzestexte berücksichtigt.

⁶ Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentages (1910), Tübingen 1911, S. 269 f.

Die folgende Untersuchung ist darauf gerichtet, eine Analyse des interpretativen Inhaltswandels einer ganzen Privatrechtsordnung unter gewandelten politischen Verhältnissen zu versuchen. Ein exemplarisches Ereignis, das sich für eine solche Analyse aufdrängt und das bisher in der Rechtsgeschichte wie in der juristischen Methodenlehre vernachlässigt oder auch verdrängt worden ist, bildet der durch Auslegung bewirkte Inhaltswandel des deutschen Privatrechts im Nationalsozialismus.

Bei der Durchsicht des umfangreichen Materials hat sich gezeigt, daß die Anpassungstechniken bei der Umdeutung des Privatrechts im Nationalsozialismus bestimmten methodengeschichtlichen Erfahrungen entstammen und nur fortentwickelt wurden. Die interpretative Anpassung eines Normenkomplexes an radikal gewandelte politische Wertvorstellungen kann mit ähnlichen methodischen Instrumenten bewirkt werden, wie sie bei der Anpassung von Rechtsnormen an gewandelte wirtschaftliche und gesellschaftliche Sachverhalte zu beobachten sind. Die Problematik gewandelter sozialer Verhältnisse ging in der Zeit des Geldwertverfalles während und nach dem ersten Weltkrieg dem Problem der Anpassung an gewandelte politische Wertvorstellungen nach 1933 voraus. Die interpretativen Anpassungstechniken, die beim Geldwertverfall entwickelt wurden, erwiesen sich zu einem erheblichen Teil auch für die Anpassung des Privatrechts an neue politische Wertgrundlagen als geeignet. Deshalb erscheint es zweckmäßig, die methodischen Vorgänge bei der Umdeutung des Privatrechts nach 1933 nicht isoliert zu betrachten, sondern sie in dem methodengeschichtlichen Zusammenhang der vorausliegenden sozialen Anpassungsprobleme kriegs- und währungsbedingter Leistungsstörungen darzustellen und zu analysieren.

Die Behandlung des ersten Beispiels bedarf noch eines Hinweises. Das Thema der veränderten Umstände im Zivilrecht ist in jüngerer Zeit von zahlreichen Autoren gründlich behandelt worden⁷. Ob man es deshalb als im Schrifttum vorläufig ausdiskutiert betrachten kann⁸,

⁷ Vgl. etwa *Hedemann*, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, Jena 1929; *Kegel-Rupp-Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge, Berlin 1941; *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, DJT-Festschrift I, Karlsruhe 1960, S. 135; ders., Allgem. Teil des bürgerl. Rechts II, Das Rechtsgeschäft, Berlin-Heidelberg-New York 1965, S. 494 ff; *Kegel*, Verhandl. des 40. DJT Bd. I, Tübingen 1953, S. 136; *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. München u. Berlin 1963; *Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960.

⁸ So *Larenz* im Vorwort zur 3. Auflage seiner Schrift „Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung“.

erscheint im Hinblick auf die Kritik von Flume am Fundament der Lehre von der Geschäftsgrundlage, soweit sie mehr als die Veränderungen der Sozialexistenz umfaßt⁹, mindestens fragwürdig. Hier soll jedoch die Frage der *dogmatisch „richtigen“* Lösung der veränderten Umstände nicht im Vordergrund stehen. Es interessieren vielmehr nur die verschiedenen *methodischen Wege*, die von der Praxis beschritten wurden, um für eines der drängendsten Probleme des Zivilrechts in jüngster Zeit eine befriedigende Antwort zu finden. Dieser methodische Gesichtspunkt ist zwar in den bisherigen Arbeiten zu diesem Problembereich nicht unbeachtet geblieben. Er tritt jedoch wegen des Schwerpunktes, der in der Sachfrage der veränderten Umstände liegt, notwendigerweise in den Hintergrund. Umgekehrt wird hier die Sachproblematik nur insoweit skizziert, als das zum Verständnis des methodischen Vorgehens der Praxis erforderlich ist.

Die Kluft zwischen *Vertrag und Wirklichkeit*, die juristisch als Problem der veränderten Umstände, als Unmöglichkeit, Unzumutbarkeit, Opfergrenze oder Geschäftsgrundlage bezeichnet wird, war sachlich wie historisch nur die Vorstufe zu einer umfassenderen und tieferen Problematik, der Kluft zwischen *Rechtsordnung und Wirklichkeit*. Sie wurde bald darauf in Deutschland auf ungewöhnliche Weise aktuell.

Die fundamentale politische und verfassungsmäßige Umwälzung des Jahres 1933 tat eine Kluft zwischen dem gesetzten Recht und einer revolutionär neuen politischen Wirklichkeit auf, die von den Gerichten bei der Rechtsanwendung ebenfalls überbrückt werden mußte. Es war die Kluft zwischen der auf liberal-individualistischer Wertgrundlage kodifizierten Zivilrechtsordnung und den neuen, nach Durchsetzung und Gleichschaltung verlangenden politischen Ideen des Nationalsozialismus, die über Nacht zur alles beherrschenden Weltanschauung geworden waren.

Lag der Grund für das Auseinanderfallen von Vertragsordnung und Wirklichkeit vor allem in den gewandelten wirtschaftlichen und sozialen Umständen, so stellte jetzt der politische Umschwung die Fortgeltung der gesamten überkommenen Zivilrechtsordnung in Frage. Die Kenntnis der Entwicklung des Problems der veränderten wirtschaftlichen Umstände beim Vertrag gibt wertvolle Hilfen beim Eindringen in die ähnliche Frage der veränderten politischen Umstände für ganze Kodifikationen. In beiden Fällen versuchten die Gerichte,

⁹ Vgl. *Flume*, Allg. Teil II, S. 518 ff.