

Rechtsgewinnung und Erbhofrecht

**Eine Analyse der Methoden in Wissenschaft und
Rechtsprechung des Reichserbhofrechts**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines
doctor iuris
der Juristischen Fakultät
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität
zu Würzburg

vorgelegt von

Christian Sigmundt
aus Aachen

2005

Meiner Frau

Erstgutachter:

Prof. Dr. Jürgen Weitzel

Zweitgutachter:

Prof. Dr. Horst Dreier

Tag der mündlichen Prüfung:

6. Juli 2005

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXV
Einleitung	1
Kapitel 1 Die methodische Verortung der Rechtsgewinnung zwischen Kaiserreich und Drittem Reich	7
I. Der Stand der Methodendiskussion in der Weimarer Republik	12
1. Die Rechtswissenschaft	12
a) Die Begriffsjurisprudenz	13
b) Die Freirechtsbewegung	18
c) Die Interessenjurisprudenz	22
2. Die Rechtsprechung	24
II. Der Stand der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft nach 1933	26
1. Die Neubestimmung am völkischen Ideal	26
a) Volk	32
b) Gemeinschaft	36
c) Rasse	40
d) Führerprinzip	44
2. Die nationalsozialistische Ideologie	48
III. Die Ordnungskonzeptionen in der völkischen Rechtswissenschaft	52
1. Carl Schmitt	52
a) Biografischer Abriss	54
b) Schmitts Positionen im Frühwerk	55
c) Schmitts Entwicklung in der Weimarer Republik	59
d) Neubestimmung zum Totalitarismus anhand des konkreten Ordnungsdenkens	61
2. Karl Larenz	73
a) Biografischer Abriss	74
aa) Julius Binder als akademischer Lehrer von Larenz	75
bb) Larenz im Kontext der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft	77

cc)	Bewertung aus heutiger Sicht _____	85
b)	Die Kritik der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und -philosophie bei Larenz _____	88
c)	Das völkische Recht bei Larenz _____	91
d)	Die konkret-abstrakten Begriffe und das Typendenken _____	97
e)	Die ideologische Funktion der kaB in der Praxis _____	106
IV.	Zusammenfassung _____	111
Kapitel 2	Das Reichserbhofgesetz im Spiegel rechtswissenschaftlicher Rechtsgewinnungstheorien _____	115
I.	Entstehung und Inhalt des Reichserbhofgesetzes _____	116
1.	Die Entwicklung des Anerbenrechts bis 1933 _____	116
2.	Die nationalsozialistische Blut-und-Boden-Ideologie _____	119
3.	Vom preußischen bäuerlichen Erbhofrecht zum REG _____	122
a)	Das preußische bäuerliche Erbhofrecht _____	122
b)	Die Entstehung des REG _____	124
4.	Inhalt und Methodik des REG _____	126
a)	Die Gesetzgebungstechnik _____	133
b)	Die wirtschaftspolitische Zielsetzung des REG _____	135
II.	Die Rechtsgewinnung _____	139
1.	Die Rechtsquellen _____	140
a)	Das heutige Rechtsquellenverständnis _____	141
b)	Das Rechtsquellenverständnis im Dritten Reich _____	143
2.	Die Auslegung _____	148
a)	Das klassische Auslegungsverständnis _____	149
b)	Die Auslegung im Nationalsozialismus _____	153
aa)	Das methodische Konzept der Auslegung im Nationalsozialismus _____	154
bb)	Die Funktion der Präambeln _____	161
3.	Die Rechtsfortbildung _____	166
a)	Die Rechtsfortbildung in der modernen Methodenlehre _____	168
b)	Die Rechtsfortbildung im Nationalsozialismus _____	173
III.	Das REG im Kontext der Ordnungskonzeptionen _____	178
1.	Das REG als konkrete Ordnung bei Busse _____	179
a)	Biografischer Abriss _____	180

b) Zentrale Begriffe _____	181
aa) Wissenschaft _____	182
bb) Recht _____	183
cc) Ordnung _____	186
aaa) Die Stellung des Subjekts in der Ordnung _____	187
bbb) Die Ordnung in der Rechtsdurchsetzung _____	190
ccc) Der Richter in der Ordnung _____	193
c) Die methodische Funktion der konkreten Ordnung _____	195
2. Die Funktion des § 56 REG bei der Rechtsgewinnung _____	201
IV. Zusammenfassung _____	209
Kapitel 3 Die Rechtsprechung des Reichserbhofgerichts _____	213
I. Die Rechtsgewinnung in der Rechtsprechung des REHG _____	215
1. Die Rechtsquellen des REHG _____	216
a) Die Präambel _____	217
b) Das vernationalsozialistische Recht _____	221
aa) ZPO und FGG _____	221
bb) Zivilrecht _____	225
cc) Öffentliches Recht _____	235
c) Das nationalsozialistische Recht _____	237
d) Ergebnis _____	240
2. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe _____	241
a) Der Gesetzeszweck als Ergebniskontrolle _____	242
b) Die Auslegung contra legem auf der Grundlage des § 56 REG ____	248
c) Die Analogie bei nachträglichen Gesetzeslücken _____	253
d) Die Grenzen der Analogie trotz § 56 REG _____	255
e) Ergebnis _____	258
3. Die ideologische Auslegung _____	259
a) Die völkische Argumentation _____	259
b) Das Eigentum unter dem REG _____	266
c) Die Koppelung ideologischer und dogmatischer Argumente ____	274
d) Das Konzept der Ordnung in der Rechtsprechung des REHG ____	282
e) Ergebnis _____	293
II. Zusammenfassung _____	294
Gesamtergebnis _____	299

Literaturverzeichnis

Entscheidungssammlung zum Reichserbhofgesetz:

Entscheidungen des Reichserbhofgerichts, herausgegeben von den beamteten Mitgliedern des Gerichtshofs, 9 Bände, Berlin 1934 bis 1943

Vor 1945 erschienene Schriften:

Abraham, Hans Fritz, Die Gefährdung der Zivilrechtspflege, in: DJZ 1923, Sp. 269ff.

Aereboe, Friedrich, Agrarpolitik, Berlin 1928

Anschütz, Gerhard, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage, Berlin 1933

Baumbach, Adolf, Rundschau, in: DJZ 1934, Sp. 55f.

Bergbohm, Karl, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen, Leipzig 1892

Bergmann, Walter, Das Erbhofverfahren, München 1934

Binder, Julius, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915

—, Philosophie des Rechts, Berlin 1925

—, Führerauslese in der Demokratie, Langensalza 1929

—, Der Deutsche Volksstaat, Tübingen 1934

Binder, Julius/Busse, Martin/Larenz, Karl, Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, Berlin 1931

Brütt, Lorenz, Die Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften, Berlin 1907

Bull, Hans Joachim, Die Bindung an das Gesetz, in: AcP 139 (1933), S. 337ff.

—, Gemeinnutz und „geltendes“ Recht, in: DR 1935, S. 179ff.

Bülow, Friedrich, Gustav Ruhland. Ein deutscher Bauerndenker im Kampf gegen Wirtschaftsliberalismus und Marxismus, Berlin 1936

- Busse, Martin*, Hegels Phänomenologie des Geistes und der Staat, Berlin 1931
—, Germanisches Bauernrecht, in: DR, 1934, S. 497ff.
—, Der Personalkredit in der Ordnung des Erbhofes, in: DGWiR, 1935, S. 65ff.
—, Anmerkung zu EHG Dresden, Beschluss vom 1.2.1935, in: RdRN 35, S. 510ff.
—, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, S. 431ff.
—, Das Erbhofrecht und der Aufbau der Bodenordnung, in: RdRN 1936, 477ff.
—, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936
—, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289ff.
—, Wirtschaftspolitische Praxis und Rechtsbildung, Stuttgart 1941
- Chamberlain, Houston Stewart*, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, München 1902
- Clauß, Wolfgang (Hrsg.)*, Der Bauer im Umbruch der Zeit, Berlin 1935.
- Dahm, Georg (Hrsg.)*, Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935
- Dahm, Georg/Eckhardt, Karl August/Höhn, Reinhard/Ritterbusch, Paul/Siebert, Wolfgang*, Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, in: DRW I (1936), S. 123f.
- Darré, Richard Walther*, Neuadel aus Blut und Boden, München 1930
—, Landvolk in Not, München 1932
—, Das Bauerntum als Lebensquell der nordischen Rasse, 2. Auflage, München 1933
—, Ein grundsätzlich neuer Weg in der ländlichen Siedlung, in: Völkischer - Beobachter v. 20.7.1933.
—, Reichserbhofgesetz und Agrarpolitik, in: DJ 1934, S. 852
- Dellian, Eduard*, Recht und Gesetzestechnik. Zur Frage des Anerbenrechts halbbürtiger sippenfremder Geschwister, in: RdRN 1938, 89ff.
- Diener, Roger*, Besprechung zu Ule, Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee, RVerwBl. 34, 649, in: DR 1934, S. 446ff.
- Dietze, Hans-Helmut*, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939
- Dölle, Hans*, Lehrbuch des Reichserbhofrechts, 2. Auflage, München 1939
- Donat, Helmut*, Die Geschichte der Agrarverfassung des ostthüringischen Bauernstandes. Vom Beginn der Frohnablösungen 1831 bis zum Reichserbhofgesetz von 1933, Borna-Leipzig 1935
- Eckhardt, Karl August*, Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft, in: DJZ 1935, Sp. 167ff.
—, Zum Geleit, in: DRW I (1936), S. 3ff.

- Ehrlich, Eugen*, Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1903
- Engisch, Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- Fauser, Manfred*, Das Gesetz im Führerstaat, in: AöR 26 (1935), S. 129ff.
- Feder, Gottfried*, Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundlagen, 146. – 155. Auflage, München 1934
- Forsthoff, Ernst*, Staatsrechtswissenschaft und Weltkrieg, in: Blätter für Deutsche Philosophie 5 (1931), S. 292ff.
—, Der totale Staat, Hamburg 1933
- Frank, Hans (Hrsg.)*, Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935
—, Heroisches und geordnetes Recht, München, 1938
—, Rechtsgrundlagen des nationalsozialistischen Führerstaates, München 1938
- Freisler, Roland*, Recht, Richter und Gesetz, in: DJ 1933, S. 694ff.
—, Richter, Recht und Gesetz, in: DJ 1934, S. 1333
—, Recht und Gesetzgeber, in: DJ 1936, S. 153ff.
—, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Berlin, 1938
—, Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmichtsstrafverfahrens und des Strafgesetzbuches und seine Stellung in der Strafverfahrenserneuerung, in: DJ 1939, S. 1570ff.
—, Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung, Berlin 1941
- Freyer, Hans*, Der Staat, Leipzig 1925
- Frost, Julius*, Das norwegische Bauernrecht. Odals- und Aasätesrecht, Jena 1938.
- Fuchs, Ernst*, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909
—, Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe 1912
- Gobineau, Arthur de*, Essai sur l'inégalité des races humaines, Paris 1853 – 1855
- Goerrig, Franz*, Das neue deutsche Arbeitsrecht, in: JW 1934, S. 321ff.
- Gülland, Paul*, Das Reichserbhofrecht, Berlin 1935
—, Zur Rechtsausübung und Rechtsanwendung des Reichserbhofgesetzes, in: DR 1934, S. 362ff.
- Gürtner, Franz*, Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat, in: DJ 1934, S. 369ff.
- Hantelmann, Erich von*, Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze, Würzburg 1937

- Heck, Philipp*, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue, in: DJZ 1905, Sp. 1139ff.
- , Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912
- , Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1ff.
- , Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929
- , Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
- , Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, in: AcP 142 (1936), S. 129ff.
- , Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936
- , Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, in: AcP 143 (1937), S. 129ff.
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933
- Heller, Hermann*, Staatslehre, Leiden 1934
- Hempel, Carl G./Oppenheim, Paul*, Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik, Leiden 1936
- Herschel, Wilhelm*, Das Erbhofeigentum, Mannheim 1936
- Hildebrandt, Heinz*, Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, Berlin 1935
- Hitler, Adolf*, Mein Kampf, 851. – 855. Auflage, München 1943.
- Höhn, Reinhard*, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935
- , Die neue Studienordnung für Rechtswissenschaft im Rahmen der Universitätsreform, in: DR 1935, S. 51ff.—, Das Gesetz als Akt der Führung, in: DR, 1935, S. 433ff.
- , Gemeinschaft als Rechtsprinzip, in: DR 1936, S. 301ff.
- Holstein, Günther/Larenz, Karl*, Staatsphilosophie, München 1933
- Hopp, Karl*, Zahlen zur Anerbengerichtsbarkeit, in: DJ 1936, S. 510ff.
- , Der Erbhof im Lichte richterlicher Rechtsschöpfung, in: Roland Freisler/Justus Wilhelm Hedemann (Hrsg.), Kampf für ein deutsches Volksrecht: Richard Deinhardt zum 75. Geburtstag, Berlin 1940, S. 87ff.
- Horneffer, Reinhold*, Über allgemeine und konkrete Begriffe in der Rechtswissenschaft, in: DRW 5 (1940), S. 154ff.
- Huber, Ernst Rudolf*, Die Einheit der Staatsgewalt, in: DJZ 1934, Sp. 950ff.
- , Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, Hamburg 1935
- , Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939
- Hubernagel, Gerhard*, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: Hans Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 970ff.
- Isay, Hermann*, Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929
- Jentzsch, Helmut*, Begriffsjurisprudenz im Erbhofrecht, Stuttgart 1939

- Jhering, Rudolf von*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Neudruck der 13. Auflage, Leipzig 1924, Darmstadt 1992
- Johae, Werner*, Anmerkung zu LEHG Celle, Beschluss vom 10.11.1936, in: RdRN 1937, S. 953ff.
- Jung, Erich*, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912
- Kantorowicz, Hermann*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002
- , Was ist uns Savigny?, in: Recht und Wirtschaft, 1 (1911/12), S. 46ff., S. 76ff.
- , Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre, in: —, Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Karlsruhe 1962
- , Rechtswissenschaft und Soziologie, in: —, Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Karlsruhe 1962, S. 130ff.
- Kelsen, Hans*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, Tübingen 1929
- , Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934
- Klässel*, Die Surrogation im Erbhofrecht, in: RdRN 1940, S. 65ff.
- Knubel, Ulrich Johannes*, Das Wesen der Erbfolge nach dem Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 in rechtsvergleichender Darstellung zum älteren bürgerlichen Erbrecht, Düsseldorf 1934
- Koellreutter, Otto*, Die Staatslehre Oswald Spenglers. Eine Darstellung und kritische Würdigung, Jena 1924
- , Der Deutsche Staat als Bundesstaat und Parteienstaat, Tübingen 1927
- , Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935
- , Deutsches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1938
- Krug, Karl*, Rechtspflege und Rechtspolitik (Wochenschau), in: DJ 1934, S. 53
- , Rechtspflege und Rechtspolitik (Wochenschau), in: DJ 1934, S. 93
- Küchenhoff, Günther*, Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, Berlin 1934
- Kühn, Friedrich*, Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung – zugleich ein Beitrag zu den Rechtsnormen der Führerverfassung im Allgemeinen, Leipzig 1935
- Kunter, Fritz*, Die Stein-Hardenberg'sche Agrarreform und das Reichserbhofgesetz, Halle 1937
- Laband, Paul*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Band 1, 4. Auflage, Tübingen 1901
- Lange, Heinrich*, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934
- , Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, in: Hans Frank, Nationalsozia-

- listisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 93ff.
—, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941
- Larenz, Karl*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, Leipzig 1927
—, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930
—, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934
—, Rezension zu Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, in: ZHR 100 (1934), S. 378ff.
—, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935
—, Vorwort zu ZDK I (1935)
—, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40ff.
—, Besprechung zu Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, in: ZDK I (1935), S. 112ff.—, Vorwort, in: Georg Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935
—, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Georg Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935
—, Vertrag und Unrecht, 1. Auflage, Hamburg 1936/1937
—, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257ff.
—, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938
—, Neubau des Privatrechts, in: AcP 145 (1939), S. 98ff.
—, Zur Logik des konkreten Begriffs, in: DRW 5 (1940), 279ff.
—, Typologisches Rechtsdenken. Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme, in: ARSP 34 (1940/41), S. 20ff.
- Laun, Rudolf*, Volk und Nation; Selbstbestimmung und nationale Minderheiten, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma (Hrsg.), HdDStR I, Tübingen 1930, S. 244
- Leers, Johann von*, Odal, Das Lebensgesetz eines ewigen Deutschland, Goslar 1935
- Liermann, Hans*, Rasse und Recht, in: ZStaatsW, 85 (1928), S. 273ff.
- Lobe*, Der Untergang des Rechtsstaates, in: DJZ 1925, Sp. 15ff.
- Lühr*, Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden?, in: DRiZ 1934, S. 34ff.
- Merkl, Adolf*, Das doppelte Rechtsantlitz, Jur. Blätter 1918, S. 425ff.
- Meukel, Leonhard/Aubele, Raimund*, Das Reichserbhofgesetz, 2. Auflage, München, Berlin u.a. 1937
- Mezger, Edmund*, Spenglers „Untergang des Abendlandes“. Eine neue Geschichts- und Gesellschaftslehre, in: Logos IX (1920), S. 260ff.

- Michaelis, Karl*, Erbhof, Bürgerliches Recht und völkische Gesamtordnung, in: RdRN 1938, 769ff.
- Moesser, Karl Eugen*, Das deutsche Bodenkreditproblem. Begriffliche Grundlagen, theoretisches System, praktische Probleme und organisatorischer Aufbau des bankmäßig organisierten Bodenkredits in Deutschland, Berlin 1934
- Müller-Erbach, Rudolf*, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in: Otto Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band II, Berlin 1929, S. 162ff.
- Nicolai, Helmut*, Rassengesetzliche Rechtslehre, München 1932
—, Grundlagen der kommenden Verfassung, Berlin 1933
- Oswald*, Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung, in: DJZ 1934, Sp. 440ff.
- Peters, Karl*, Nationalsozialismus und Strafrecht, in: JW 1933, S. 1561
- Poetzsch-Heffter, Fritz* (Hrsg.), Vom deutschen Staatsleben. 30. Januar bis 31. Dezember 1933, Tübingen 1935, S. 50ff.
- Pracht, Karl*, Der Gesetzesvorspruch, Erlangen 1937
- Radbruch, Gustav*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1929
—, Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken, in: Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts XII (1938), S. 46ff.
- Rauber, Wilhelm*, Bauer und Richter. Zur Bedeutung der bäuerlichen Gerichtsbarkeit, in: RdRN 1936, 242ff.
- Rosenfeld*, Oswald Spengler und das Recht, in: DJZ 1923, Sp. 141ff.
- Ross, Alf*, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929, Aalen 1989
- Rothenberger, Curt*, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22ff.
- Ruhland, Gustav*, System der politischen Ökonomie, 3 Bd., Leipzig, Berlin 1903-1908
- Rümelin, Max*, Erlebte Wandlungen in Rechtswissenschaft und Lehre. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1930, Tübingen 1930
—, Besprechung zu Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, in: AcP 131 (1930), S. 245ff.
- Saure, Wilhelm*, Das Reichserbhofgesetz, 5. Auflage, Berlin 1938

- Savigny, Friedrich Carl von*, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1 (1815), S. 2f.
- , System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973
- Schaffstein, Friedrich*, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Georg Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 110ff.
- Scheibe, Georg*, Die Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes, Leipzig 1936
- Scheuner, Ulrich*, Die nationale Revolution, in: AöR 24 (1934), S. 261ff.
- , Gesetz und Einzelanordnung, in: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Hübner zum siebenzigsten Geburtstag, Neudruck der Ausgabe Jena 1935, Aalen 1981, S. 190ff.
- Schmitt, Carl*, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis, Berlin 1912
- , Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914
- , Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931
- , Legalität und Legitimität, Berlin 1932
- , Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, Hamburg 1933
- , Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934
- , Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit, 2. Auflage, Hamburg 1934
- , Politische Theologie, 2. Auflage, München, 1934
- , Der Weg des deutschen Juristen, in: DJZ 1934, Sp. 691ff.
- , Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: JW 1934, S. 713ff.
- , Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: DR 1934, S. 225ff.
- , Der Führer schützt das Recht, in: DJZ 1934, Sp. 945ff.
- , Kodifikation oder Novelle, in: DJZ 1935, Sp. 919ff.
- , Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, in: DJZ 1936, Sp. 1193f.
- , Völkerrechtliche Großraumordnung mit einem Interventionsverbot für raumfremde Mächte, 4. Auflage, Berlin 1941
- Schönfeld, Walther*, Der absolute Idealismus Julius Binders im Lichte Hegels, in: ZStaatsW 98 (1938), S. 54ff.
- Schramm*, Dürfen für die Bauernfähigkeit über § 15 RerbhG hinausgehende Erfordernisse aufgestellt werden, in: DJZ 1934, Sp. 846f.
- Schulte-Hürmann, Franz Josef*, Norwegischer Odelshof und deutscher Erbhof, Diss. Jur. Münster, 1942
- Schwerin, von*, Studienreform und Rechtsreform, in: ZAkDR 37, S. 455.
- Setz, K.*, Der Jurist in den Anerbbehörden, in: RdRN 1936, 97ff.

Siebert, Wolfgang, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, in: Georg Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 188ff.

Spengler, Oswald, Der Untergang des Abendlandes, 2 Bände, München 1918-1922

Stampe, Ernst, Rechtsfindung durch Konstruktion, in: DJZ 1905, Sp. 417ff.

—, Rechtsfindung durch Interessenabwägung, in: DJZ 1905, Sp. 714ff.

—, Gesetz und Richtermacht, in: DJZ 1905, Sp. 1016ff.

Stier, Günther, Das Recht als Kampfordnung der Rasse, Berlin 1934

Stoll, Heinrich, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, in: DJZ 1933, Sp. 1229

—, Juristische Methode, praktische Forderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Heinrich Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz, Berlin 1934, S. 83ff.

Stratenwerth, Fritz, Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937

Stuckart, Wilhelm/Globke, Hans, Kommentar zur deutschen Rassegesetzgebung, Band 1, München 1936

Stuckart, Wilhelm /Schiedermaier, Rolf, Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches, Leipzig 1939

Tatarin-Tarnheyden, Edgar, Bolschewismus und Fascismus in ihrer staatsrechtlichen Bedeutung, in: ZStaatsW 80 (1926), S. 1ff.

Tigges, Hans, Die Stellung des Richters im modernen Staat, Berlin 1935

Tönnies, Ferdinand, Gemeinschaft und Gesellschaft, Teil 2, 8. Auflage, Leipzig 1935, Neudruck Darmstadt 1963

Tolle, Adolf, Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes, Berlin 1934

Vogels, Werner, Das Reichserbhofgesetz, 1. Auflage, Berlin 1933

—, Das Reichserbhofgesetz, 3. Auflage, Berlin 1934

—, Das Reichserbhofgesetz, 4. Auflage, Berlin 1937

Vogels, Werner/Hopp, Karl, Rechtsprechung in Erbhofsachen, Berlin 1934

Wagemann, Gustav/Hopp, Karl, Reichserbhofgesetz, 3. Auflage, Berlin 1935

Walz, Gustav Adolf, Artgleichheit gegen Gleichartigkeit, Hamburg 1938

Wenzel, Fritz/Friedrich, Karl Heinz, Das Reichserbhofgesetz, Berlin 1934

Wöhrmann, Otto, Das Reichserbhofrecht, 2. Auflage, Berlin 1934

Nach 1945 erschienene Schriften:

- Abel, Wilhelm*, Agrarpolitik, 2. Auflage, Göttingen 1958
- Alexy, Robert*, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1983
—, Theorie der Grundrechte, 2. Auflage Frankfurt am Main 1994
—, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt am Main 1995
- Anderbrügge, Klaus*, Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, Berlin 1978
- Behrend, Jürgen*, Untersuchungen zur Stufenbautheorie Adolf Merkl's und Hans Kelsens, Berlin 1977
- Behrends, Okko*, Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 34ff.
- Bergmann, Theodor*, Der bäuerliche Familienbetrieb – Problematik und Entwicklungstendenzen, in: ZAA 17 (1969), S. 215ff.
- Beyer, Wilhelm Raimund*, Rezension zu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1961, S. 638ff.
- Bochenski, Joseph*, Europäische Philosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Bern 1951
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, Ordnungsdenken, konkretes, in: Joachim Ritter (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 6, Darmstadt 1984, Sp. 1312ff.
- Bosch, Friedrich Wilhelm*, Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947 bis 1987, in: NJW 1987, S. 2617ff.
- Braczyk, Boris A.*, Karl Larenz völkisch-idealistische Rechtsphilosophie, in: ARSP 79 (1993), S. 99ff.
- Breuer, Stefan*, Anatomie der Konservativen Revolution, Darmstadt 1993
- Brunner, Otto (Hrsg.)*, Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 5, Stuttgart 1984
- Broszat, Martin*, Der Nationalsozialismus. Weltanschauung, Programm und Wirklichkeit, Stuttgart 1960
- Buchenroth, Axel C.*, Die Heimatzuflucht nach § 30 Absatz 3 Reichserbhofgesetz (REG) als Beispiel des anerbenrechtlichen Versorgungsprinzips in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2004
- Bydlinski, Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982

- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983
- , Karl Larenz, in: JZ 1993, S. 404ff.
- Coing, Helmut*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Berlin 1993
- Conrad, Hermann*, Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat, Graz 1971
- Conze, Werner*, Artikel „Rasse“, in: Otto Brunner (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Band 5, Stuttgart 1984
- Corni, Gustavo/Gies, Horst*, Brot, Butter, Kanonen. Die Ernährungswirtschaft in Deutschland unter der Diktatur Hitlers, Berlin 1997
- Diederichsen, Uwe*, Karl Larenz, in: NJW 1993, S. 902ff.
- Döhring, Erich*, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Karl Jordan (Hrsg.) Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665 – 1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965
- Dreier, Horst*: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, in: VVDStRL 60 (2001), Berlin 2001, S. 9ff.
- , Rechtszerfall und Kontinuität. Zur asynchronen Entwicklung von Staatsrecht und Wirtschaftssystem in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Der Staat 43 (2004), S. 235ff.
- Dreier, Ralf*, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, FS für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 3ff.
- , Julius Binder (1870-1939), in: ders., Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt am Main 1991, S. 142ff.
- , Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, in: JZ 1993, 454ff.
- Eckert, Jörn*, Was war die Kieler Schule?, in: Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden 1992, 152ff.
- Edelmann, Johann*, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Bad Homburg 1967
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 9. Auflage, Stuttgart 1997
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959
- Erdmann, Karl Dietrich*, Wissenschaft im Dritten Reich, Kiel 1967
- Esser, Josef*, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1949

— Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970

Fahle, Günter, Nazis und Bauern, Köln 1986

Farquharson, John Edgar, The Plough and the Swastika. The NSDAP and Agriculture in Germany 1928-1945, London 1976

Fikentscher, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Mitteleuropäischer Rechtskreis, Bd. III, Tübingen 1976

—, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung. Dogmatischer Teil, Band IV, Tübingen 1977

Fischer, Robert, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971

Frassek, Ralf, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht. Die Umsetzung weltanschaulicher Programmatik in den schuldrechtlichen Schriften von Karl Larenz, Baden-Baden, 1996

—, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: ZRG GA 111 (1994), S. 564ff.

Freitag, Hans Otto, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem. Eine rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Untersuchung zum Gewohnheitsrecht, insbesondere in der Eingriffsverwaltung, Berlin 1976

Frommel, Monika, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981

—, Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 45ff.

Fuchs, Ernst, Gerechtigkeitswissenschaft, Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, Karlsruhe 1965

Füßer, Klaus, Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht“. Zur Dekonstruktion einer verbreiteten Legende, in: ARSP 78 (1992), S. 301ff.

Gay, Peter, Die Republik der Außenseiter, Frankfurt am Main, 1970

Gernhuber, Joachim, Das Völkische Recht, in: Norbert Horn/Klaus Luig/Alfred Söllner (Hrsg.): Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 167ff.

Gies, Horst, R. Walther Darré und die nationalsozialistische Bauernpolitik in den Jahren 1930 – 1933, Frankfurt am Main 1966

—, NSDAP und landwirtschaftliche Organisationen in der Endphase der Weimarer Republik, in: VfZ 15 (1967) S. 341ff.

Göppinger, Horst, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“: Entrechtung und Verfolgung, 2. Auflage, München 1990

Goez, Werner, Allod, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, Berlin 1971, Sp. 120f.

Grundmann, Friedrich, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979

Güde, Max, Die Liquidierung des Reicherbhofgesetzes, in: Militärregierung der franz. Besatzungsgebiete (Hrsg.), Konstanzer Juristentag 2. bis 5. Juni 1947, Tübingen 1947, S. 81ff.

Günther, Maria, Die Institutionalisierung der Rassenhygiene an den deutschen Hochschulen vor 1933, Diss. med., Mainz 1982

Halfmann, Frank, Eine „Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter“: Die Juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: Heinrich Becker/Hans-Joachim Dahms/Cornelia Wegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. Auflage, München 1998, S. 102ff.

Hardt, Michael/Negri, Antonio, Empire, Frankfurt am Main 2002

Hartmann, Frank, Das methodologische Denken bei Karl Larenz, Frankfurt am Main 2001

Haushofer, Heinz, Ideengeschichte der Agrarwirtschaft und Agrarpolitik im deutschen Sprachgebiet, Bd. 2: Vom Ersten Weltkrieg bis zur Gegenwart, Bonn 1958

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, Werke in 20 Bänden, Band 8, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Frankfurt am Main 1970
—, Werke in 20 Bänden, Band 10, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, Frankfurt am Main 1970

Hettlange, Robert, Artikel „Gemeinschaft“, in: ders. (Hrsg.), Staatslexikon Band 2, 7. Auflage, Freiburg 1986, Sp. 850f.

Hirsch, Hans-Joachim, Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334ff.

Hofer, Walther, Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933-1945, Frankfurt am Main 1957

Hofmann, Hasso, Legitimität gegen Legalität, Neuwied 1964

Höhne, Heinz, Der Orden unter dem Totenkopf, Gütersloh 1967

Jacobson, Arthur J./Schlink, Bernhard (Hrsg.), Weimar. A Jurisprudence of Crisis, Berkeley 2000

Kater, Michael, Die Artamanen – Völkische Jugend in der Weimarer Republik, in: HZ 213, (1971), S. 577ff.

Kaufmann, Matthias, Recht ohne Regel, Freiburg 1988

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960

- Kershaw, Ian*, Hitler 1889-1936, Frankfurt am Main 1999
—, Hitler 1936-1945, Frankfurt am Main 1999
- Kervegan, Jean-Francois*, Politik und Vernünftigkeit. Anmerkungen zum Verhältnis zwischen Carl Schmitt und Hegel, in: Der Staat 27 (1988), S. 371ff.
- Kiefer, Lorenz*, Begründung, Dezsion und politische Theologie, in: ARSP 76 (1990), S. 479ff.
- Koenen, Andreas*, Der Fall Carl Schmitt: sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“, Darmstadt 1995
- Kokert, Josef*, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995
—, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, ZNR 1996, S. 23ff.
- König, René*, Die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft bei F. Tönnies, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 7 (1955), S. 348ff.
- Kriele, Martin*, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1968
- Kroeschell, Karl*, Geschichtliche Grundlagen des Anerbenrechts, in: Agrarrecht 1978, S. 147ff.
- Kruedener, Jürgen von*, Zielkonflikt in der nationalsozialistischen Agrarpolitik – Ein Beitrag zur Diskussion des Leitungsproblems in zentral gelenkten Wirtschaftssystemen, in: ZWS, 1974, S. 335ff.
- Laddeur, Karl-Heinz*, Rechtssubjekt und Rechtsstruktur, Gießen 1978
- Landau, Peter*, Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht, in: Michael Stolleis/Dieter Simon (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus Beiträge zur Geschichte einer Disziplin, Tübingen 1989, S. 11ff.
- Lange, Heinrich*, BGB Allgemeiner Teil, 3. Auflage, München 1956
- Larenz, Karl*, Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, in: Eduard Böttcher (Hrsg.), Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958
—, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Berlin 1960
—, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1968
—, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1975
—, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991
—, /Canaris, Claus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Studienausgabe, 3. Auflage, Berlin 1995
- La Torre, Massimo*, A National-Socialist on Crime and Punishment – Karl - Larenz and the So-Called „Deutsche Rechtserneuerung“, Florenz 1992
—, Nostalgia for the Homogenous Society, Florenz 1993

- Lege, Joachim*, Pragmatismus und Jurisprudenz: über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999
- Lepsius, Oliver*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994
- Looschelders, Dirk/Roth, Wolfgang*, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, 2. Auflage, Darmstadt/Neuwied 1975
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian-Sommermann, Karl Peter*, Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Auflage, München 2000
- Mährlein, Christoph*, Volksgeist und Recht, Würzburg 2000
- Majer, Diemut*, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, Stuttgart 1987
- Maus, Ingeborg*, Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 173ff.
- Meyer-Cording, Ulrich*, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971
- Meinck, Jürgen*, Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus. Eine Studie zum Problem der Kontinuität im staatsrechtlichen Denken in Deutschland 1928 bis 1936, Frankfurt am Main 1978
- Mennicken, Axel*, Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, Bad Homburg v. d. H. 1970
- Mitteilungen zum Jahresbericht des BGH 1966, in: NJW 1967, S. 816f.
- Moench, Dietmar*, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971
- Mugdan, Benno*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Neudruck der Ausgabe Berlin 1899, Aalen 1979
- Müller, Christoph /Staff, Ilse (Hrsg.)*, Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren, Frankfurt am Main 1985
- Nehlsen, Hermann*, In memoriam Karl August Eckhardt, in: ZRG GA 104 (1987), S. 497ff.
- Neumann, Ulfrid*, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Dieter Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1994, S. 145ff.

Neumann, Volker, Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken, in: Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 153ff.

Nipperdey, Thomas, Deutsche Geschichte 1866-1918, Band II: Machstaat vor der Demokratie, München 1992

Noack, Paul, Carl Schmitt, Frankfurt am Main 1996

Nörr, Knut Wolfgang, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988

Ogorek, Regina, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, Frankfurt am Main 1986

Olberg, Gabriele von, Odal, in: Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 3, Berlin 1984, Sp. 1178ff.

Ottmann, Henning, Hegel und Carl Schmitt, in: ZfP 40 (1993), S. 233ff.

Ossenbühl, Fritz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988

Pasquino, Pasquale, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, in: Christoph Müller/Ilse Staff, Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren, Frankfurt am Main 1985, S. 114ff.

Pauly, Walter, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, in: VVDStRL 60 (2001), Berlin 2001, S. 73ff.

Pawlowski, Hans-Martin, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999

Petersen, Jens, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, - Tübingen 2001

Pichinot, Hans-Rainer, Die Akademie für Deutsches Recht – Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches, Kiel 1981

Radbruch, Gustav, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, S. 105ff.

—, Rechtsphilosophie, 8. Auflage, Stuttgart 1973

Raisch, Peter, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, Heidelberg 1988

Röhl, Klaus F., Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage, Köln 2001

Rottleuthner, Hubert, Substanzieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, in: ders. (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983, S. 25ff.

Rüthers, Bernd, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, München 1989

—, *Entartetes Recht*, 2. Auflage, München 1989

—, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Auflage, Heidelberg 1997

—, *Rechtstheorie*, München 1999

—, *Carl Schmitt als politischer Denker des 20. Jahrhunderts*, in: *ZRph*, 2003, S. 63ff.

Scheuerle, Wilhelm, *Das Wesen des Wesens*, AcP 163 (1964), S. 429ff.

Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Köln 1950

—, *Der Begriff des Politischen*, Nachdruck der 1963 erschienenen 2. Auflage, Berlin 1987

—, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, 2. Auflage, München 1968

—, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. unveränderte Auflage, Berlin 1993

Schild, Wolfgang, *Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie*, in: Marcel Senn/Claudio Soliva (Hrsg.), *Rechtsgeschichte & Interdisziplinarität: Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag*, Bern 2001, S. 143ff.

Schubert, Werner, *Akademie für Deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse*, Bd. III, 5, Berlin 1993

Schulz, Birger, *Der Republikanische Richterbund (1921-1933)*, Frankfurt am Main 1982

Schulze-Fielitz, Helmut, *Art 20 (Rechtsstaat)*, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 2, Tübingen 1998

Schumann, Ekkehard, *Das Rechtsverweigerungsverbot*, in: *ZZP* 81 (1968), S. 79ff.

Seiler, Wolfgang, *Höchststrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht*, Baden-Baden 1997

Seiberth, Gabriel, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin 2001

Sontheimer, Kurt, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München 1962

Starck, Christian, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung*, in: *Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Augsburg vom 1. bis 4. Oktober 1975*, *VVDStRL* 34 (1976), Berlin 1976

Stolleis, Michael, Carl Schmitt, in: Martin Sattler (Hrsg.), Staat und Recht, München 1972, S. 100ff.

—, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974

Stolleis, Michael/Simon, Dieter, Vorurteile und Werturteile in der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus, in: NS-Recht in der historischen Perspektive. Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte, München, 1981

Thoss, Peter, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, Frankfurt am Main 1968

Topitsch, Ernst, Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschafts-ideologie, 2. Auflage, München 1981

Vallauri, Luigi Lombardi, Geschichte des Freirechts, Frankfurt am Main 1971

Walther, Manfred, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen wehrlos gemacht?, in: Ralf Dreier/Wolfgang Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 323ff.

Weber, Max, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, Tübingen 1972

Weinkauff, Hermann, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Stuttgart 1968

Weitzel, Jürgen, Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken: Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933-1945, in: ZNR 1989, S. 55ff.

—, „Bauerngerichte“ und Prozessrechtsreform 1933 – 1945, in: Stephan Buchholz/Paul Mikat/Dieter Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung. Ekkehard Kaufmann zum 70. Geburtstag, Paderborn 1993, S. 361ff.

Wieacker, Franz, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Nachdruck der 2. Auflage, Göttingen 1967, Göttingen 1996

—, Wandlungen der Eigentumsverfassung - Revisited, in: Quaderni Fiorentini 1976/77, S. 841ff.

Wilhelm, Walter, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1958

Wolf, Manfred, Philipp Heck als Zivilrechtsdogmatiker, Ebelsbach 1996

Wolff, Heinrich, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Otto Bachof/Martin Drath (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33ff.

Zimmermann, Theo, Analogie oder Umkehrschluss?, in: NJW 1954, S. 624ff.

Zippelius, Reinhold, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2. Auflage, München 1974

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AeG	Anerbengericht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
DGWiR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNVP	Deutschnationale Volkspartei
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DVO I	Erste Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz
DVO II	Zweite Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz
DVO III	Dritte Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz
DVP	Deutsche Volkspartei
EHFV	Verordnung zur Fortbildung des Erbhofrechts und zur Verbesserung der Rechtsstellung der Bäuerin
EHG	Erbhofgericht
EHRV	Erbhofrechtsverordnung
EHVfO	Erbhofverfahrensordnung
kaB	konkret-allgemeine Begriffe
KBF	Kreisbauernführer
kOD	konkretes Ordnungsdenken
LBF	Landesbauernführer
LEHG	Landeserbhofgericht Celle
PrALR	Preußisches Allgemeines Landrecht
PrEHG	Preußisches Erbhofgesetz
PrGS	Preußische Gesetzessammlung
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht

RBF	Reichsbauernführer
RdRN	Recht des Reichsnährstandes
REG	Reichserbhofgesetz
REHG	Reichserbhofgericht
REHGE	Entscheidungen des Reichserbhofgerichts
RGZE	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RMEL	Reichsministerium für Ernährung und Landwirtschaft
RMJ	Reichsministerium der Justiz
RN	Reichsnährstand
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAA	Zeitschrift für Agrargeschichte und Agrarsoziologie
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZDK	Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZStaatsW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

Einleitung

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Rechtsgewinnung in Rechtswissenschaft und -anwendung unter dem Nationalsozialismus. Als Rechtsgewinnung soll der gesamte Komplex verstanden werden, wie in einem – der jeweiligen Rechtsordnung konformen – Verfahren unter Anwendung eines gegebenen Normensystems ein bestimmter Lebenssachverhalt entschieden werden kann.

Die Rechtsgewinnung im Nationalsozialismus beschäftigt die Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in der Bundesrepublik erst seit etwa 30 Jahren intensiver. Vorher war der Abstand zu den Ereignissen nicht groß genug, um mit einem historischen Blick die Geschehnisse betrachten zu können. In der daraus resultierenden faktischen Tabuisierung des Themas schwingt häufig eine moralische Bewertung mit, wird hineininterpretiert oder gar beabsichtigt. Durch die Zerstörungen im Krieg ist die Quellenlage nicht immer so, wie der relativ geringe Zeitabstand eigentlich erwarten lassen könnte.

Das Hauptaugenmerk der juristischen Aufarbeitung richtete sich dabei schon immer auf das Zivilrecht und das Strafrecht. Beim Strafrecht drängte die Aufarbeitung schon wegen der eklatanten Unrechtsjustiz, die im Namen des Volkes begangen wurde.

Im Zivilrecht, dort vor allem beim BGB, kann durch die Auswertung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der Untergerichte beobachtet werden, wie eigentlich nicht auslegungsfähige Normen in den nationalsozialistischen Kontext gesetzt wurden und so ihren Inhalt völlig änderten. Dabei waren es oft auch Normen, die zum Kernbestand der liberalen Rechtskultur des Reiches gehörten. Unter dem neuen Regime galt der Primat des ideologischen Programms vor dem Recht. Es musste daher das Recht so umgedeutet werden, dass es sich im Einklang mit den gewandelten gesellschaftlichen und politischen Prämissen befand. Dies erforderte eine beträchtliche Gelenkigkeit bei den Rechtsanwendern. Das Privatrecht – vor allem das BGB – war das Kernprojekt des erstarkten liberalen Bürgertums des 19. Jahrhunderts gewesen und fußte auf einem individualistischen Menschenbild. Es hatte den Zweck, dem Bürger Rechtssicherheit zu gewähren und ihm einen Freiheitsbereich zur eigenen Entfaltung gegenüber dem Staat und den anderen Bürgern zu sichern. Im völkischen Kontext der Zeit war

dieses Modell überholt, und ein neuer Mensch, eingebettet in den organischen Zusammenhalt von Staat, Bewegung und Volk, sollte geschaffen werden, so jedenfalls das Pathos des Nationalsozialismus. Bei einer Beschreibung der Ansprüche und Leitbilder sollte das eher strategische Verhältnis der Parteiführung zu solchen Fragen nicht vergessen werden. Insbesondere in der Anfangszeit der Herrschaft stand bei allen Entscheidungen vor allem der totalitäre Anspruch des Regimes im Vordergrund und alle Fragen hatten sich letztlich dem Machterhalt unterzuordnen.

Diese danach notwendige Einlegung der nationalsozialistischen Ideologie geschah auf verschiedene Weise: Teils durch großzügige Auslegung von wertausfüllungsbedürftigen Tatbeständen, vor allem unter extensiver Nutzung von Generalklauseln, teils durch Rechtsverweigerung, indem an sich gültiges Recht, das aber dem Wertekonsens im Nationalsozialismus nicht mehr entsprach, nicht angewandt wurde. Der Führerbefehl oder oft auch nur das, was der Interpret als vermeintlichen Wunsch des Führers ansah, trat an die Stelle des gesetzten Rechts und wurde zur Rechtsquelle erhoben. Vor allem in der Zeit vor Beginn des Zweiten Weltkriegs hatten die Gerichte sich in einer Art und Weise von der Bindung an das Gesetz befreit, die selbst den nationalsozialistischen Funktionären Besorgnis erregend schien. Zum einen, weil sie die Kontrolle zu verlieren drohten, zum anderen, weil auch im Hinblick auf die Wirkung nach außen der Anschein eines Rechtsstaats gewahrt werden musste.

Bei der Auswertung der Rechtsprechung und der sie flankierenden Literatur konnten wertvolle Erkenntnisse über den Rechtsalltag im Nationalsozialismus gewonnen werden. Dabei stand zumeist im Vordergrund, mit welchen Techniken die bestehende Rechtsordnung in eine nationalsozialistische umgedeutet worden war. Insbesondere der Gebrauch von Generalklauseln stand dabei im Vordergrund.

Für einen umfassenden Blick auf die Rechtsgewinnung im Nationalsozialismus empfiehlt es sich, eine Rechtsmaterie zu untersuchen, bei der sich die Umdeutung bestehenden Rechts in dieser Schärfe nicht zeigt. Dabei bietet sich die Rechtsprechung des Reichserbhofgerichts (REHG) zum Reichserbhofgesetz (REG) besonders an. Das REG wurde erst im Oktober 1933 erlassen. An seiner Ausarbeitung waren Nationalsozialisten maßgeblich beteiligt. Wie schon aus der Präambel ersichtlich, enthielt es auch spezifisch nationalsozialistisches Gedankengut. Es kann also unter Berücksichtigung dieser drei Faktoren als nationalsozialistisches Gesetz angesehen werden, auch wenn es verschiedene Kontaktstellen mit dem BGB, vor allem im Erbrecht, aufweist. Der Druck des Rechtsstabs,

dieses Gesetz im Sinne des Nationalsozialismus umzudeuten, war also eher gering. Gleichzeitig hatte es aber, da ein großer Teil der bäuerlichen Bevölkerung von seinen Regelungen betroffen war, einen großen Einfluss auf die Lebenswirklichkeit.

Als Gegenstand einer Untersuchung über die Rechtsgewinnung im Nationalsozialismus bietet sich das REG auch deshalb an, weil mit In-Kraft-Treten des Gesetzes ein kompletter Gerichtszweig, der drei Instanzen umfasste, aufgebaut wurde. Die Entscheidungen des REHG als oberstes Gericht umfassen immerhin neun Bände, so dass auch ein ausreichendes Quellenmaterial vorhanden ist. Auf der Grundlage dieses Materials kann dargestellt werden, wie Rechtsgewinnung in diesem Bereich stattfand. Dadurch soll gezeigt werden, ob es eine spezifische Art der nationalsozialistischen Rechtsgewinnung gab und auf welchen Faktoren sie beruhte. Einen Schwerpunkt macht dabei die Frage aus, inwieweit sich die damals virulenten Ordnungskonzeptionen – vor allem die von Carl Schmitt und Karl Larenz – auf die Rechtsprechung des REHG ausgewirkt haben. Dabei sollen diese Ordnungskonzeptionen hauptsächlich hinsichtlich ihrer Funktion für die Rechtsgewinnung untersucht werden. Inwieweit ihnen auch für die Gesetzgebung – gerade in Rechtsgebieten wie dem REG, das durch die Nationalsozialisten neu geschaffen wurde – eine Bedeutung zukam, soll hingegen nicht untersucht werden.

Nicht zuletzt die Arbeiten von Rüthers haben gezeigt, dass das konkrete Ordnungsdenken Schmitts und die konkret-allgemeinen Begriffe Larenz' zumindest auf die zivilrechtliche Literatur der Zeit großen Einfluss ausgeübt haben. Die Rechtsprechung wurde jedenfalls darin bestärkt, zugunsten eines »völkischen Rechts« und seiner Gerechtigkeit auf die Bindung an das bestehende, nun als liberalistisch gescholtene und damit anrühige Recht zunehmend zu verzichten. Bei den Ordnungskonzeptionen stellt sich die Frage, ob ihr Einfluss nur dort bestand, wo sich die Notwendigkeit ergab, Recht im Sinne des Nationalsozialismus umzudeuten, oder ob diese Ordnungskonzeptionen auch auf einen spezifisch nationalsozialistischen Rechtsstoff angewendet wurden. Nur dann können sie als Ausdruck einer nationalsozialistischen Methodenlehre und nicht nur als funktionales Hilfsmittel zur Umgestaltung von Recht angesehen werden.

Damit ist zugleich die Problemstellung dieser Arbeit aufgezeigt.

Der Gang der Untersuchung beginnt damit, im ersten Teil den Stand der Methodenlehre vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten darzustellen. Neue Ansätze innerhalb eines Systems entstehen immer in Reaktion auf das Bestehende und können nur in ihrem ideengeschichtlichen Kontext analysiert werden.

Gerade die Weimarer Republik ist dafür ein fruchtbarer Gegenstand. In dieser Zeit fanden erbitterte Auseinandersetzungen um die Methode der Rechtsanwendung und -wissenschaft statt. Darüber hinaus hatte die erfahrene politische Umwälzung einen erheblichen Einfluss auf die Gedankenwelt der Juristen. Die sich ausbildende nationalsozialistische Ideologie war zu weiten Teilen wenig mehr als ein Abbild der Phobien und Utopien dieser unruhigen Zeit. Nach dieser Vorarbeit können der Kontext der völkischen Rechtswissenschaft und das Verhältnis zur Ideologie des Nationalsozialismus untersucht werden. Diese völkischen Determinanten bestimmten auch die methodischen Konzeptionen von Schmitt und Larenz. Deren Ordnungskonzepte sollen eingehend untersucht werden. Gerade bei Schmitt stellt sich die Frage, ob das konkrete Ordnungsdenken auf dem Boden seiner Vorarbeiten stand oder nur eine funktional zu deutende Auftragsarbeit war, die ihn wieder in die Nähe der Macht bringen sollte. Bei Larenz hingegen sind die Herleitung der konkret-allgemeinen Begriffe von Hegel und, damit verknüpft, die Begründung des Rechts in der Rechtsüberzeugung der Volksgemeinschaft von Interesse. Bei beiden sollen die praktischen Implikationen ihrer Lehren für die Rechtsgewinnung aufgezeigt werden.

Im zweiten Teil der Arbeit soll das REG genauer betrachtet werden. Dabei sind Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und gesetzestechnische Konzeption, aber auch der wirtschaftliche Hintergrund von Interesse, da diese Faktoren auch die Aufgaben des REHG bestimmten und seine Entscheidungen beeinflussten.

In diesem Zusammenhang soll auch auf die rechtswissenschaftliche Theorie der Rechtsgewinnung eingegangen werden. Methodisch bietet es sich an, nicht nur den Diskussionsstand im Nationalsozialismus zu Fragen der Rechtsquellenlehre, Auslegung und Rechtsfortbildung darzustellen, sondern auch einen Vergleich mit dem heutigen Stand der Rechtswissenschaft zu unternehmen. Dies schon deshalb, weil häufig keine einheitliche Terminologie verwendet wird und so die Gefahr von Missverständnissen ausgeschlossen werden kann. Nicht zu übersehen ist, dass gerade Larenz die methodische Diskussion in der Bundesrepublik mitgestaltet hat. Daher kann auch über einen Rückgriff auf seine Methodenlehre Klarheit darüber gewonnen werden, was im Nationalsozialismus Stand der Diskussion war.

Abgerundet werden soll dieser Teil mit einer eingehenden Analyse der Arbeiten Busses. Dieser war, wie Larenz, ein Schüler Julius Binders und später auch Angehöriger der Kieler rechtswissenschaftlichen Fakultät. Gleichzeitig legte er mit seiner Habilitationsschrift eine umfassende konzeptionelle Arbeit über das REG vor, die sich nicht auf die Diskussion einzelner Rechtsfragen beschränkte. Auf

Grund der methodischen Nähe zu Larenz unternahm er es, das REG in den Kontext des Ordnungsdenkens zu stellen. Daher lassen sich über eine Analyse seiner Arbeit Hinweise auf mögliche Einbruchstellen des Ordnungsdenkens in die Rechtsprechung des REHG gewinnen.

Im dritten und letzten Teil soll schließlich die Rechtsprechung des REHG selbst untersucht werden. Dabei werden alle Entscheidungen, die in den neun Bänden der amtlichen Sammlung veröffentlicht wurden, berücksichtigt. Ein Hauptaugenmerk wurde dabei auf solche Entscheidungen gerichtet, die näher auf den Prozess der Rechtsgewinnung eingehen. Daher sind etwa Fragen des Verfahrensrechts nur von untergeordneter Bedeutung. Insbesondere das Rechtsquellenverständnis, die Art und Reichweite der Auslegung und das Verhältnis des Gerichts zu Grundfesten der nationalsozialistischen Ideologie sind dabei von Interesse. Ein weiteres Augenmerk liegt auf der Frage, wie das Gericht bei der Rechtsanwendung argumentierte und welche Argumentationstypen eine Entscheidung vornehmlich trugen. Damit kann im Anschluss der Frage nachgegangen werden, ob und wie das Gericht von Ordnungskonzeptionen bei der Rechtsgewinnung beeinflusst war. Abschließend werden die Ergebnisse zusammenfassend dargestellt.

Kapitel 1 Die methodische Verortung der Rechtsgewinnung zwischen Kaiserreich und Drittem Reich

Das Hauptproblem der juristischen Methodenlehre ist die Rechtsgewinnung. Dabei stellt sich die Frage, wie in einem – der jeweiligen Rechtsordnung konformen – Verfahren unter Anwendung eines gegebenen Normensystems, das zumeist in positiv gesetzter Form vorliegt, ein bestimmter Lebenssachverhalt entschieden werden kann. Die Methodenlehre hat die Anwendung des abstrakten Rechtssatzes auf den besonderen Fall zum Gegenstand. Besondere Bedeutung kommt dabei der Anwendung und Auslegung unklarer Normen, dem Schließen bestehender Lücken im Recht sowie der Zulässigkeit und Reichweite richterlicher Rechtsfortbildung zu. Die juristische Methodenlehre beschreibt die zulässigen Arbeitsschritte, um in einer rechtlichen Begründung, etwa innerhalb einer richterlichen Entscheidung oder bei der Diskussion einer wissenschaftlichen Streitfrage ein zulässiges Argument zu erhalten. Dabei bedient sich die Wissenschaft eines Systems, in dem die gegebenen Normen, Präjudizien und anerkannten Arbeitstechniken, wie etwa der Umkehrschluss oder das *argumentum a maiore ad minus*, zu einem in sich stimmigen Komplex zusammengefasst werden. Mit einem solchen System, das den bestehenden Stoff widerspruchsfrei beschreiben kann, können bislang nicht geklärte Rechtsfragen angegangen werden.¹

Die Frage nach der methodisch richtigen juristischen Arbeitstechnik bei der Rechtsgewinnung unterliegt dem Problem, dass es keine Falsifikation im streng wissenschaftstheoretischen Sinne geben kann. Eine Widerlegung kann nur innerhalb des durch den Rechtsstoff und die zu entscheidenden Lebenssachverhalte begrenzten juristischen Bereichs erfolgen. Es kann daher nur gezeigt werden, dass eine bestimmte Methode „richtige“ Ergebnisse erbringt. Dieses „richtig“ ist selbst ein ausfüllungsbedürftiger Begriff, egal ob es mit rechtsphilosophischen oder anthropologischen Gerechtigkeitserwägungen oder mit Wertungsargumenten, die selbst wiederum aus dem Juristischen stammen, begründet wird. Daher wird teilweise die Frage nach der Gerechtigkeit einer Entscheidung gänzlich in den Bereich der philosophischen Spekulation verbannt und lediglich eine ratio-

¹ Zum Systemgedanken in der Methodenlehre: Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen*, 3. Auflage, Heidelberg 1999, S. 7.

nale Nachvollziehbarkeit und damit ein Mindestmaß an Kontrolle juristischer Entscheidungen verlangt.² Auch das BVerfG folgert aus Art. 20 Abs. 3 GG, dass das Recht nicht mit dem geschriebenen Gesetz identisch sei und der Richter daher nicht darauf beschränkt bleibe, Gesetze in den Grenzen des Wortsinns auf einen Einzelfall anzuwenden. Der Richter sei vielmehr berufen, Wertvorstellungen, die der Rechtsordnung immanent seien, in einem Akt wertenden Erkennens zu realisieren und in die Entscheidung einfließen zu lassen. Dabei dürfe die Entscheidung des Richters nicht willkürlich sein, sondern müsse auf rationalen Argumenten beruhen.³ Um eine weitere Präzisierung des Begriffs der juristischen rationalen Argumentation bemühten sich insbesondere Esser⁴ und Kriele⁵, wenn sich auch in den Details Unklarheiten zeigen.⁶

Der Stand der heutigen Methodendiskussion ist geprägt von den Auseinandersetzungen um die „richtige“ juristische Methode in den letzten knapp hundert Jahren. In den Anfängen des BGB galt die Begriffsjurisprudenz als die einzige mögliche Methode der Rechtsgewinnung. Nur mittels deren Methoden sollte der vorgegebene Rechtsstoff aufbereitet werden können, um den damals aktuellen Rechtsfragen Herr zu werden. Vielfach wurde die Begriffsjurisprudenz aber als zu starr empfunden. Mit den Angriffen der Freirechtsbewegung und dem Wiedererstarken der Rechtsphilosophie mit Stammlers neukantianischen Thesen⁷ in der Weimarer Republik begann daher ein Methodenstreit.

Nach dem – noch genauer zu untersuchenden – Vordringen einer spezifisch auf die nationalsozialistische Ideologie zugeschnittenen Methodenlehre im Dritten

² Etwa Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, S. 42. Eine Verortung der rationalen Begründung in der Philosophiegeschichte findet sich bei Raisch, *Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonnes für die praktische Rechtsanwendung*, Heidelberg 1988, S. 19ff. Zum Problem der Kriterien richtiger juristischer Erkenntnis: Lege, *Pragmatismus und Jurisprudenz: über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*, Tübingen 1999, v.a. Kapitel 9, S. 500ff. Lege versteht die juristische Richtigkeit als eine regulative Idee, die sich in einer gelungenen Entscheidung zeige, ebenda, S. 582ff.

³ BVerfGE 34, 269, 287.

⁴ Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1970, insb. S. 23ff.

⁵ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlin 1968, S. 227ff.

⁶ Eine umfassende Kritik bei Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1983, S. 45ff., der sich im Übrigen auch mit den grundsätzlichen Gegenpositionen v.a. Luhmanns auseinandersetzt, der auf dem Boden der Systemtheorie eine solche rationale Lösung für gescheitert ansieht, vgl. dazu v.a. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Auflage, Darmstadt/Neuwied 1975, S. 32.

⁷ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 84ff.

Reich blieb auch die Rechtsentwicklung in der Bundesrepublik nicht von Methodendiskussionen verschont. Anknüpfungspunkt waren dabei weniger juristische oder lebensweltliche Fragen, die eines neuen Ansatzes der Problemlösung bedurften, sondern häufig Entwicklungen in den Sozial- und Geisteswissenschaften, die für die Rechtswissenschaft adaptiert und aufbereitet wurden.⁸ In der juristischen Methodik lassen sich nicht allein philosophische Gedankengänge aufzeigen, sondern genauso leicht ideologische Grundentscheidungen verfolgen. Seien es nun marxistisch geprägte Rechtstheorien oder die Rechtsgewinnung unter Anwendung des katholischen Naturrechts, wie es etwa der BGH unter der Ägide seines Präsidenten Weinkauff durchzusetzen versuchte.⁹ Nach der Niederlage des Nationalsozialismus im Zweiten Weltkrieg verloren solch ideologisch gefärbte Theorien ihre Bedeutung in der juristischen Auseinandersetzung und der Justiz. Es setzte sich vielmehr die Erkenntnis durch, dass es eine einzige zulässige Methode der Rechtsgewinnung nicht geben kann. Allerdings bleibt auch die Judikative an Recht und Gesetz gebunden, Art. 20 Abs. 3, 97 GG. Das BVerfG geht daher davon aus, dass ein Gericht gegen das Grundgesetz verstoße, wenn es zu einer Entscheidung auf einem Weg gelangt, der die dem Richter bei der Rechtsfindung gesetzten verfassungsrechtlichen Grenzen missachtet. Dies gelte selbst dann, wenn das Ergebnis als solches dem Grundgesetz nicht widerspricht.¹⁰ Aus dem Grundgesetz ergibt sich unmittelbar, dass der Judikative die Entscheidungskompetenz für den Einzelfall obliegt, wohingegen der demokratisch legitimierte Gesetzgeber den ansonsten unabhängigen Gerichten durch die Setzung positiven Rechts den Maßstab zur Entscheidung vorgibt.¹¹

⁸ Als Beispiele sind etwa Engisch und Larenz zu nennen, die die von Gadamer in letzter Konsequenz entwickelte Hermeneutik auf die Rechtswissenschaft anzuwenden versuchten. Nach dem Paradigmenwechsel der Sozialwissenschaften zu einem sprachlogischen Ansatz versucht etwa Alexy, die auf diesen sprach- und kommunikationswissenschaftlichen Prämissen aufbauende Diskursethik, die vor allem von Habermas und Apel vertreten wird, methodisch fruchtbar zu machen, vgl. dazu seine Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt am Main 1983. Dies führt ihn dahin, in seiner Theorie der Grundrechte, 2. Auflage Frankfurt am Main 1994, eine diskurstheoretische Grundlegung der Menschenrechte zu versuchen.

⁹ Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1994, S. 145, 148ff.

¹⁰ BVerfGE 34, 269, 280; BVerfGE 49, 304, 314.

¹¹ Vgl. zur demokratietheoretischen Basis dieser Ausprägung der Gewaltenteilung Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996, S. 8 m.w.N.

Diese Resultate der methodischen Debatte zeigten sich erst im Laufe der Zeit und in Auseinandersetzung mit dem Bisherigen. Noch in der Weimarer Republik war in der Rechtswissenschaft ein großes Misstrauen gegenüber Methodendiskussionen zu verzeichnen. Radbruch formulierte dies 1929 so:

„Wie Menschen, die sich durch Selbstbeobachtung quälen, meist kranke Menschen sind, so pflegen aber Wissenschaftler, die sich mit ihrer eigenen Methodenlehre zu beschäftigen Anlass haben, kranke Wissenschaftler zu sein; der gesunde Mensch und die gesunde Wissenschaft pflegen nicht viel von sich selbst zu wissen.“¹²

Durch eine solche Position wird der Blick für die ideologische Inanspruchnahme der juristischen Methode, einschließlich der Begriffsgewinnung, verschleiert. So wie etwa die Reine Rechtslehre Kelsens die Gefahr der ideologischen Unterwanderung der Rechtswissenschaft sah und darauf mit einem in sich geschlossenen System einer vermeintlich von der Politik abgekoppelten Wissenschaft antwortete, regte sie vor allem den Widerstand gegen ihre Aussagen an und verhalf in einer gewissen Weise der ideologischen Rechtswissenschaft mit zum Durchbruch.

Der ideologische Ansatz, so wenig Einfluss er zumindest vordergründig auf die Rechtsentwicklung und die Methodenlehre der Nachkriegszeit hatte, war im Nationalsozialismus das entscheidende Moment. Die nationalsozialistische Weltanschauung hatte das Ziel, alle gesellschaftlich relevanten Bereiche zu kontrollieren. Dies muss gerade für die Justiz und in beschränktem Maß für die Rechtswissenschaft gelten, da sich das Regime in den ersten drei Jahren seiner Herrschaft, in denen die Machtstrukturen noch nicht gefestigt waren, verstärkt zu legitimieren suchte. Die Gesetzgebung war spätestens mit dem Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933¹³ die Domäne der neuen Machthaber. Das Parlament wurde weder mit neuen Gesetzen befasst noch kam es seinem Kontrollauftrag nach. Bei der Rechtsanwendung konnten sich die Nationalsozialisten nicht allein auf den Wortlaut der Gesetze und die Loyalität des Rechtsstabs verlassen, sondern es bedurfte zusätzlicher Kontrollmechanismen. Eine wesentliche Hilfe konnte dabei eine juristische Methodik bieten, die sich einer ideologischen Ergebniskontrolle weit zu öffnen verstand. Das konkrete Ordnungsdenken (kOD) und die konkret-allgemeinen Begriffe (kaB), die nicht nur zufällig ab 1933 aufkamen, verfügten über einen solchen Mechanismus.

Das Ordnungsdenken ist nur in seinem historischen und rechtswissenschaftlichen Kontext richtig zu deuten. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob es vor

¹² Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage, Leipzig 1929, S. 242.

¹³ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich, RGBI. I, 141.

allem durch Larenz und Schmitt als Methode für die spezifischen Ziele des Nationalsozialismus entwickelt oder von dessen Repräsentanten nur rezipiert oder usurpiert worden war. Es verstand sich zu Recht als Angriff gegen bestehende Denkstrukturen. Wie weit der Einfluss solcher Ordnungskonzeptionen im Bereich der Rechtsprechung tatsächlich reichte, soll im dritten Teil der Arbeit am Beispiel des Reichserbhofgerichtes genauer untersucht werden. Neben dem historischen Kontext muss auch der intellektuelle Kontext, in dem diese Debatte stattfand, berücksichtigt werden. Recht und damit auch die Methoden der Rechtsgewinnung – soweit einem nicht eine starre Werteordnung, vorgegeben durch ein Naturrecht, als erwägenswert und hinreichend rational erscheint – sind wandelbar und müssen den geänderten Bedingungen der Lebenswirklichkeit Rechnung tragen. Für eine Analyse der Rechtsgewinnung einer Epoche muss daher auch dieser Kontext nachgezeichnet werden.

Der Nationalsozialismus als totalitäre Herrschaftsstruktur konnte ab 1933 auf die Justiz einwirken. Ab diesem Zeitpunkt ist sein Einfluss auch auf die Rechtswissenschaft zumindest indirekt durch die Hoheit über die Ausbildung¹⁴ und die Berufungspolitik bei der Professorenschaft¹⁵ feststellbar. Gleichwohl kann dieses Datum nicht als Ausgangspunkt für diese Untersuchung verwendet werden, da sich verschiedene Prozesse nur vor dem Hintergrund der Entwicklung ab etwa 1918 nachzeichnen lassen. Dabei kann das Jahr 1918 als der Endpunkt der wilhelminischen Rechtswissenschaft betrachtet werden. Es stellt gleichzeitig einen Wendepunkt für die Ausbildung der damaligen Juristengeneration dar. In der Staatswissenschaft war nun eine republikanische Staatslehre gefordert. Im Zivilrecht waren die Folgen der Wirtschaftskrise juristisch aufzuarbeiten. Gleichwohl kann es nicht Gegenstand dieser Arbeit sein, sich ausgiebig mit der Schnittmenge zwischen der tendenziell republikfeindlichen Rechtswissenschaft der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus auseinander zu setzen. Aus diesem Grunde soll hier der Ansatz gewählt werden, solche Prozesse in der Groblinie dort aufzuzeigen, wo es für den Gegenstand dieser Arbeit notwendig erscheint.

¹⁴ Zur Ausbildungsreform in der Rechtswissenschaft, die untrennbar mit dem Namen Eckhardt verknüpft ist, vgl. Nehlsen, In memoriam Karl August Eckhardt, in: ZRG GA 104 (1987), S. 497ff.

¹⁵ Grundlage war v.a. das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, RGBI. I, 75, vgl. dazu auch Rütters, Carl Schmitt im Dritten Reich, München 1989, S. 47ff.

I. Der Stand der Methodendiskussion in der Weimarer Republik

1. Die Rechtswissenschaft

In der juristischen Methodendiskussion lässt sich spätestens mit der erfolgreichen Revolution von 1918 und der Konstitution der Republik ein Bruch feststellen. Nicht zu unterschätzende Faktoren waren dabei sicherlich die Erfahrung der Umwälzung des Staats durch die Revolution und die Ausrufung der Weimarer Republik. Die konservativ und monarchistisch eingestellten akademischen Eliten lehnten den erfolgten Systemwechsel ab.¹⁶ In diesem Kontext konnte der Staat, der die Erziehung und die Erfahrung dieser Wissenschaftler geprägt hatte, nicht mehr die Funktion übernehmen, Sicherheit für die bürgerliche Elite zu gewährleisten. Dies schlug sich vor allem in einer immer größer werdenden Frontstellung gegen positivistische Ansätze in der Wissenschaft nieder. Einige, wie Binder, gingen so weit, dem Positivismus die Schuld an der Niederlage Deutschlands im Ersten Weltkrieg zu geben.

Die Begriffsjurisprudenz, die aus der Pandektenwissenschaft hervorgegangen war und die späte Blüte des Rechtsverständnisses der Historischen Schule darstellte, wurde mit Beginn des 20. Jahrhunderts zunehmend kritisiert. Vor allem passte, wie die Kritiker schon in der letzten Hälfte des 19. Jahrhunderts erkannten, das zu Grunde liegende Sozialmodell nicht länger in eine Zeit, die mehr von Klassenkämpfen geprägt wurde als von dem liberalen Modell der Abwehr eines absoluten Staats durch die Schaffung eines durch Rechtssicherheit geprägten Freiraums für das aufstrebende Bürgertum.¹⁷ Die tief greifenden sozialen Wandlungen, die gerade im Umbruch vom 19. zum 20. Jahrhundert vor sich gingen, hatten Einfluss auf die Wissenschaft, vor allem auf die Geisteswissenschaften, wo sich zunehmend die Empirie als Erkenntnisquelle durchsetzte und die Soziologie als eigene Wissenschaft zu reifen begann. Auf der anderen Seite griff die Geisteshaltung Raum, dass die Wissenschaften nicht länger unfehlbar waren und so, namentlich im philosophischen Diskurs, einen großen Teil ihrer Autorität einbüßten.¹⁸ Dies schuf Platz für neue Ansätze, wie etwa die neukantianische Rechtsphilosophie zeigen sollte. Der Gedanke, auf einem philosophischen Fun-

¹⁶ Ein kurzer Abriss zu den Ansichten und Interessenkonflikten der Juristen dieser Zeit findet sich bei Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen 1988, S. 32ff.

¹⁷ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Nachdruck der 2. Auflage, Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 442.

¹⁸ Bochenski, *Europäische Philosophie der Gegenwart*, 2. Auflage, Bern 1951, S. 24.

dament eine Rechtsphilosophie zu errichten, erlebte in Deutschland eine gewisse Renaissance, die nicht zuletzt durch Rudolf Stammler ausgelöst wurde. Dies kann ideengeschichtlich als der Versuch angesehen werden, eine grundsätzliche Neuorientierung der Gesellschaft in Deutschland zu erreichen. Im Anschluss daran erhoben sich vor allem neuhegelianische und neukantianische Richtungen. Diese beeinflussten vor allem die Strafrechtswissenschaft und weniger das Privatrecht. Ansonsten ging der Trend hin zu formalen und nicht metaphysischen Deutungen des Rechts. Schon der Pandektenwissenschaft war zu Eigen, zur Begründung der Geltung von Recht auf metaphysische Elemente zu verzichten. Die ursprüngliche Verbundenheit der Historischen Schule mit dem aufklärerischen Ideal von Kant ging mit der zunehmenden Selbstbezogenheit auf den eigenen formalen Apparat über die Jahrzehnte verloren.¹⁹ Trotz aller Differenzen der verschiedenen Strömungen der Rechtswissenschaft des frühen 20. Jahrhunderts war – vielleicht mit Ausnahme der Freirechtsbewegung – das positiv vom Gesetzgeber vorgegebene Gesetzesrecht Ausgangspunkt für jede Betrachtung über das Recht.

a) Die Begriffsjurisprudenz

Die Begriffsjurisprudenz, der spätere „Prügelknabe“²⁰ der Jurisprudenz, hat ihre Wurzeln in der Pandektenwissenschaft und der Historischen Schule des 19. Jahrhunderts.

Die Bezeichnung Begriffsjurisprudenz wurde – soweit ersichtlich – zunächst von Rudolf von Jhering geprägt,²¹ der sich des geringen praktischen Nutzens einer solchen Bezeichnung durchaus bewusst war und eigentlich nur die Überspitzung der herkömmlichen juristischen Begriffsbildung in der so genannten Inversionsmethode kritisieren wollte.

Die begriffsjuristische Methode nahm ihren Ausgang mit der Historischen Schule, die in ihrer frühen Phase vornehmlich von Savigny repräsentiert wurde. Ihrerseits bildete sie sich in Frontstellung zur Rezeption des Naturrechts und den

¹⁹ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Nachdruck der 2. Auflage, Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 397, 431.

²⁰ So Lange, *BGB Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München 1956, S. 61.

²¹ Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Neudruck der 13. Auflage, Leipzig 1924, Darmstadt 1992, S. 347.

daran anschließenden naturrechtlichen Kodifikationen aus. Die Grundthese der Historischen Schule formulierte Savigny selbst so:

*Die geschichtliche Schule nimmt an, der Stoff des Rechtes sei durch die gesamte Vergangenheit des Stoffes gegeben, doch nicht durch Willkür, so daß er zufällig dieser oder ein anderer sein könnte, sondern aus dem innersten Wesen der Nation selbst und ihrer Geschichte hervorgegangen. Die besonnene Tätigkeit eines jedes Zeitalters aber müsse darauf gerichtet sein, diesen mit innerer Notwendigkeit gegebenen Stoff zu durchschauen, zu verjüngen und frisch zu erhalten.*²²

Hierin liegt ein Bekenntnis zur Volksgeistlehre, die letztlich der Schlüssel dazu war, warum die Historische Schule sich auf den Rechtsstoff des frühen römischen Rechts und vor allem auf das justinianische Recht konzentrierte. Ausgehend von der historisierenden Betrachtung des Rechts wurde die teleologische Auslegung des Rechtsstoffs bekämpft. Beeinflusst von Kant sah Savigny es als gegeben an, dass ethische Erwägungen und damit Wertungen im Recht nur ganz generell insoweit eine Bedeutung haben, als dass sie den sittlichen Zwecken der menschlichen Natur dienen. Im konkreten Fall sollen sie aber keine Bedeutung haben.²³ Bezugspunkt für die Rechtsregeln, die sich im Studium des Rechtsstoffs offenbaren, sind die Rechtsinstitute, die ihrerseits organischer Natur sind. Rechtsinstitute sind ein sich mit der Zeit wandelndes sinnvolles Ganzes, das typische menschliche Beziehungen strukturiert und regelt. Die Rechtsregeln wurden hingegen durch einen künstlichen Prozess aus dem organischen Zusammenhang, der „Totalanschauung“, der Rechtsinstitute herausgelöst und abstrahiert.²⁴ Bei der Auslegung einer Rechtsregel hat der Interpret die Position des Gesetzgebers einzunehmen und in Anschauung des Rechtsinstituts, auf das die Regel bezogen ist, den konkreten Sinn zu ermitteln. Dies geschieht, indem der Interpret den organischen Zusammenhang, aus dem die Regel herausgelöst wurde, wieder hinzufügt.²⁵ Zulässige Mittel sind dabei lediglich die grammatische, logi-

²² Savigny, Über den Zweck dieser Zeitschrift, in: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, Bd. 1 (1815), S. 2f.

²³ Vgl. dazu Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Tübingen 1976, S. 39f.

²⁴ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 9ff.

²⁵ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 44.

sche, systematische und historische Auslegung.²⁶ Die teleologische Auslegung, wie sie im 18. Jahrhundert verbreitet war, lehnte Savigny hingegen strikt ab.²⁷

Die Rechtsfortbildung erfolgt dadurch, dass die Rechtsinstitute im Wege der historischen und systematischen Auslegung durchdrungen und aufgearbeitet werden, um so Entwicklungslinien aufzuzeigen und für die Zukunft logisch folgerichtig fortzuführen.

Bei Savigny stand die historische Komponente des Rechts, dessen organische Struktur in seiner Verbindung mit dem Volksgeist auch für die Zukunft gewahrt werden sollte, im Vordergrund. Um dieses Ziel zu erreichen, entwickelte er sein System der Begriffsbildung anhand der überkommenen Rechtsinstitute. Im Laufe des 19. Jahrhunderts ging aber die Bedeutung des Historizismus in der Rechtswissenschaft immer weiter zurück. Was von der Historischen Schule übrig blieb, war nur noch der konstruktive Teil.²⁸

Die spätere Entwicklung der Historischen Schule zeichnete sich dadurch aus, dass der organische Aspekt des Rechts immer mehr zugunsten des Systemgedankens und einer nur noch logischen Gliederung des Rechtsstoffs in den Hintergrund gedrängt wurde. Besonders deutlich wird dies an der Lehre Puchtas, insbesondere seiner „Genealogie der Begriffe“, die letztlich nichts anderes als eine im Sinne der formalen Logik gebildete Begriffspyramide ist. Innerhalb eines solchen Systems können durch logisches Schließen in jede Richtung Begriffe voneinander abgeleitet werden. Dadurch wird die Rechtswissenschaft eine eigene Rechtsquelle, da so auch nicht bewusste Rechtssätze aufgedeckt werden können. Damit war die Abkehr vom Gedanken des Volksgeistes als alleiniger

²⁶ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 213.

²⁷ Vgl. dazu eingehend Edelmann, Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz, Bad Homburg 1967, S. 15ff.

²⁸ Ein direkter Vergleich zwischen Savigny und Puchta als Vertreter der konstruktiven Begriffsjurisprudenz bei Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre des 19. Jahrhunderts, Frankfurt am Main 1958, S. 86:

„Savigny war stets darauf bedacht, das logische und das organische Element des Rechts innerhalb der Systematik selbst im Gleichgewicht zu erhalten, um eine Alleinherrschaft der Logik zu verhindern. Bei ihm fand sich noch die Warnung vor dem täuschenden Schein der logischen Sicherheit. In Puchtas Systematik hingegen dominiert die Logik. Das ‚historisch-systematische Ganze‘ des Rechts wurde nunmehr auf den dogmatischen, d.h. hier den logischen Teil reduziert.“

In anderer Tendenz allerdings Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat, Frankfurt am Main 1986, S. 208 RN 38.

Rechtsquelle endgültig auch methodisch vollzogen, ohne dass diese Konsequenz explizit offen gelegt wurde.

Die Rechtswissenschaft hatte sich vom Volksgeist emanzipiert und bestand eigenständig neben diesem. Sie war nicht mehr, wie noch bei Savigny, die bloße Repräsentantin. In einer späteren Phase verband sich die Begriffsjurisprudenz mit dem Positivismus, um schließlich die letzten metaphysischen Elemente aus der Rechtswelt zu verbannen und das Naturrecht, wie es vor allem hinter dem Begriff der „Natur der Sache“ vermutet wurde, „mit Stumpf und Stil auszurotten“²⁹. Durch dieses Programm löste sich die Begriffsjurisprudenz von ihren Wurzeln, da zumindest der Freiheitsbegriff Kants und dessen darauf aufbauende Ethik für die spätere Historische Schule noch bindend waren.³⁰

Außerdem folgte aus dieser Ansicht das Postulat der Lückenlosigkeit des Rechts. Mittels der juristischen Konstruktion konnte jeder Fall einer Lösung zugeführt werden, so dass außerrechtliche Kriterien verzichtbar waren:

„Die ganze Vorstellung von den Rechtslücken sollte endlich einmal aufgegeben werden. Ein Recht, und wenn es fast nichts an geregelten Stoffen umfasst, ist allemal etwas in lückenloser Gestalt Dastehendes. (...) Es bedarf niemals der Auffüllung von außen her, denn es ist jeden Augenblick voll, weil seine innere Fruchtbarkeit, seine logische Expansionskraft im eigenen Bereich jeden Augenblick den ganzen Bedarf an Rechtsurteilen deckt.“³¹

Damit war die Jurisprudenz zumindest in der Theorie autark gegenüber jeder Art außerrechtlicher Maßstäbe. Das Auseinanderfallen dieses Anspruchs mit der festgestellten Wirklichkeit juristischer Begründungen war später ein Angriffspunkt gegen diese Lehre.

In der Begriffsjurisprudenz sollte das Recht dadurch gewonnen werden, dass der vorgefundene Rechtsstoff induktiv zu logisch höheren und damit notwendigerweise abstrakteren Begriffen überführt wird, so dass jeder Rechtsfall, bei dem eine Regelungslücke offensichtlich wird, auf der höheren Stufe dann doch wieder deduktiv im Wege der Subsumtion einer Lösung zugeführt werden kann. Durch dieses Verfahren wurde Recht oberhalb des positiven Rechts geschaffen. Auf diese Art und Weise konnten durch methodische Schlüsse Sachverhalte unter geltendes Recht subsumiert werden, die ansonsten an der Wortsinnngrenze gescheitert wären. Eine entsprechende legislative Ermächtigung bestand dafür nicht. Da nicht offen gelegt zu werden brauchte, auf welcher Stufe der Abstraktion die Subsumtion stattfand, fehlte das Kriterium der rationalen Kontrolle. Die

²⁹ Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892, S. 118, 367ff.

³⁰ Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 22.

³¹ Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892, S. 384f.

Entscheidung konnte im rationalen Diskurs durch die beteiligten Kreise nicht nachvollzogen werden. Gerade diese Inversionsmethode war es, die die Anhänger der Freirechtslehre und die Interessenjurisprudenz, allen voran Heck, gegen die Begriffsjurisprudenz aufbrachte. Die Freirechtslehre wandte vor allem ein, dass wegen der fehlenden Nachprüfbarkeit jedes wertungsmäßig gewünschte Ergebnis produziert werden könne, ohne den Anspruch der Zweck- und Wertfreiheit aufgeben zu müssen. Dieser Punkt wurde von Fuchs im Sinne einer Methodenehrlichkeit als Kryptozoologie³² bezeichnet.

Auch für Heck, der als Begründer oder zumindest Vorreiter der Interessenjurisprudenz gelten kann, war es die vornehmlichste Aufgabe, die Begriffsjurisprudenz zu bekämpfen:

„Die Bekämpfung der technischen Begriffsjurisprudenz [d.i. die Inversionsmethode, d. Verf.] bildet den Ausgangspunkt und den Hauptinhalt unserer Lehre.“³³

Letztlich wird der Begriffsjurisprudenz vorgeworfen, die beteiligten Interessen nicht zu erfassen und damit keine angemessene Lösung zu finden. Vielmehr würden durch unvollständige Induktion Oberbegriffe gebildet und so neue Rechtssätze geschaffen, die dann auf einen Fall angewandt würden.³⁴ Dadurch werde in Wahrheit nur eine begriffsjuristische Scheinbegründung geliefert, die den Anschein der Objektivität erweckt, aber in Wahrheit nur die selbst getroffene Wertung verschleiert.

Insgesamt ließ die Autorität dieser Methode, vor allem im Zivilrecht nach der erfolgreichen Kodifizierung des BGB, zunehmend nach, da die Schwächen im Bereich der Lückenschließung nicht zu übersehen waren. Die Schwächen ergaben sich insbesondere deshalb, weil nicht länger das römische Recht, sondern das BGB als Gesamtkodifikation als Grundlage genommen werden musste. Naturgemäß ändern sich die Verhältnisse an den Gerichten und in der Rechtswissenschaft nur schwer, so dass erst nachdem die Wissenschaft und die Praxis einige Erfahrungen mit dem neuen Gesetz sammeln konnte, der Ruf nach neuen Methoden immer lauter wurde. Die Begriffsjurisprudenz wurde in dieser Diskussion geradezu als Synonym für alles verwendet, was in der Rechtswissenschaft als verbesserungswürdig und überholt angesehen werden konnte. Aus die-

³² Fuchs, Die Gemeinschaftlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, Karlsruhe 1909, S. 127, 217.

³³ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 9.

³⁴ Vgl. Rümelin, Besprechung zu Leo Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, in: AcP 131 (1930), S. 245, 246.

ser Sicht erklärt sich auch die eingangs zitierte Bemerkung, die Begriffsjurisprudenz sei der Prügelknabe der Rechtswissenschaft.

b) Die Freirechtsbewegung

Die Freirechtslehre definierte sich über eine Abwehrstellung zu der Begriffsjurisprudenz und stellte weniger eine in sich geschlossene Methodenlehre dar, sondern war mehr der Versuch einiger Juristen, aus dem engen begrifflichen Korsett der Begriffsjurisprudenz herauszufinden und einen neuen Ansatz in die Rechtsgewinnung zu integrieren. Ansatzpunkte waren weniger die rechtstheoretisch durchaus berechtigte Frage, woher ein mit den Mitteln der Begriffsjurisprudenz konstruierter Rechtsatz seine Geltung erlangt, sondern mehr die praktischen Auswirkungen dieser Lehre. Die Begriffe wurden, so die Freirechtsbewegung, ohne Erforschung der zu Grunde liegenden Lebenssachverhalte ex cathedra gebildet.³⁵

Die Einordnung der Freirechtsbewegung in die ideengeschichtliche Entwicklung der juristischen Methodenlehre ist nicht einfach. Dies liegt vor allem daran, dass sie sich selbst weniger als Schule verstand, sondern als Bewegung³⁶ mit dem Ziel, die herrschende Begriffsjurisprudenz zu bekämpfen. Dieses Ziel war vorrangig vor der Ausarbeitung einer eigenständigen, methodischen Gegenposition. Die Vertreter dieser Bewegung hatten weniger ein wissenschaftliches als ein rechtspolitisches Anliegen³⁷ und wollten eine Ausrichtung der Justiz an den Bedürfnissen des Lebens erreichen, was nach ihrem Verständnis nur unter Zurückdrängen der Begriffsjurisprudenz möglich war.

Zeitlich kann der Wirkraum der Freirechtsbewegung zwischen 1906 und dem Ende der Zwanziger Jahre eingegrenzt werden. Den Beginn markiert das Er-

³⁵ Kantorowicz, Was ist uns Savigny?, in: Recht und Wirtschaft, Band 1 (1911/12), S. 46, 76, 77.

³⁶ Die Namensgebung erfolgte durch Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002, S. 13:

„Im folgenden werden wir unsere bisher namenlose Bewegung, nach Analogie von freireligiös, als die freirechtliche Bewegung bezeichnen.“

Rümelin, Erlebte Wandlungen in Rechtswissenschaft und Lehre, Tübingen 1930, S. 39 FN 2, findet daher auch die Bezeichnung Schule als unangebracht. Vgl dazu auch Vallauri, Geschichte des Freirechts, Frankfurt am Main 1967, S. 37.

³⁷ Vgl. dazu Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 12ff.

scheinen des Werkes „Der Kampf um die Rechtswissenschaft“³⁸ von Kantorowicz, das er unter dem Pseudonym Gnaeus Flaevius veröffentlichte, außerdem die Arbeiten Ehrlichs³⁹. Gerade Kantorowicz wies auf die geistigen Vorläufer der Bewegung hin.⁴⁰ Die Schrift „Rechtsnorm und Entscheidung“ von Hermann Isay⁴¹ kann als Spätwerk dieser Richtung gelten, wohingegen die späteren Schriften von Erich Jung schon der nationalsozialistischen Ideologie zugerechnet werden müssen.⁴²

Oft wurde versucht, den methodischen Ansatz der Begriffsjurisprudenz dadurch zu widerlegen, dass die Prämisse der Lückenlosigkeit der Gesetze nicht aufrechtzuerhalten sei. Im Fall einer Regelungslücke müsse daher, so die Freirechtler, immer über das gesetzte Recht hinausgegriffen werden.⁴³ Damit sollte nicht nur das Paradigma des wissenschaftlichen Gegners dekonstruiert, sondern die Freirechtsbewegung auch gegen den inflationär gebrauchten Hinweis verteidigt werden, dass sie eine richterliche Entscheidung contra legem anstrebe, die nur noch eine billige Entscheidung nach dem Rechtsgefühl des Richters im Einzelfall vorsehe.⁴⁴ Eine der wohl umstrittensten Stellungnahmen zu der contra-legem-Frage stammt von Kantorowicz:

„Wir fordern deshalb, daß der Richter, durch seinen Eid verpflichtet, den Fall so entscheidet, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifelsfreie Entscheidung nicht zu bieten scheint, zweitens, wenn es, seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, daß die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie das Gesetz es verlangt. In beiden Fällen soll er die Entscheidung treffen, die, seiner Überzeugung nach, die ge-

³⁸ Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002.

³⁹ Ehrlich, Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft, Leipzig 1903.

⁴⁰ Kantorowicz, Aus der Vorgeschichte der Freirechtslehre (1925), in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Karlsruhe 1962, S. 41ff.

⁴¹ Berlin 1929.

⁴² Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 19.

⁴³ Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 33ff., der zu dieser Frage den Verdienst der Freirechtsbewegung deutlich relativiert. Moench führt aus, dass der Wert eines solchen Beweises relativ gering ist. Eher ist der Nachweis einer Systemlücke von Bedeutung, wenn die Prämissen der Begriffsjurisprudenz widerlegt werden sollen. Erst dann kann das Argument tragen, die Lösung eines Falles lässt sich nicht durch rein logische Operationen aus dem materiellen Recht ableiten.

⁴⁴ Zu diesen Vorwürfen und den verschiedenen Entgegnungen der Freirechtler: Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 40ff.

genwärtige Staatsgewalt, falls der einzelne Fall ihr vorgeschwebt hätte, getroffen haben würde. Vermag er sich eine solche Überzeugung nicht herzustellen, so soll er nach freiem Recht entscheiden. Endlich, in verzweifelt verwickelten oder nur quantitativ fraglichen Fällen (...) soll – und muß – er nach Willkür entscheiden. Stets aber soll den Parteien im Zivilprozess freistehen, durch gemeinsamen Antrag den Richter von der Pflicht der Beobachtung irgendwelcher staatlicher Rechtsnormen zu entbinden.“⁴⁵

Diese Passage wurde sowohl als Beleg für die Absicht der Freirechtsbewegung, gegen das Gesetz zu entscheiden, gewertet⁴⁶ wie als Beleg für die Treue zum positiven Recht⁴⁷.

Für den Prozess der Rechtsgewinnung hingegen war die Erkenntnis, dass das gesetzte Recht Lücken beinhaltet, die nicht innerhalb des Systems durch logische Operationen geschlossen werden können, der Ausgangspunkt, um neues Recht, Freirecht, zu schaffen, das im Einzelfall dem allgemeinen Rechtsbewusstsein und dem Verkehrsbedürfnis entsprechen sollte.⁴⁸

Allerdings lässt sich keine klare Linie erkennen, was dieses Freirecht genau ausmacht. Kantorowicz etwa sah in dem Freirecht, also der freien Rechtsfindung durch den Richter, eine aus dem Naturrecht abzuleitende Befugnis des Richters. Das freie Recht sei eine Rechtsquelle eigener Art, die unabhängig von der staatlichen Macht gelte.⁴⁹ Damit wird de facto dem Naturrecht das Wort geredet. Allerdings bezog sich Kantorowicz nicht allein auf das Naturrecht als Quelle des Freirechts, sondern ebenso ausdrücklich auf die Historische Schule mit ihrem Programm, die Rechtswissenschaft zur Rechtsquelle zu erheben,⁵⁰ da sie das Rechtsbewusstsein der Gemeinschaft reflektiere.

Die Vertreter der Freirechtsbewegung verzichteten sorgsam auf jede Ausweitung ihrer Lehren auf das Gebiet der Rechtsphilosophie, so dass der eigentliche Geltungsgrund des freien Rechts auch hier nicht dargelegt wird. Es wird gegenüber dem Gesetz und dem Gewohnheitsrecht abgegrenzt, wenn auch nicht klar ist, ob das Freirecht im Verhältnis zum Gewohnheitsrecht als dessen Vorstufe angesehen werden kann oder ein aliud bildet. Die Freirechtler definierten das Gewohnheitsrecht überwiegend nach den überkommenen Maßstäben, setzten

⁴⁵ Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002, S. 41.

⁴⁶ Brütt, Die Kunst der Rechtsanwendung, Berlin 1907, S. 146.

⁴⁷ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 198.

⁴⁸ Fuchs, Juristischer Kulturkampf, Karlsruhe 1912, S. 7ff.

⁴⁹ Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002, S. 10.

⁵⁰ Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Heidelberg 1906, Baden-Baden 2002, S. 20.

lang dauernde Übung und die Rechtsüberzeugung zumindest der Mehrheit der Rechtsgenossen voraus, womit sie implizit annahm, dass das Freirecht gerade nicht Gewohnheitsrecht ist, da es dafür an der dauernden Übung fehlt.⁵¹ Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass sich die Freirechtbewegung vor allem an den Umständen des konkreten Falles orientieren wollte, um dort die Lösung eines Falles zu finden, verständlich. Fuchs nannte dies die Rechtstatsachenforschung.⁵² Dabei sollen die beteiligten Interessen genauso berücksichtigt werden⁵³ wie die Bedürfnisse des Verkehrs und das Rechtsgefühl des Richters. Vor allem die Interessenabwägung nehme einen hervorragenden Platz ein, wenn auch die Freirechtler erkannten, dass eine Beurteilung der Interessen und eine darauf aufbauende Entscheidung nicht ohne ein Werturteil möglich sind.⁵⁴ Kantorowicz unterschied zwischen der Interessenforschung als Tatfrage und der Interessenschlichtung als Rechtsfrage. Der Schlichtung der Interessen in einem Rechtsstreit gehe die Kenntnis des Gesetzeszwecks, der Interessenwägung, voraus.⁵⁵ Die beteiligten Interessen könnten nicht gegeneinander, sondern nur in Bezug auf eine dritte Größe, die außerhalb des konkreten Falles liegt, abgewogen werden. Diese Größe sei die Gesamtheit der durch die Rechtsordnung verfolgten Zwecke,⁵⁶ wobei aber letztlich das Rechtsgefühl des Richters von ausschlaggebender Bedeutung bleibe.⁵⁷

Eine abschließende Bewertung der Freirechtbewegung zeigt vor allem, dass sie in der direkten Konfrontation mit der damals herrschenden starren Begriffsjurisprudenz den Weg für eine flexiblere Anwendung des Rechts im Einzelfall ebnete. Sie schaffte es aber nicht, eine eigenständige Theorie der Rechtsgewinnung zu formulieren. Die Interessenjurisprudenz, die gemeinhin als die Vorläuferin

⁵¹ Vgl. dazu Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 91.

⁵² Fuchs, Gerechtigkeitswissenschaft, Karlsruhe 1965, S. 6.

⁵³ Zur Nähe der Freirechtbewegung zur Interessenjurisprudenz, die beide Lager durchaus wahrnahmen, die im Rückblick aber oft wegen der unterschiedlichen Bezeichnungen unterschlagen wird, vgl. Moench, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt am Main 1971, S. 101, insbesondere FN 490.

⁵⁴ Jung, Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912, S. 35f.

⁵⁵ Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Karlsruhe 1962, S. 130.

⁵⁶ Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie, in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, Karlsruhe 1962, S. 138.

⁵⁷ Ausführlich Vallauri, Geschichte des Freirechts, Frankfurt am Main 1967, S. 131ff.

der heute praktizierten Wertungsjurisprudenz⁵⁸ gesehen wird, hat mit der Freirechtsbewegung viele gemeinsame Wurzeln und Denkansätze,⁵⁹ so dass ideengeschichtlich die Freirechtsbewegung wohl unterbewertet ist. Im interessierenden Kontext der nationalsozialistischen Rechtsgewinnung ist von Interesse, dass zum ersten Mal, nachdem die positivistische Begriffsjurisprudenz in der juristischen Methodenlehre vorherrschend wurde, ein Ansatz geboten wurde, durch den eine flexible, vom Wortlaut gelöste Auslegung ermöglicht wurde. Damit konnten in eine Entscheidung mehr oder weniger reflektiert subjektive Wertungen einfließen. Wollte die Freirechtsbewegung dies noch ganz subjektivistisch dem jeweiligen Richter und dessen Rechtsgefühl überlassen, wird die nationalsozialistische Ideologie dies, wie zu zeigen sein wird, in engere Bahnen lenken, um so die Kontrolle über die Entscheidung im Einzelfall zu erringen.

c) Die Interessenjurisprudenz

Ebenso wie die Freirechtsbewegung hatte es sich die Interessenjurisprudenz zur Aufgabe gemacht, die Begriffsjurisprudenz zu bekämpfen und durch eine neue Methode der Rechtsgewinnung zu ersetzen. Anders als der Freirechtsbewegung wird der Interessenjurisprudenz ein bedeutender Erfolg in der Praxis zugestanden,⁶⁰ und sie kann als die direkte Vorläuferin der heute weitgehend vorherrschenden Wertungsjurisprudenz angesehen werden.⁶¹ Der Ausdruck stammt von Philipp Heck⁶², der ihn in seinem Aufsatz „Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue“⁶³ zur Klarstellung seiner eigenen methodischen Position benutzte. Dieser Aufsatz entsprang einer Auseinandersetzung mit Stampe, der in drei Aufsätzen,

⁵⁸ Zum Paradigmenwechsel, der nach dem Zweiten Weltkrieg einsetzte: Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, Tübingen 2001, S. 3ff.

⁵⁹ Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Tübingen 1976, S. 361, spricht davon, dass die Freirechtsbewegung die Interessenjurisprudenz vorbereitete, was sicherlich zutreffend ist.

⁶⁰ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 58; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Nachdruck der 2. Auflage, Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 63; Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Tübingen 1976, S. 374.

⁶¹ Petersen, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, Tübingen 2001, S. 95ff.

⁶² Eine umfassende juristische und biografische Würdigung Hecks bei Wolf, Phillip Heck als Zivilrechtsdogmatiker, Ebelsbach 1996.

⁶³ DJZ 1905, Sp. 1139.

„Rechtsfindung durch Konstruktion“⁶⁴, „Rechtsfindung durch Interessenabwägung“⁶⁵ und „Gesetz und Richtermacht“⁶⁶ im Sinne der Freirechtsbewegung gegen die Begriffsjurisprudenz voring.

Heck war wie Stampe der Auffassung, dass das Paradigma der Lückenlosigkeit der Gesetze nicht aufrechterhalten werden kann. Allfällige Lücken seien nicht im Wege des Inversionsverfahrens durch logisches Schließen zu füllen, sondern vielmehr durch eine Interessenprüfung. Dort sind die Interessenkonflikte dahingehend zu lösen, dass eine Abwägung nach dem Wert, die die Rechtsgemeinschaft den jeweiligen Interessen zubilligt, erfolgen muss. Allerdings heißt das nach Heck nicht, dass die Gerichte in freier Rechtsfindung über die Interessen entscheiden können, sondern dass sie bei der Ausfüllung von Gesetzeslücken die Werturteile der Gesetze als deren mittelbaren Inhalt beachten müssen.⁶⁷ Heck sah die Rechtsnormen als Resultate miteinander kollidierender Interessen,⁶⁸ als aktuelle oder dispositionelle, ideelle oder materielle Begehrensdispositionen⁶⁹ der einzelnen Rechtssubjekte. Für diese Beschreibung der Rechtsnorm als Konfliktnorm berief sich Heck auf Jhering.⁷⁰ Den Prozess der Rechtsgewinnung bezeichnete Heck als produktive Interessentheorie.⁷¹ Ausgangspunkt ist die Rechtsnorm, anhand derer beurteilt wird, welchem Interesse der Vorrang gebührt. Diese Abwägung erfolgt anhand des Gemeinschaftsinteresses. Dabei kommt dem Rechtsanwender die Aufgabe zu, die relevanten Interessen herauszuarbeiten, also auf der einen Seite die gegebenenfalls kollidierenden Interessen der Parteien und auf der anderen Seite das der Norm zu Grunde liegende Gemeinschaftsinteresse zu bestimmen. Das Gemeinschaftsinteresse soll sich aus den Umständen erkennen lassen, die den Gesetzgeber zu dem Erlass der jeweiligen Norm geführt haben. Dabei ist die gesetzliche Interessenbewertung, nicht aber die unter Umständen auch fehlerhafte subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsprozess beteiligten Personen über tatsächliche Gegebenheiten ver-

⁶⁴ DJZ 1905, Sp. 417ff.

⁶⁵ DJZ 1905, Sp. 714ff.

⁶⁶ DJZ 1905, Sp. 1016ff.

⁶⁷ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 161.

⁶⁸ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 17, 49f.; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912, S. 31f.

⁶⁹ Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912, S. 29f.; ders. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, S. 74.

⁷⁰ Vgl. etwa Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, in: AcP 142 (1936), S. 297, 301.

⁷¹ Heck, Die Interessenjurisprudenz und ihre neuen Gegner, in: AcP 142 (1936), S. 297, 301.

bindlich⁷² und bestimmt sowohl die Gesetzesauslegung im engeren Sinne als auch die Schließung von Gesetzeslücken im Wege etwa der Analogie oder des Umkehrschlusses. Soweit durch eine solche Rekonstruktion der gesetzgeberischen Interessenbewertung sich ein bestimmter Interessenkonflikt nicht lösen lässt, wollte Heck eine solche Anschauungslücke anhand allgemein anerkannter Wertvorstellungen schließen.⁷³ Sofern sich eine solche nicht ermitteln lässt, kann eine Entscheidung nur noch im Wege einer richterlichen Eigenwertung erfolgen.⁷⁴

Die Interessenjurisprudenz sollte als Auslegungstheorie verstanden werden, die sich dem bestehenden Recht im „denkenden Gehorsam“⁷⁵ verpflichtet fühle, Dadurch sind aber in weitem Umfang außerrechtliche Wertmaßstäbe, wie etwa die Orientierung an anerkannten Wertvorstellungen, in den Prozess der Rechtsgewinnung eingeflossen. Damit war der Boden für eine ideologische Vereinnahmung des Rechts bereitet.

2. Die Rechtsprechung

Naturgemäß lässt sich die Entwicklung in der Rechtsprechung nicht trennscharf einer bestimmten Richtung zuordnen. Völlig neu waren die Aufgaben, denen sich die Gerichte auf Grund der unstabilen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nach dem verlorenen Krieg gegenübergestellt sahen. Auch wenn sich die Interessenjurisprudenz als die Methode empfahl, die die Herausforderungen der Zeit sachgerecht und unter strikter Bindung an das Gesetz bewältigen konnte, wurde sie im Ergebnis nicht als ein solches Allheilmittel wahrgenommen. Schließlich blieb ihren Anhängern wenig mehr übrig, als die für die Rechtsentwicklung bedeutenden und im Ergebnis gesetzesfernen Leitentscheidungen des RG für ihre Methode zu vereinnahmen.⁷⁶

⁷² Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 159, 226; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912, S. 12.

⁷³ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 238f.

⁷⁴ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 159; ders., Das Problem der Rechtsgewinnung, Tübingen 1912, S. 32.

⁷⁵ So Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 19f.

⁷⁶ Müller-Erzbach, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band II, S. 161ff.

Tatsächlich entfernten sich die Gerichte in einem bedeutenden Maße von der überkommenen Bindung an das Gesetz.

Den ersten und wohl bedeutendsten Schritt tat das RG mit seinem Aufwertungs-urteil vom 28. November 1923.⁷⁷ Das Urteil war eine Reaktion auf die Mitte 1922 im Nachkriegsdeutschland einsetzende Inflation. Bis zum Beginn des Ersten Weltkrieges galt der allgemeine Grundsatz „Mark gleich Mark“. Der Wert der Währung war durch die Bindung an den Goldstandard im Münzgesetz vom 1. Juni 1909⁷⁸ gesichert. Die Bindung der Mark an das Gold wurde zu Beginn des Krieges außer Kraft gesetzt, und darüber hinaus wurden per Verordnung alle Klauseln außer Kraft gesetzt, die vor dem Stichtag 1. Juli 1914 eine Leistung in Gold vorgesehen hatten.⁷⁹ Schulden konnten durch die zunehmend wertlose Währung getilgt werden. Der Gesetzgeber blieb passiv. Zum Zeitpunkt der Entscheidung war eine Goldmark rund 522 Mrd. Papiermark wert.

Das Gericht entschied für eine vor dem Krieg begründete Darlehenshypothek, dass der Gläubiger zur Verweigerung einer Löschungsbewilligung berechtigt ist, wenn die Leistung in Papiermark erfolgt. Es bejahte zusätzlich die Befugnis des Gerichts, auf der Grundlage des § 242 BGB nach Treu und Glauben einen neuen Währungskurs festzusetzen. Es argumentierte in Anbetracht der erheblichen wirtschaftlichen Folgen, die die Inflation verursachte, dass die positiven Vorschriften des Währungsrechts hinter den das Rechtsleben beherrschenden § 242 BGB zurückzutreten hätten.⁸⁰ Dies und insbesondere die Möglichkeit der freien Aufwertung durch die Gerichte war – zumindest formal – ein eklatanter Verstoß gegen die Grundsätze der Gewaltenteilung. Folgerichtig führte dieses Urteil zu einem Konflikt mit der Regierung. Nachdem die Regierung nunmehr einen eigenen Gesetzesentwurf verkündete und die Aufwertungsfrage abweichend vom Urteil des RG lösen wollte, richtete der Richterverein eine Eingabe an die Regierung.⁸¹ Darauf antwortete der Reichsjustizminister öffentlich. Schließlich wurde eine Lösung im Wege des Notverordnungsrechts der Regierung gefunden.⁸²

⁷⁷ RGZ 107, 78.

⁷⁸ RGBl. I, 507.

⁷⁹ VO vom 28. September 1914, RGBl. I, 412.

⁸⁰ RGZ 107, 78, 87f.

⁸¹ Abgedruckt in JW 1924, 90.

⁸² Vgl. zum Ganzen Nörr, Zwischen den Mühlsteinen, Tübingen 1988, S. 55ff.; Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S.79ff.

Wenn auch in diesem Fall durchaus von einer existenziellen Krise des Staats und von einem Versagen des Gesetzgebers, die Frage alsbald zu lösen, gesprochen werden kann und in Anbetracht dessen das Urteil des RG verständlich erscheint, so zeichnete sich dennoch eine Zäsur ab. Die unbedingte Bindung des Richters an das Gesetz stand nunmehr zur Debatte. Was im Bereich der Rechtswissenschaft einen nachhaltigen Methodenstreit, vor allem unter den Staatsrechtlern, auslösen sollte, brachte aber auch die Gerichte dazu, in der Folge die Bindung an das Gesetz mehr und mehr aufzuweichen.

Dieses Selbstverständnis des Rechtsstabs, vor allem am Reichsgericht, sich nicht mehr der Legislative untergeordnet zu sehen, führte schließlich auch zu der Entscheidung des RG von 1925, wonach den Gerichten die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen obliegt.⁸³ Interessanterweise wurde diese Sichtweise des RG von der Literatur vornehmlich als Methodenproblem aufgegriffen und weniger vor dem Hintergrund einer Diskussion der Verfassungsmäßigkeit dieses Vorgehens.⁸⁴

Damit war der Boden bereitet, um sich von dem Positivismus, wie er sich im Anschluss an die Historische Schule entwickelt hatte, in der Rechtsprechung zu lösen, auch wenn dies nicht unbedingt eine Auswirkung der Freirechtsbewegung sein muss.⁸⁵ Auch wegen solcher Beobachtungen erscheint es verkürzt, dem Positivismus eine Schuld an den Auswüchsen in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus geben zu wollen.⁸⁶

II. Der Stand der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft nach 1933

1. Die Neubestimmung am völkischen Ideal

Soweit überhaupt von nationalsozialistischem Recht gesprochen werden kann, ist ihm jedenfalls zu Eigen, dass es einen nicht unerheblichen Anteil spezifisch ideologischen Gedankenguts enthält. Aus dieser Leitlinie, die sich die Schöpfer

⁸³ RGZ 111, 320.

⁸⁴ Vgl. dazu bei Schmitt S. 60ff.

⁸⁵ So Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, Tübingen 1988, S. 30.

⁸⁶ Vgl. dazu sogleich Seite 29ff.

selbst gesetzt haben, folgt für eine Analyse der Methoden, dass sich ihr Wesen erst unter Bezugnahme auf den Kontext, in dem sie entstanden sind, umfassend darstellen lässt. Daher wird die juristische Diskussion im zeitlichen Kontext untersucht werden. Nicht zuletzt deshalb, weil das Ordnungsdenken als bewusster Gegenentwurf zu dem bisher Bestehenden gedacht wurde und seine Vorzüge, wie noch zu zeigen sein wird, in negativer Abgrenzung zum bisherigen Streitstand innerhalb der Rechtswissenschaft angepriesen wurden.

Die neben dem Wunsch, etwas Neues zu schaffen bestimmende Determinante war die Ideologie des Nationalsozialismus. Ein tragendes Moment der neuen Methoden sollte gerade sein, dass sich über sie die »Weltanschauung« in die Rechtsanwendung transportieren lässt und so dem neuen System eine zusätzliche Legitimationsbasis verschafft werden kann. Daher soll im Verlauf dieses Kapitels die historische Entwicklung zentraler Begrifflichkeiten der nationalsozialistischen Rechtstheorie aufgezeigt werden.

Mit der Machtübernahme der NSDAP wurde klar, dass sie sich nicht länger an die Spielregeln der Weimarer Verfassung (oder was davon nach der Phase der Präsidialdiktatur noch übrig war) halten wollte.⁸⁷ In der Rechtswissenschaft machte sich nicht viel Widerstand gegen das neue System breit. Entweder waren die Juristen selbst »alte Kämpfer« oder waren – in aller Regel – nationalkonservativ eingestellt und gaben sich der Illusion der Bändigung der Nationalsozialisten durch von Papen hin oder sympathisierten mit der NSDAP, weil sie als geeignet angesehen wurde, die »Schmach von Versailles« zu tilgen. Nachdem sich das politische System stabilisiert hatte und abzusehen war, dass sich an den politischen Machtverhältnissen so schnell nichts ändern werde, wurde versucht, eine dem neuen System genehme Rechtstheorie anzubieten.

Die Gegnerschaft des Nationalsozialismus zum »demoliberalen«⁸⁸ Staat mit seinen Schutzrechten für das Individuum war nicht zu übersehen und deckte sich wohl oft auch mit den persönlichen Ansichten der Protagonisten. Aus solchen Anknüpfungspunkten, aber sicher auch aus Karrierestreben wurden der politischen Führung verschiedene Konzepte zur Umgestaltung des Staats in einen nationalsozialistischen Führerstaat unterbreitet.

⁸⁷ Kershaw, Hitler 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 585ff.

⁸⁸ So ein Begriff, der des Öfteren verwendet wurde, vgl. etwa: Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht Berlin 1939, S. 25. Zum Anti-Liberalismus in der Staatsrechtswissenschaft: H. Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, in: VVDStRL 60 (2001), Berlin 2001, S. 9, 25f.

Diese Angebote griff die politische Führung durchaus auf. Dies erscheint auf den ersten Blick ein wenig verwunderlich, weil die Gleichschaltung des politischen und sozialen Lebens schon zu großen Teilen 1933 vollzogen worden und die Ablehnung der NS-Größen gegenüber akademischer Gelehrsamkeit nicht zu übersehen war. Gleichwohl hatte der Nationalsozialismus einen Legitimierungsbedarf, der durch eine völkisch ausgerichtete Rechtswissenschaft befriedigt werden konnte. Zum einen wurde die politische und damit auch die rechtspolitische Entwicklung im nationalsozialistischen Deutschland argwöhnisch betrachtet, was zunahm, je unverhüllter die Expansionspolitik, auf die das Regime schon wirtschaftlich angewiesen war,⁸⁹ zutage trat, zum anderen konnte sich die politische Führung der NSDAP auch innenpolitisch noch nicht ihres Sieges gewiss sein. Daher ließ sich die auf dem rechtspolitischen und gesetzgeberischen Gebiet beabsichtigte Umgestaltung des Staats nicht in einem Stück vollziehen. So erklärt es sich, dass im Wege der Gesetzgebung nur wenige Einzelgebiete, die dringend erschienen, neu geregelt wurden. Insbesondere das Arbeitsrecht, das Familienrecht, Beamtenrecht, in Teilen das Strafrecht und nicht zuletzt auch das Erbhofrecht wurden daher gesetzlich neu geregelt.

In anderen Gebieten, vor allem dem Privatrecht, musste die Umgestaltung der Rechtsordnung auf anderen Wegen geschehen. Dabei bestand ein gewisser Legitimierungszwang, da die Maske der Rechtsstaatlichkeit nicht gänzlich fallen gelassen werden sollte. Dieser Zwang war der politischen Führung der Partei auch bewusst. Diese Abhängigkeit führte auf Seiten der Nationalsozialisten nicht dazu, ein grundsätzliches Misstrauen hinsichtlich der Loyalität der Akademiker und auch des Rechtsstabs abzubauen. Solche Faktoren, gepaart mit akademischem Futterneid, waren es auch, die zu der Absetzung Schmitts führen sollten.⁹⁰ Dieses Misstrauen begünstigte einen immer größeren Konkurrenzdruck unter den beteiligten Wissenschaftlern, da sie sich – je mehr sie kritisiert wurden – in einer immer radikaleren Sprache dem vermeintlichen Willen des Führers verpflichtet zu müssen meinten. So zeigt sich bei Schmitt, dass er erst dann in einer unerträglichen Weise gegen Juden und, nach seiner Konzeption, »Nicht-Artgleiche« ausfällig wurde, als er sich von Seiten der SS immer mehr unter Druck gesetzt sah.⁹¹ Umgekehrt erschienen solche Wendehälse den Kadern der

⁸⁹ Kershaw, Hitler 1936-1945, Frankfurt am Main 1999, S. 107ff.

⁹⁰ Rüthers, Carl Schmitt im Dritten Reich, München 1989, S. 58ff.

⁹¹ Rüthers, Entartetes Recht, 2. Auflage München 1989, S. 140ff.; Rüthers, Carl Schmitt im Dritten Reich, München 1989, S. 72ff.

NSDAP umso verdächtiger, je mehr Pathos sie in ihr publizistisches Bekenntnis zum Nationalsozialismus legten.⁹²

Dabei ging es der politischen Führung nicht vornehmlich um die Disziplinierung der Akademikerschaft. Im Vordergrund stand, schon aus rein machtstrategischen Gründen, die Sicherung der Konformität des Rechtsstabs, womit die Gesetzesbindung der Richter virulent wurde. Die rein normative Bindung allein ist aber zur Sicherung eines konformen Rechtsstabs in Hinblick auf eine Weltanschauung nicht genug. Es galt, auch im Bereich der Wertungshoheit der Richterschaft Einfluss auszuüben. Eine administrative Lösung konnte, wenn auch im begrenzten Umfang, durch die Selektion der Richter ermöglicht werden.⁹³ Dies geschah zum einen durch das Gesetz zur Wiederherstellung des deutschen Berufsbeamtentums,⁹⁴ zum anderen durch das Ausschalten potenziell resistenter Gruppen, etwa dem Republikanischen Richterbund.⁹⁵ Die völkische Rechtswissenschaft sollte auch dem Zweck dienen, die bestehende gerichtliche Praxis, die zumindest in brisanten Fällen ideologisch vorbestimmt war, zu rechtfertigen. Rechtssicherheit und -berechenbarkeit standen hingegen nicht auf der Agenda.

Die Rechtswissenschaft stand noch unter dem Eindruck des Methodenstreites, der sich, ausgehend von der Staatsrechtslehre auch im Zivilrecht nachzeichnen lässt, in der Strafrechtswissenschaft aber deutlich geringere Auswirkungen zeitigte.⁹⁶ Diese Auseinandersetzungen und die darin sich äußernde Verunsicherung, aber auch das Bedürfnis, die als starr empfundene Methodik des Positivismus zu überwinden, hatten, neben funktionalen und politischen Motiven,⁹⁷ einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Bereitwilligkeit, mit der der Nationalsozialismus durch die Rechtswissenschaft Unterstützung fand.⁹⁸ Zu

⁹² In diesem Sinne auch Gernhuber, *Das Völkische Recht*, in: Horn/Luig/Söllner (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München 1983, S. 167, 171f.

⁹³ Einen Überblick über die verschiedenen gesetzlichen und administrativen Methoden der Gleichschaltung der Justiz bringt Rottleuthner, *Substanzieller Dezisionismus*, in: ders. (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983, S. 25ff.

⁹⁴ Vom 7. April 1933, RGBI. I, 75.

⁹⁵ Zu dessen Rolle vgl. Schulz, *Der Republikanische Richterbund (1921-1933)*, Frankfurt am Main 1982.

⁹⁶ Vgl. Frommel, *Von der Strafrechtsreform zur „Rechtserneuerung“*, in: Rottleuthner (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983, S. 45, 46.

⁹⁷ Vgl. für die Staatslehre Meinck, *Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus*, Frankfurt am Main 1978, S. 16ff.

⁹⁸ Dazu und zur Kontinuität zwischen der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus vgl. die erschöpfende Arbeit von Lepsius, *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung*, München 1994, insbesondere S. 379ff.

Recht rücken daher neuere Untersuchungen im Anschluss an Rüthers „Die unbegrenzte Auslegung“⁹⁹ bei der Frage, wie es zu der Willfähigkeit kam, mit der sich die Rechtswissenschaft in den Dienst der NS-Weltanschauung stellen konnte, von der alten, aber nicht mehr zu haltenden These Radbruchs ab, der Positivismus, gerade in seiner wertrelativistischen Spielart, sei für diesen Prozess entscheidend gewesen.¹⁰⁰ Sie stellen eher die Kontinuitäten aus der Weimarer Zeit in den Vordergrund.¹⁰¹

Den ideengeschichtlichen Hintergrund des Methodenstreites, der seinen Anfang in der Staatslehre genommen hat, zeigt Lepsius in seiner Arbeit „Die gegensatz-aufhebende Begriffsbildung“¹⁰² auf. Darin zeichnet er nach, wie rechtsphilosophische Ansätze und ihr Methodenverständnis bei vielen Rechtswissenschaftlern von der Weimarer Zeit in den Nationalsozialismus übernommen werden konnten, gerade weil sie schon dort als Instrument entwickelt wurden, mit dem Ziel

⁹⁹ 5. Auflage, Heidelberg 1997.

¹⁰⁰ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: SJZ 1946, 105ff.; ähnlich Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, 1968, S. 27-40, 170-184.

Während die Gegnerschaft zum Nationalsozialismus bei Radbruch außer Frage steht, und er einer der wenigen Rechtswissenschaftler war, bei denen die innere Emigration nicht nur Schutzbehauptung blieb, ist bei Weinkauff die apologetische Funktion nicht zu übersehen. Immerhin war er selbst Richter am RG. Zudem war für ihn die Renaissance des katholisch geprägten Naturrechts nach dem Krieg als Präsident des BGH Programm. Zur Renaissance des Naturrechts: Neumann, Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945, in: Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, 1994, S. 145, 148ff.; zur rechtsgeschichtlichen und methodischen Bewertung solcher Literatur: Stolleis/Simon, Vorurteile und Werturteile in der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus, in: NS-Recht in der historischen Perspektive, Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte, München, 1981, S. 18ff.

Zu der Mitschuld des Positivismus allgemein: Walther, Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im wehrlos gemacht?, in: R. Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 323ff.; Maus, Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 173, 178ff.; Füßer, Rechtspositivismus und „gesetzliches Unrecht“. Zur Dekonstruktion einer verbreiteten Legende, in: ARSP 78 (1992), S. 301ff.

¹⁰¹ Umfassend Lepsius, Die gegensatz-aufhebende Begriffsbildung, München 1994; zum Bezug des kOD zum Freirecht etwa Behrends, Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken, in: R. Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 34ff.

¹⁰² München, 1994. Ein sehr gelungenes Beispiel ist die Darstellung des Streites um den Begriff des Volkes. Während die ältere Literatur, ganz vom Positivismus durchdrungen, das Volk allein über die Staatsangehörigkeit definierte, setzte sich nach dem Ersten Weltkrieg zunehmend die Tendenz durch, metaphysische Elemente neben diesen rein formalen Kriterien mit hinein zu definieren, um so auch auf politischer Ebene die Begriffshoheit gegenüber den Vertretern der Republik zu gewinnen. Vgl. dazu a. a. O., S. 24ff.

die Republik zu unterwandern. Solche Begriffe sollten der Verortung des Rechts weg vom – nun ungeliebten – Staat und damit vom Gesetzespositivismus hin zu einer metaphysischen Begründung des Rechts dienen. Nach der Machtübernahme konnten sie als Einfallstor der NS-Ideologie, oder vielmehr zu einem Einfallstor für das, was die Autoren für das spezifisch Nationalsozialistische erkennen wollten, dienen. Diese Interpretationsfreiheit der Autoren ist ein eigenartiges Phänomen des Nationalsozialismus insgesamt, da sie aus dem Mangel einer verbindlichen Ideologie des Nationalsozialismus herrührt. Eine genauere Analyse dieses „Ideologienebels“ soll weiter unten erfolgen. Dem korrespondierend gab es auch keine einheitliche NS-Rechtstheorie oder -methode,¹⁰³ allerdings gab es so etwas wie einen gemeinsamen Nenner, um den herum die wesentlichen Autoren dieser Zeit in allen rechtswissenschaftlichen Disziplinen kreisten und der als „völkisches Rechtsdenken“¹⁰⁴ oder auch „völkische Rechtswissenschaft“ bezeichnet werden kann. Innerhalb dieser völkischen Wissenschaft bildeten sich durchaus einzelne Richtungen und Schulen,¹⁰⁵ die sich auch untereinander nicht unbedingt wohl gesonnen waren.¹⁰⁶ Allerdings wirkte dieser gemeinsame Nenner innerhalb der Rechtswissenschaft gemeinschaftsstiftend, so dass das völkische Rechtsdenken,

„kaum mehr war als die weithin noch unverbindliche Formulierung eines mehr formalen als inhaltserfüllten Bandes, das sich um eine Vielzahl von Ansichten legen ließ“¹⁰⁷.

Dennoch lässt sich trotz des nur losen Zusammenhangs zwischen den verschiedenen Rechtstheorien im Dritten Reich ein gewisser Kernbestand ausmachen. Dieser Kernbestand rechtfertigt es auch, von einer völkischen Rechtswissenschaft zu sprechen. Zentrales Moment war dabei die Ausrichtung der Rechtswissenschaft und -praxis auf die neue Rechtsidee des NS-Staats und damit auf die spezifisch nationalsozialistische Ideologie. Worin nun diese Ideologie genau besteht, soll weiter unten im Kontext dargelegt werden. Jedenfalls können Eckpfeiler der Rechtsidee bestimmt werden, die zumindest schlagwortartig diese Weltanschauung umreißen und begrenzen können. Bei der Durchsicht der zeitgenös-

¹⁰³ Vgl. dazu auch Frank, *Heroisches und geordnetes Recht*, München 1938, S. 13:

„Ich sehe oft zu meinem Mißvergnügen, daß man schon anfängt, nationalsozialistische Rechtstheorien gegeneinander aufzustellen.“

¹⁰⁴ So Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken*, Berlin 1978.

¹⁰⁵ Dazu Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken*, Berlin 1978, S. 97ff.

¹⁰⁶ Vgl. etwa die Bewertung der Kieler Schule durch Lange, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933*, Tübingen 1941, S. 15.

¹⁰⁷ Gernhuber, *Das Völkische Recht*, in: Horn/Luig/Söllner (Hrsg.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, München 1983, S. 167, 173.

sischen Literatur¹⁰⁸, aber auch der Sekundärliteratur¹⁰⁹ fallen vier Begriffe immer wieder auf. Diese sind: Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führerprinzip. Eingebettet wurden diese Grundstrukturen in eine antiliberale und antiindividualistische Ideologie, die für die Rechtswissenschaft immer wieder verkündete, die Trennung zwischen Sein und Sollen im Sinne einer völkischen, organischen Struktur überwunden zu haben.¹¹⁰ Diese vier genannten Punkte als Bezugssystem des rechtswissenschaftlichen Diskurses dieser Zeit sollen nun im Einzelnen genauer untersucht werden, da sich in diesen Determinanten jede rechtswissenschaftliche Ansicht bewegen musste, wenn sie nicht mit dem Verdikt „liberalistisch“ oder ähnlichen Bezeichnungen belegt werden wollte. Dies umso mehr, als in Zeitschriften, etwa der 1936 als Organ vor allem der Kieler Schule gegründeten Deutsche Rechtswissenschaft (DRW), wissenschaftliche Thesen – zumindest vereinzelt – nicht länger auf ihren Argumentationsinhalt hin untersucht und rezensiert wurden, sondern vor allem auf ihre politische Korrektheit im Sinne der neuen Weltanschauung,¹¹¹ ganz getreu dem Auftrag dieser Zeitschrift, der nach ihrem Herausgeber K. A. Eckhardt auch darin bestand,

„zu klären, wer zu uns gehört und wer nicht“¹¹².

In einem solch verminten Gelände konnten nur wenige ihre wissenschaftliche Unabhängigkeit und Integrität bewahren, wobei es aber hier nicht Aufgabe sein kann, dies zu bewerten.

a) Volk

In der staatsrechtlichen Literatur war bis Anfang der 20er Jahre ein liberaler, an der Staatsangehörigkeit orientierter normativer Volksbegriff vorherrschend. In Anlehnung an Art. 1 Abs. 2 WRV wurde das Volk als die Summe der passiv

¹⁰⁸ Vgl. Höhn, Gemeinschaft als Rechtsprinzip, in: DR 1936, S. 301:

„Die neue, auf Gemeinschaftsboden fußende Welt, stürmte mit ihren Begriffen Gemeinschaft, Führer, Volk, Rasse gegen eine Welt an, die auf einem anderen Boden stand.“

¹⁰⁹ Vgl. Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 8ff.; Anderbrügge, Völkisches Rechtsdenken, Berlin 1978, S. 38f.; Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München, 1962, S. 307ff.

¹¹⁰ Frank, Rechtsgrundlagen des nationalsozialistischen Führerstaates, München 1938, S. 11.

¹¹¹ Vgl. dazu Rüthers, Entartetes Recht, 2. Auflage, München 1989, S. 51f.

¹¹² Eckhardt, Zum Geleit, in: DRW I (1936), S. 3, 4.

und aktiv Wahlberechtigten angesehen.¹¹³ Diese Position wurde in der wissenschaftlichen Diskussion immer wieder angegriffen, und man versuchte, einen Volksbegriff unter Öffnung für nicht normative Bestandteile, etwa empirische, kulturelle oder psychologische Komponenten, zu etablieren.¹¹⁴ Schon hier ist das überpositive Moment sichtbar, das unter dem Nationalsozialismus für den Begriff des Volkes prägend werden soll. Diese Öffnung des Volksbegriffs sollte die Definitionsherrschaft über den Begriff sichern, der nicht nur ein juristischer Fachterminus, sondern auch ein zentraler Begriff in der alltäglichen politischen Diskussion war. An dieser Stelle war auch die Schnittmenge des juristischen Volksbegriffs mit den völkischen Gruppen, die nach dem verlorenen Ersten Weltkrieg in Deutschland enormen Zulauf erfuhren und nach der Analyse von Sontheimer¹¹⁵ ein ethnozentrisches, antisemitisches und antirationales Programm hatten, das den Bestand der Weimarer Republik schon vor dem Aufstieg der Nationalsozialisten in den Grundfesten erschütterte.¹¹⁶ Aber nicht nur die extreme Rechte, auch die DVP und die so genannte konservative Revolution nahmen den Volksbegriff auf, um gegen die Republik zu opponieren. Vor diesem Hintergrund erhält der rechtswissenschaftliche Methodenstreit eine tiefere Dimension, die die harten Diskussionen um die positivistische Methode verständlich macht.

Nach 1933 wurde der offene, nicht normative Volksbegriff zur absolut herrschenden Ansicht auch in der Rechtswissenschaft, vor allem natürlich im Staatsrecht.¹¹⁷ Koellreutter beschrieb den nunmehr vorherrschenden Volksbegriff so:

„Danach versteht man unter Volk eine durch Abstammung und Geschlechtsverbindung entstandene, durch das Leben in einem bestimmten Raum geprägte, durch eine gemeinsame Kultur gewordene Schicksalsgemeinschaft, die im wesentlichen Ausdruck in einer gemeinsamen Sprache (Muttersprache) findet.“¹¹⁸

¹¹³ Laun, Volk und Nation: Selbstbestimmung und nationale Minderheiten, in: Anschütz/Thoma (Hrsg.), HbDStR Bd. I, Tübingen 1930, Nachdruck Bad Homburg 1960, S. 244; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage, Berlin 1933, Anm. 2 zu Art. 1.

¹¹⁴ Zum Ganzen: Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 24ff.

¹¹⁵ Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München 1962, S. 132f.

¹¹⁶ Zur Verbreitung des völkischen Gedankenguts auch Broszat, Der Nationalsozialismus. Weltanschauung, Programm und Wirklichkeit, Stuttgart 1960, S. 24.

¹¹⁷ Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 11ff.; Huber, Wesen und Inhalt der politischen Verfassung, Hamburg 1935, S. 92; Höhn, Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, Hamburg 1935, S. 83.

¹¹⁸ Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935, S. 67.

Durch eine solche metaphysische Definition öffnet sich der Begriff des Volkes für eine rassistische Deutung, wie etwa bei Walz:

„Das deutsche Volk als rassistisch bestimmte, geschichtlich geformte und zukunftsgebillte Lebensgemeinschaft ist der Träger aller deutschen kulturellen Werte und damit auch der Rechtswerte. Nach seinem Typus gestaltet sich daher allein die deutsche Rechtsordnung. In der staatlichen Selbstbestimmung gewinnt das Volk seine politische Gestaltung, gelangt es in politische Form. Das Volk wird damit zum allein entscheidenden Gestalter der Rechtswerte. Der Volkstypus bestimmt das Recht. Damit ist jeder Versuch, das Volk nachträglich vom Recht oder vom Staat her zu bestimmen, erledigt.“¹¹⁹

Insgesamt ist den unterschiedlichen Definitionen von Volk gemeinsam, dass der rein normative Begriff durch außerjuristische Konzepte wie Kultur, Rasse oder Sprache angereichert¹²⁰ und ein juristischer Volksbegriff abgelehnt wird. Wie schon bei Walz anklingt, ist das Volk Leitbild für die nationalsozialistische Rechtsidee.¹²¹ Solche Definitionen für das Volk sind konturlos, unscharf, phrasenhaft-pathetisch und antirational. Der Begriff verkam zu einer Worthülse, mit der die ideologische Verbundenheit mit dem politischen System dokumentiert werden sollte. Die Verortung der NS-Rechtsidee im Konzept des Volkes zeitigte aber nicht nur Folgen im rein staatsrechtlichen Volksbegriff. Über das Leitbild der geschlossenen Volksgemeinschaft, die über die Artgleichheit des Volkskörpers hinsichtlich der biologischen und kulturellen Determinanten bestimmt wurde,¹²² konnte auch das »gesunde Volksempfinden« als Maßstab juristischer Entscheidung Einzug halten. Diese Identität von Recht und Volksmoral, wie sie etwa Larenz¹²³ mit Rückgriff auf die Historische Schule zu begründen versuchte, aber auch Freisler immer wieder propagierte, um eine ideologisch erwünschte Entscheidung des Rechtsstabs einzufordern,¹²⁴ konnte schließlich auch im Strafrecht über den berüchtigten § 2 StGB¹²⁵ Eingang in die Gesetzgebung finden. Diese Positivierung mit all ihren Konsequenzen für die Strafrechtspflege im Na-

¹¹⁹ Walz, Artgleichheit gegen Gleichartigkeit, Hamburg 1935, S. 39.

¹²⁰ Vgl. dazu auch Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 48f.

¹²¹ Vgl. etwa Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, Berlin 1935, S. 55; Nicolai, Grundlagen der kommenden Verfassung, Berlin 1933, S. 20.

¹²² Vgl. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Auflage Berlin 1938, S. 70f., der das Konzept von Blut und Boden als das konstitutive Element des nationalsozialistischen Volksbegriffs ansieht.

¹²³ Larenz, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 46ff.

¹²⁴ Freisler, Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken, Berlin 1938, S. 66f.

¹²⁵ Neufassung des § 2 StGB in der Strafrechtsnovelle vom 28. Juni 1935, RGBI. I, 839:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient.“

tionalsozialismus war auch nur folgerichtig, wenn der nicht minder berüchtigte Satz von Frank,

*„Alles was dem Volke nützt, ist Recht, alles was ihm schadet, ist Unrecht“*¹²⁶,

von Koellreutter in den Rang eines „völkischen Gerechtigkeitsbegriffes“¹²⁷ gehoben werden konnte. Ein solches Vorgehen hatte auch im politischen Alltag einen zweifachen Vorteil. Zum einen bestand für die NSDAP die absolute Begriffshoheit darüber, was dem gesunden Volksempfinden entsprach. Dadurch konnte ein nicht unerheblicher Einfluss auf die Rechtswirklichkeit genommen und Ideologie in die Spruchpraxis der Gerichte eingelegt werden.¹²⁸ Zum anderen wurde suggeriert, die Gerichte sind nun volksnaher und der »Volksgenosse« braucht sich nicht länger den juristischen Spitzfindigkeiten, die vor allem der romanistisch geprägten Begriffsjurisprudenz angelastet wurden, auszuliefern, sondern kann nun auf eine transparente Entscheidung hoffen, die seinem Rechtsgefühl entspricht.¹²⁹ Hier wurde das Bild eines organischen Prozesses entworfen, der zu einer gerechten Entscheidung führt, ohne tatsächliche Lebenssachverhalte im Sinne einer juristischen Würdigung auseinander zu reißen.

Auch innerhalb der Gruppe von Rechtswissenschaftlern, die sich explizit auf diese Identität von Recht und Volksmoral beriefen, gab es nicht unerhebliche Auseinandersetzungen. Insbesondere Autoren wie Höhn,¹³⁰ die in den politischen Apparat der NSDAP integriert waren und einigen Einfluss nicht zuletzt innerhalb der SS besaßen, warfen Larenz und auch Binder vor, nicht aus dem Begriff der Volksgemeinschaft heraus zu argumentieren, sondern im liberalistischen Modell der Rechtsgemeinschaft verhaftet geblieben zu sein. Solche pauschalen Angriffe konnten umso leichter Erfolg haben, als der Begriff des Volkes verschwommen blieb und auch durch diese Autoren nicht präziser gefasst werden konnte. So blieb dieser Begriff eine pathetische Worthülse, die nur zu leicht als Scheinbegründung für eigene Thesen missbraucht werden konnte. Nur wenige machten sich die Mühe, über die Phrasen hinaus eine wie auch immer geartete Herleitung ihrer Definitionen zu versuchen.¹³¹

¹²⁶ Frank, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München, 1935, Einleitung, S. XIV.

¹²⁷ Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1938, S. 11.

¹²⁸ Vgl. dazu Rüthers, Entartetes Recht, 2. Auflage, München 1987, S. 32ff.

¹²⁹ Vgl. zu diesem Aspekt Anderbrügge, Völkisches Rechtsdenken, Berlin 1978, S. 140f.

¹³⁰ Rüthers, Carl Schmitt im Dritten Reich, München 1989, S. 63.

¹³¹ Eine Ausnahme ist insofern Binder. In „Der Deutsche Volksstaat“, Tübingen 1934, 20ff. sieht er im Volk den Mittler zwischen Wert und Wirklichkeit und bettet somit den Volksbegriff in seine neuhegelianische Begriffswelt ein.

In einem solchen Umdenken des normativen Rechts zum völkischen Recht konnte dann auch die Rechtsstellung des Einzelnen in die gliedhafte Bindung zur Volksgemeinschaft umgedeutet werden. Die Zuspitzung dieses Prozesses findet sich dabei wiederum bei Larenz, der subjektive Rechte an das Prinzip der Gleichartigkeit binden wollte.¹³² Dies war eigentlich nur die rechtstheoretische Umsetzung eines Volksbegriffs, der sich von rationalen Elementen immer weiter entfernt hatte, um schließlich dazu zu führen, dass die Volksgemeinschaft als ein organisches Gebilde begriffen wurde. Diese organische Konzeption ist schon in der nationalsozialistischen Ideologie verankert. Auch Hitler beschrieb den völkischen Staat als lebendigen Organismus eines Volkstums.¹³³ Die ursprüngliche, doppelte Konzeption des Volksbegriffs aus normativen und wertenden Elementen zusammengesetzt,¹³⁴ wurde eindeutig in Richtung der Irrationalität verschoben und konnte so die Funktion eines Wertmaßstabes erfüllen. Dieser Wertmaßstab konnte beliebig ideologisch bestimmt werden, ohne von rechtsstaatlichen oder sonstigen normativen Fesseln beschränkt zu sein. Der rechtliche Kontext dieses Volksbegriffs wird vor allem relevant, wenn von ihm ausgehend die Stellung des Einzelnen innerhalb dieser Ordnung, also mit Rücksicht auf die gemeinschaftlichen Bindungen des Individuums, untersucht wird. Die organische und rechtliche Eingebundenheit des Subjekts in den Organismus der Gemeinschaft wird nicht zuletzt in der Rechtstheorie von Larenz eine zentrale Rolle spielen und findet sich, wenn auch in einer eher versteckten Form, bei den Erwägungen der Erbhofgerichte in Fragen der Auslegung des Reichserbhofgesetzes wieder.

b) Gemeinschaft

Der Begriff der Gemeinschaft ist erst nach dem Ersten Weltkrieg populär geworden. Prägendes Element war wohl die Erfahrung der »Frontgemeinschaft«

¹³² Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 244ff.; vgl. dazu La Torre, Nostalgia for the Homogenous Society, Florenz 1993, S. 3ff.; Thoss, Das subjektive Recht in der gliedhaftlichen Bindung, Frankfurt am Main 1968.

¹³³ Hitler, Mein Kampf, 851.– 855. Auflage, München 1943, S. 434.

¹³⁴ Etwa Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939, S. 153. Weitere Beispiele bei Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 20ff.

auf den Schlachtfeldern.¹³⁵ In der Folge verquickte sich die Verwendung dieses Begriffs mit einer Kritik am Parlamentarismus in der Weimarer Republik, da in diesem System der Repräsentation die Gefahr der Durchsetzung allein schichtspezifischer Interessen gesehen wurde.¹³⁶ In Reaktion darauf wurden Modelle entwickelt, in denen die »natürliche Gemeinschaft« der »künstlich-zweckhaften Gesellschaft« gegenübergestellt wurde.¹³⁷ Diese Gegenüberstellung der Begriffspaare ging auf die Schrift „Gemeinschaft und Gesellschaft“ von Ferdinand Tönnies zurück. Die erste Auflage dieses Werkes erschien zwar schon 1887, aber erst in den 1920er Jahren erfuhr die Schrift eine weite Verbreitung.¹³⁸ Darin wird unterschieden zwischen dem Zusammenleben als bloßem Mittel zum Zweck und dem Zusammenleben zum Selbstzweck unter der Gegebenheit einer ideellen Bindung der Menschen, die die Gemeinschaft prägt.¹³⁹ Dieser allgemein-philosophische Ansatz wurde vor allem in der Staatslehre rezipiert, insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, welche Determination staatliche Organisation überhaupt hat. Hier wurde der Rückgriff auf die Volksgemeinschaft genutzt, um eine Legitimation staatlichen Handelns zu bieten.¹⁴⁰ Der Gemeinschaftsgedanke als Angriff auf den Parlamentarismus wurde auch verwendet, um einen ständisch verfassten Staat als Gegenentwurf zur Demokratie zu forcieren.¹⁴¹ Oft geschah dies unter Rückgriff auf Oswald Spengler, der mit seinem Werk „Der Untergang des Abendlandes“¹⁴² dem konservativen Gegenentwurf zur Republik neue Nahrung gab. Schon zu dieser Zeit wurde Gemeinschaft als

¹³⁵ Zur juristischen Rezeption: Forsthoff, Staatsrechtswissenschaft und Weltkrieg, in: Blätter für Deutsche Philosophie 5 (1931), S. 292ff.

¹³⁶ Abraham, Die Gefährdung der Zivilrechtspflege, in: DJZ 1923, Sp. 269ff.; Lobe, Der Untergang des Rechtsstaates, in: DJZ 1925, Sp. 15ff.; zum Ganzen: Lepsius, Die gegensatz-aufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 50ff.

¹³⁷ Diesen Aspekt hat Lepsius herausgearbeitet: Lepsius, Die gegensatz-aufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 51ff.

¹³⁸ Vgl. König, Die Begriffe Gemeinschaft und Gesellschaft bei F. Tönnies, in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 7 (1955), S. 348, 349; auch Hettlange, Artikel „Gemeinschaft“ in: ders. (Hrsg.), Staatslexikon Band 2, 7. Auflage, Freiburg 1986, Sp. 850f.

¹³⁹ Tönnies, Gemeinschaft und Gesellschaft, Teil 2, 8. Auflage, Leipzig 1935, zitiert nach Neudruck Darmstadt 1963, S. 159ff.

¹⁴⁰ Koellreutter, Der Deutsche Staat als Bundesstaat und Parteienstaat, Tübingen 1927, S. 8.

¹⁴¹ Vgl. etwa Tatarin-Tarnheyden, Bolschewismus und Fascismus in ihrer staatsrechtlichen Bedeutung, in: ZStaatsW 80 (1926), S. 1ff.

¹⁴² 2 Bände, München 1918-1922. Vgl. zur juristischen Rezeption: Koellreutter, Die Staatslehre Oswald Spenglers. Eine Darstellung und kritische Würdigung, Jena 1924; Rosenfeld, Oswald Spengler und das Recht, in: DJZ 1923, Sp. 141ff.; Mezger, Spenglers „Untergang des Abendlandes“. Eine neue Geschichts- und Gesellschaftslehre, in: Logos IX (1920), S. 260ff.

natürliche Ordnung des als Organismus zu begreifenden Volkes diametral der nur künstlichen Gesellschaft entgegengestellt.

Nach 1933 wurde der Gemeinschaftsgedanke weiter ausgebaut. Vor allem wurde die organische Gebundenheit des Individuums als Teil des Volkskörpers betont. So wurde Gemeinschaft nun definiert als

*„eine natürliche oder sich organisch ergebende fortdauernde Einheit, in der eine größere oder kleinere Anzahl von Menschen durch Gemeinsamkeit des Wollens und Strebens in gegenseitiger Wechselwirkung derart verbunden sind, daß die Verbundenheit überindividuelle Werte und Kräfte erzeugt und somit dem einzelnen Glied gegenüber einen selbständigen Wertgehalt besitzt“.*¹⁴³

Die gelebte Gemeinschaft entwickelt gegenüber ihren Subjekten eine Eigendynamik, die sich auch in einer eigenen Wertigkeit zeigt und die damit größer ist als die Summe ihrer Teile. Den Einfluss des Gemeinschaftsdenkens auf die Rechtswirklichkeit untersuchte Stolleis eingehend, wenn er auch seinen Blick mehr auf die politischen Motivationen und die Analyse der über die Gemeinwohlformeln in die Gesetzgebung integrierten Partikularinteressen und ideologischen Motivationen bei der Ausgestaltung solcher Rechtssätze richtete.¹⁴⁴

Die organische Struktur der Volksgemeinschaft mit ihrer das Subjekt überragenden Bedeutung hatte nicht zuletzt für die Rechtsstellung der „Volksgenossen“ eine nicht zu unterschätzende Auswirkung. Der Bürger des liberalistischen Rechtsstaats wandelte sich zum bloßen Glied innerhalb der völkischen Gesamtordnung. Seine Rechte waren von seiner Integration innerhalb der Gemeinschaft abhängig. Die Zuspitzung durch Larenz wurde schon genannt.¹⁴⁵ Sie war im Endeffekt schon vollzogen und durch die Formulierung Larenz nur besonders deutlich herausgestrichen. Durch die aus der Gemeinschaft abgeleitete „pflichtgebundene gliedhafte Rechtsstellung“¹⁴⁶ des Volksgenossen wurde das Subjekt in Wahrheit schon gegenüber dem Staat rechtlos gestellt, da Gemeinschaft und Volk als notwendiges Doppel der Begriffshoheit der politischen Führung unterlagen. Vor allem war die Begriffshoheit hinsichtlich der Pflichten des gliedhaft gebundenen Subjekts gegeben und damit die Befugnis, über die Zugehörigkeit des Subjekts zur Volksgemeinschaft zu richten:

¹⁴³ Peters, Nationalsozialismus und Strafrecht, in: JW 1933, S. 1561, 1562.

¹⁴⁴ Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974, S. 298ff.

¹⁴⁵ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 244ff.

¹⁴⁶ So Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939, S. 364.

„In schweren Fällen tritt die Verwirkung der Rechtsstellung ein. Diese Verwirkung ist eine allgemeine Erscheinung der neuen Ordnung. Der Bauer kann abgemeiert werden, der Betriebsführer kann dieser Eigenschaft entkleidet werden, der Arbeiter kann seinen Arbeitsplatz verlieren, der Schriftleiter kann aus der Berufsliste gelöscht werden, das Mitglied der Reichskulturkammer kann ausgeschlossen werden, dem Inhaber einer Gewerbebefugnis kann die Erlaubnis entzogen werden oder die weitere Betätigung verboten werden. Eine solche Verwirkung ist kein Eingriff von außen und oben in ein grundsätzlich unantastbares Recht, sondern sie ist eine Folge, die sich wesensnotwendig aus der Bindung ergibt, die in der gemeinschaftsbezogenen Rechtsstellung von Anfang an enthalten ist.“¹⁴⁷

Die Eingliederung ist eine totale, wie schon die vollständige Integration des »Volksgenossen« in die verschiedenen Organisationen vom Jungvolk bis zu den berufsständischen Organisationen wie dem Rechtswahrerbund oder dem Reichsnährstand zeigt. Aus diesem Gemeinschaftsgedanken fließt auch die Ansicht, dass jede dieser Ordnungen ihr eigenes Recht hat, das in einem Streitfall auch durch ein Gericht zur Entscheidung herangezogen werden muss, wenn es nicht eine der organischen Struktur wesensfremde und abstrakte Entscheidung treffen will. Freisler etwa entwickelte aus dem Konzept der Gemeinschaft als einem überpersönlichen Organismus, dass eine solche Gemeinschaft eine eigene Ehre als spezifischen Persönlichkeitskern hat, deren sich die Glieder des Organismus bewusst sind. Soweit ein solches Bewusstsein fehlt, liegt auch keine Gemeinschaft in diesem Sinne vor. Auf Grund des immanenten Bewusstseins von der eigenen Ehre schafft sich jede dieser Ordnungen eine eigene Ehrengerichtsbarkeit, wobei es nicht erheblich ist, ob diese durch staatliche Stellen legitimiert oder positiviert ist oder nicht. Sie soll dem Ziel, die Ehre der jeweiligen Gliederung zu schützen und die innere Ordnung der Gemeinschaft aufrechtzuerhalten, dienen. Die Ehrengerichtsbarkeit kennt hierfür als härteste Sanktion den Ausstoß aus der Gemeinschaft.¹⁴⁸ Dieser Gedanke wird noch weiter geführt und das Strafrecht als Ausdruck der Volksmoral verstanden und damit gleichermaßen zu einer Ehrenrechtspflege hochstilisiert.¹⁴⁹ Damit wird der Rechtsgüterschutz als zentrales Moment der Strafrechtspflege zugunsten des Gedankens des Verstoßes gegen die jeweilige Ordnung als Pflichtverletzung gegen die Gemeinschaft zurückgedrängt¹⁵⁰ und vor allem im Nebenstrafrecht zugunsten der voll-

¹⁴⁷ Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939, S. 366.

¹⁴⁸ Vgl. dazu Freisler, Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung, Berlin 1941, S. 18f.

¹⁴⁹ Freisler, Grundlegende Denkformen des Rechts im Wandel unserer Rechtserneuerung, Berlin 1941, S. 18f., S. 29.

¹⁵⁰ Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtverletzung, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 110ff. Vgl. dazu auch La Torre, A National-Socialist on Crime and Punishment – Karl Larenz and the So-Called „Deutsche Rechtser-

ständigen Verhaltenssteuerung aufgegeben. Der Begriff der Gemeinschaft, wie er sich hier entfaltet, zeigt die Kampfstellung des Nationalsozialismus und der Rechtswissenschaft, soweit sie sich mit dem System arrangiert hatten, gegen die subjektiven Abwehrrechte des Individuums gegen den Staat. Das organische Verständnis der Volksgemeinschaft verhindert von vornherein eine solche Rechtsstellung des Einzelnen. Stattdessen wurde die „pflichtgebundene gliedhafte Rechtsstellung des Volksgenossen in der Gemeinschaft“¹⁵¹ zur Neubestimmung des Verhältnisses des Einzelnen zum Staat bzw. zur Volksgemeinschaft in der Rechtswissenschaft herangezogen.

Dieses Konzept einer Ehrengerichtbarkeit, die sich am gliedschaftlichen Status des Einzelnen orientiert, wurde im Übrigen auch im Erbhofrecht konkretisiert, wie das Verfahren zur Aberkennung der Bauernfähigkeit und die Sanktion der Abmeierung, die weiter unten genauer dargelegt werden sollen, zeigen. Auch in diesen Instituten spiegelt sich die Einbindung des Einzelnen in ein durch die nationalsozialistische Ideologie geprägtes Pflichtengefüge wider.

c) Rasse

Der Begriff der Rasse und die damit einhergehende Überlegenheit des Ariers kamen Ende des 19. Jahrhunderts auf¹⁵² und werden im Allgemeinen mit Gobineau und Chamberlain in Verbindung gebracht.¹⁵³ Eine exakte, wissenschaftliche Definition des Rassebegriffs gab es später auch in der Weimarer Republik nicht. Vielmehr scheint es geradezu Methode gewesen zu sein, Rasse als assoziativen Begriff zu nutzen, um damit verschiedene romantisch-neokonservative Ideen wie Volk, Nation, Germanentum oder Deutschtum transportieren zu können. Dies war im Umfeld um die sich als Konservative Revolution bezeichnende Sammlungsbewegung jung-konservativer Intellektueller um Moeller-Van den

neuerung“, Florenz 1992, der insbesondere auf die Stellung des Subjekts innerhalb der Volksgemeinschaft nach Larenz eingeht. Zu den zivilrechtlichen Auswirkungen vgl. Seite 106ff. für Larenz und Seite 209ff. für Busse.

¹⁵¹ Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Auflage, Hamburg 1939, S. 51.

¹⁵² Für einen Abriss vgl. Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 70ff.

¹⁵³ Gobineau, Essai sur l'inégalité des races humaines, Paris 1853-1855; Chamberlain, Die Grundlagen des 19. Jahrhunderts, München 1902; vgl. zur Rezeptionsgeschichte in Deutschland auch Nipperdey, Deutsche Geschichte 1866-1918, Band II, München 1992, S. 289ff.

Bruck zu sehen.¹⁵⁴ Dem Begriff hing der Ruch des unseriösen an,¹⁵⁵ obwohl schon 1930 der erste Lehrstuhl für Rassenkunde und Völkerbiologie für Hans F.K. Günther in Jena eingerichtet wurde.¹⁵⁶ In der Weimarer Republik wurde der Rassebegriff in der Rechtswissenschaft vor allem durch Helmut Nicolai¹⁵⁷ eingeführt. Im Wesentlichen rezipierte Nicolai die gängigen völkischen Theorien zur außerstaatlichen Begründung von Recht. Allerdings sah er nicht das Volk als werttragendes Merkmal an, sondern die Rasse. In einer reinrassigen Gesellschaft findet man das Phänomen, dass Recht als etwas Organisches, Natürliches angesehen wird, wohingegen in einer rassisch »zerkreuzten« Gesellschaft Recht als etwas von oben oder von außen Gesetztes und damit Unnatürliches angesehen wird. So ist es letztlich für die Wahrung der Gerechtigkeit vonnöten, für eine reinrassige Gesellschaftsstruktur zu sorgen.¹⁵⁸ Im Ergebnis war die juristische Auseinandersetzung mit dem Rassebegriff unfruchtbar, da sich ausgehend von der Rasse keine exakte Begriffsbestimmung treffen ließ.¹⁵⁹

Die NS-Rassenideologie, die sich als zentrales Moment des NS-Staats in Abgrenzung von faschistischen oder totalitären Diktaturen des frühen 20. Jahrhunderts darbot, war keinesfalls in der Lage, eine wissenschaftlich haltbare Rassen-theorie zu entwerfen und war auch gar nicht daran interessiert. Der Nachweis, dass es rassenspezifische Merkmale gibt, die einer Rasse eine Überlegenheit über eine andere geben, kann mittlerweile als unmöglich zu führen angesehen werden. Für den Nationalsozialismus war die Rassenlehre auch nur ein Vehikel, um den kruden Sozialdarwinismus zu transportieren, der insbesondere Hitlers eigene Schriften¹⁶⁰ durchzieht.

Der Rassebegriff war im Nationalsozialismus zwar als wissenschaftliche Theorie anerkannt, trotzdem herrschte Begriffsverwirrung darüber, was denn nun eine Rasse eigentlich ausmache. Diese Unstimmigkeiten prägten auch die Auseinandersetzung in der Rechtswissenschaft, die den Rassebegriff zum einen als technischen Begriff zur Durchführung bestimmter Gesetze, etwa dem „Gesetz

¹⁵⁴ Vgl. dazu Breuer, *Anatomie der Konservativen Revolution*, Darmstadt 1993, S. 86ff.

¹⁵⁵ Vgl. Conze, Artikel „Rasse“, in: Brunner (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 5, Stuttgart 1984, S. 135ff.

¹⁵⁶ Vgl. dazu Günther, *Die Institutionalisierung der Rassenhygiene an den deutschen Hochschulen vor 1933*, Diss. med. Mainz 1982, insb. S. 5, 72.

¹⁵⁷ Nicolai, *Rassengesetzliche Rechtslehre*, München 1932.

¹⁵⁸ Nicolai, *Rassengesetzliche Rechtslehre*, München 1932, S. 27ff.

¹⁵⁹ Liermann, *Rasse und Recht*, in: *ZStaatsW*, 85 (1928), S. 273; Heller, *Staatslehre*, Leiden 1934, S. 157.

¹⁶⁰ Vgl. z.B. Hitler, *Mein Kampf*, 851. – 855. Auflage, München 1943, S. 311ff.

zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“ vom 15. September 1935¹⁶¹, verwandte. Zum anderen gab es aber auch eine Vielzahl von Aufsätzen, gerade zum Verfassungsrecht, bei denen die Rasse als konstitutives Merkmal des Volksbegriffs angesehen wurde. Verbreitet waren sowohl ein naturwissenschaftlicher Rassebegriff als auch eine metaphysische Definition der Rasse. Im Kommentar zur deutschen Rassegesetzgebung von Stuckart und Globke wurde 1936 eine gemischte Definition vertreten:

*„Der Rassebegriff umfasst danach Geistiges und Körperliches zugleich, ohne jedoch diese beiden Seiten menschlichen Lebens ohne weiteres und unbedingt in eine kausale Abhängigkeit voneinander zu bringen. Der Rassebegriff schafft erst wieder die dem wahren Leben gerecht werdende Einheit und Ganzheit körperlich-geistigen Wesens.“*¹⁶²

Im gleichen Kommentar, aber in der Auflage von 1939, wurde später ein rein »naturwissenschaftlicher« Rassebegriff verwendet.¹⁶³ In der Literatur zeigt sich das gleiche Bild. Biologisch-naturwissenschaftliche und kulturell-geistige Definitionen wechseln sich ab, werden abwechselnd oder auch zusammen verwendet. Die Unschärfe dieses Begriffs an sich zeigt sich etwa bei der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14. November 1935.¹⁶⁴ Hier wurde die Bezeichnung Jude mangels anderer Kriterien an die Konfession gekoppelt.¹⁶⁵ Dies

¹⁶¹ D.i. das berüchtigte Blutschutzgesetz, RGBl. I, 1146.

¹⁶² Stuckart/Globke, Kommentar zur deutschen Rassegesetzgebung, Band 1, München 1936, S. 1.

¹⁶³ Stuckart/Schiedermaier, Rassen- und Erbpflege in der Gesetzgebung des Dritten Reiches, Leipzig 1939, S. 14f.:

„Zur Feststellung der Rassezugehörigkeit der Großeltern dient die unwiderlegliche Vermutung, daß ein Großelternteil als volljüdisch gilt, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat. (...) Soweit die Vermutung nicht wirkt, kommt es ausschließlich auf die rassebiologischen Tatsachen an.“

¹⁶⁴ RGBl. I, 1333.

¹⁶⁵ § 2 Abs. 2, § 5 Abs. 2 der Verordnung, RGBl. I, 1333:

§ 2 Abs. 2

Jüdischer Mischling ist, wer von einem oder zwei der Rasse nach volljüdischen Großelternteilen abstammt, sofern er nicht nach § 5 Abs. 2 als Jude gilt. Als volljüdisch gilt ein Großelternteil ohne weiteres, wenn er der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat.

§ 5 Abs. 1

Jude ist, wer mindestens von drei der Rasse nach volljüdischen Großelternteilen abstammt. § 2 Abs. 2 Satz 2 findet keine Anwendung.

Abs. 2

Als Jude gilt auch der von zwei volljüdischen Großeltern abstammende staatsangehörige jüdische Mischling,

(a) der bei Erlaß des Gesetzes der jüdischen Religionsgemeinschaft angehört hat oder danach in sie aufgenommen wird. (...)

ist von besonderem Interesse, weil Punkt 4 des »unabänderlichen« Parteiprogramms der NSDAP vom 24. Februar 1920 eigentlich vorsah, dass die Volksgemeinschaft nicht an die Konfession gekoppelt werden durfte.¹⁶⁶

Auch der wissenschaftlich unbeleckte Nationalsozialismus konnte nicht übersehen, dass das Deutsche Reich zu dieser Zeit keineswegs ein arisches Biotop war. Allerdings wurde die Mischung der Rassen als Untergang des Ariers als Kulturträgers angesehen.¹⁶⁷ Daher versuchte man, die Reinhaltung des deutschen Blutes in den Vordergrund zu rücken. Der legislatorische Ausdruck dieser Bestrebungen waren die Nürnberger Gesetze. Der Sinn dieser Maßnahmen war, vom Propagandaeffekt abgesehen, durch »Aufzucht« die »arische Rasse« zurückzuzüchten. Insbesondere in den Kreisen der SS waren solche Ansätze verbreitet. Die wichtigste Auswirkung der NS-Rasstheorie liegt für die Rechtswissenschaft darin, dass sich die Volksgemeinschaft nunmehr über die vermeintlich biologische Zugehörigkeit zu einer Rasse gestalten sollte.¹⁶⁸ Das Postulat der Aufklärung von der Gleichheit des Menschen, von dem etwa die Schöpfer des BGB selbstverständlich ausgegangen waren, wurde auf die Forderung nach Artgleichheit verkürzt. Die letzte Konsequenz dieser Theorie wurde dann von Larenz für die Rechtswissenschaft mit seiner Forderung, dass das kommende Volksgesetzbuch subjektive Rechte an die Zugehörigkeit zum, rassistisch bestimmten, Volk koppeln solle, vertreten.¹⁶⁹ Gleichzeitig wurde in dem Moment der Artgleichheit ein Instrument erkannt, mit dem sich die Volksgemeinschaft im politisch gewünschten Sinne definieren ließ:

„Das Bewusstsein der Artgleichheit und volklichen Zusammengehörigkeit aktualisiert sich vor allem in der Fähigkeit, die Artverschiedenheit zu erkennen und den Freund vom Feind zu unterscheiden.“¹⁷⁰

Schließlich wurde auch in der Artgleichheit zwischen Führer und Geführten ein wesentliches Merkmal des neuen Staats gesehen. Nur wenn die rassische Einheit

¹⁶⁶ Punkt 4 des Parteiprogramms lautet:

„Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksicht auf die Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein.“

¹⁶⁷ Hitler, *Mein Kampf*, 851. – 855. Auflage, München 1943, S. 317ff.

¹⁶⁸ Vgl. dazu auch H. Dreier, *Rechtszerfall und Kontinuität*, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 235, 239f.

¹⁶⁹ Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Dahm (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 225ff.; vgl. dazu weiter Seite 106ff.

¹⁷⁰ Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg 1933, S. 38f. Bemerkenswert ist die Anlehnung an die Begrifflichkeiten Schmitts, hier dessen Freund/Feind-Schema. Vgl. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, Nachdruck der 1963 erschienenen 2. Auflage, Berlin 1987, S. 26f.

gegeben sei, könne der Führerbefehl überhaupt die Manifestation des Volkswillens sein.¹⁷¹ Insgesamt zeigt sich auch am Begriff der Rasse, dass eine beträchtliche Begriffsverwirrung herrschte und mal wissenschaftliche, mal metaphysische Definitionen verwendet wurden. Durch die von der Parteiführung geförderte Begriffsunsicherheit konnte der Rassebegriff funktional genutzt werden, indem er zu einem obersten Wertbegriff des NS-Rechts hochstilisiert wurde, aus dem seinerseits Wertentscheidungen abgeleitet werden konnten.¹⁷² Wer die Begriffshoheit über den Rassebegriff hatte, konnte so auch andere wertgebundene Entscheidungen determinieren. Gleichzeitig kam dem Rassebegriff auch die Funktion einer Inhaltsbestimmung¹⁷³ für den Volksbegriff zu, der als zentrales Moment in der NS-Ideologie gelten kann, so dass auf der Grundlage der Rassenideologie Wirkkraft in fast allen politischen und rechtlichen Belangen erzielt werden konnte.

d) Führerprinzip

Das Führerprinzip und das ihm logisch nachrangige Gefolgschaftsprinzip sind ebenso zum Kernbestand der nationalsozialistischen Machterhaltungsstrategie zu zählen. Mit diesem Mittel konnten die bestehenden staatlichen und gesellschaftlichen Strukturen und Institutionen gleichgeschaltet werden. Gleichzeitig hatte dieses Organisationsmodell den Vorteil, dass bestehende politische Legitimationszwänge außer Kraft gesetzt werden konnten. In der Weimarer Republik kam der Begriff des Führerprinzips zunächst vor dem Hintergrund des verlorenen Kriegs vor allem in konservativen Kreisen auf. Dies zeigt die Sehnsucht nach einem anderen Staatsmodell jenseits der ungeliebten Republik. Neben der Ablehnung der Staatsform zeigte sich in den auch wirtschaftlich turbulenten Jahren nach 1919, dass sich der gesellschaftliche Konsens, wie er im Kaiserreich vermeintlich herrschte, zunehmend in politischen, aber auch moralischen Fragen

¹⁷¹ Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 2. Auflage, Hamburg 1934, S. 41.

¹⁷² Wie diese Taktik aufging, zeigt u.a. die Dissertation von Stier, Das Recht als Kampfordnung der Rasse, Berlin 1934. Er definiert im Vorwort auf Seite V selbst als Ziel, „*unsere ganze Rechtsordnung darauf zu(zu)schneiden, daß in jeder Rechtslage und bei jeder rechtlichen Einzelregelung die Erhaltung und Förderung einer guten und gesunden Rasse oberste Richtlinie wird*“.

¹⁷³ Vgl. dazu auch Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 82ff.

auflöste.¹⁷⁴ Zusätzlich ist zu sehen, dass die neue Republik gerade für die konservative Wählerschaft einen nicht unerheblichen Verlust an politischem Einfluss und Standesprivilegien mit sich brachte. Die neue Staatsform stieß daher auch unter rein materiellen Gesichtspunkten auf Ablehnung, wie sich in der heftig umstrittenen Frage der Entschädigung des enteigneten Hochadels zeigte. Als Gegenentwurf zu der parlamentarischen Demokratie wurden autoritäre, überindividuelle Herrschaftsmodelle entwickelt, die den Wunsch projizierten, die als oktroyiert empfundene Gesellschaftsordnung zu überwinden und zu dem Konsens der Werte des Kaiserreichs zurückzukehren.¹⁷⁵ Neben solchen politischen Sehnsüchten war aber auch das »Fronterlebnis« gerade der jüngeren Generation ein weiteres, irrationales Moment des Führerkultes, der nicht zuletzt auch in der bündischen Jugend gepflegt wurde. Der Akt der Führung wurde als metaphysisches Erlebnis aufgezeigt:

„Wenn der Leutnant seine Kompanie zum Sturme führt, vollzieht sich aus lauter Taten zusammengesetzt ein Schaffensprozeß; und aus dem lebendigsten Objekt, aus handelnden Menschen, formt sich ein Gebilde. Führen heißt immer: aus Leben Form schaffen. Geführt werden heißt immer: daß ein Leben zur Form wird. (...) Und nur daß Führung ein Schöpfertum am Leben und ein Schöpfertum durch Tat ist, unterscheidet sie vom Schaffen am toten Stoff. (...) Führen ist kein Amt mit wohlumgrenzten Aufgaben und Befugnissen. Führerschaft ist die vollste Vollmacht und die grenzenloseste Kompetenz, weil sie der unumschränkteste Auftrag ist: mache uns reif, tüchtig und würdig zum Staat und bediene dich dazu jedes Mittels, das nötig ist: Führerschaft ist weder auf einem Rechtsweg übertragen noch auf einem Gewaltweg usurpiert, und sie ist doch beides. Sie ist übertragen an einen, der königlich nach ihr griff, und usurpiert von solchen, deren besseres Gewissen Indemnität gibt. Sie hat es nicht nötig, sich durch Erfolge zu beglaubigen, und sie begeht Verrat an ihrem höchsten Sinn, wenn sie darauf aus ist. (...)

*Das Volk also ist des Führers immer werdendes, immer aufs neue geschaffene Werk. Tradition kann die schöpferische Tätigkeit des Führers auf einige Zeit befestigen, aber sie macht sie nie entbehrlich. Volk werden heißt aber sich zum menschlichen Subjekt für den Schicksalsraum des Reichs machen. Das Werk des Führers ist also: daß er das Menschentum, das ihm anvertraut ist, bereit mache, sein Reich zu schaffen und sein Reich zu tragen“.*¹⁷⁶

Ein starker Mann sollte aus dem als Krise empfundenen Zustand herausführen und in der Orientierungslosigkeit als Integrationsfigur wirken.¹⁷⁷ Ein solches

¹⁷⁴ Vgl. etwa Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München 1962, insbes. S. 243ff.; Gay, Die Republik der Außenseiter, Frankfurt am Main, 1970, S. 99ff.; Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 85ff.

¹⁷⁵ Vgl. Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, München, 1962, S. 269f.

¹⁷⁶ Freyer, Der Staat, Leipzig 1925, S. 108ff.

¹⁷⁷ Für den Prozess innerhalb der NSDAP selbst vgl. Kershaw, Hitler 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 217ff.

metaphysisch verklärtes Führerbild und die daraus zu lesende Sehnsucht nahmen in den Zeiten, die immer mehr als politische und moralische Krise gewertet wurden, schließlich religiöse, messianische Züge an. Dies zeigt sich etwa bei Julius Binder, der den Führerbegriff in einen hegelschen Kontext stellte, nicht ohne aber – unfreiwillig – die völlige Irrationalität seiner Gedanken aufzuzeigen:

„Der Führer kann nicht gemacht werden, kann in diesem Sinne auch nicht ausgelesen werden; der Führer macht sich selbst, indem er die Geschichte seines Volkes begreift, indem er sich als Führer weiß und will. (...)“

Es ist der Geist der Nation, der in der Geschichte wirksam ist und diese Auslese vornimmt und der dabei machtvoller und gerechter verfährt als ein Wahlausschuß und die Mehrheit der Wahlberechtigten in einer Demokratie. In der auslesenden Macht der Geschichte, die die Geschlechter emporheben und niedersteigen lässt, erkennen wir den Geist, der die Welt regiert, der erhaben ist über die Willkür und die Einsicht einer Generation von Menschen. Unser Schrei nach einem Führer hat solange keinen Sinn, als wir uns einbilden, ein Parlament könne einen Führer ernennen: Aber wenn unser Volk aus seinem gegenwärtigen Traum wieder zum Bewusstsein seiner selbst erwacht, wenn es sich wiederfindet, dann kann es gewiß sein, auch den Führer zu finden, den es braucht. Auf diesen Augenblick (...) wollen wir hoffen.“¹⁷⁸

Der Begriff des Führers wechselte hier seine Gestalt von einem Terminus technicus, wie ihn etwa auch Max Weber im Rahmen seiner Theorie über die verschiedenen Herrschaftsformen für den Typus der charismatischen Herrschaft entwickelt hat,¹⁷⁹ zu einem antidemokratischen Kampfbegriff, der neben seiner ideologischen Konnotation wenig scharfe Konturen zeigt. Die Wirkkraft dieses Begriffs war bedeutend, auch wenn Kelsen zu zeigen versuchte, dass die Führerauswahl durch „geistige“ Momente, in Abgrenzung von den Kurationsformen der Demokratie, wie sie etwa Binder aus der Geschichtlichkeit des Seins abzuleiten suchte, kein Verfahren zur Führerbestimmung sein kann. Er sieht darin im Ergebnis nur ein Mittel zur Verschleierung ideologisch motivierter Usurpation politischer Macht.¹⁸⁰ Vor allem in der Staatslehre wurde dieser antirationale Führerbegriff aufgegriffen, um Alternativen zur bestehenden Staatsorganisation zu entwickeln. So zum Beispiel Schmitt, der zwar den Begriff des Führers nicht nennt, bei dem aber gleichwohl dieser Begriff in seiner Theorie des souveränen Diktators, der seine Legitimität direkt vom Volk durch einen Akt der Akklamation erhält,¹⁸¹ virulent ist.¹⁸²

¹⁷⁸ Binder, Führerauslese in der Demokratie, Langensalza 1929, S. 51, 66f.

¹⁷⁹ Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Auflage, Tübingen 1972, S. 156ff.

¹⁸⁰ Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Auflage, Tübingen 1929, S. 78ff.

¹⁸¹ Schmitt, Legalität und Legitimität, Berlin, 1932, S. 93ff.

Auch wenn die NSDAP Hitler in den 20er Jahren selbst noch nicht als unbestrittenen Führer anerkannt hatte, wie etwa der schwelende Machtkampf mit der SA-Führung, vor allem in Berlin und im Osten zeigte,¹⁸³ ließ er doch keinen Zweifel daran, dass die NSDAP eine autoritäre und antiparlamentarische Kraft war. So etwa in einer Rede vom September 1928:

*„Wir werden unser Volk, indem wir es dazu erziehen, gegen den Irrsinn der Demokratie zu kämpfen und wieder die Notwendigkeit von Autorität und Führung einzusehen, von dem Unsinn des Parlamentarismus fortreißen.“*¹⁸⁴

Nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten wurde das Führerprinzip das maßgebliche Organisationsprinzip des Staates. Vereine und Interessengruppen und nicht zuletzt die Länder wurden gleichgeschaltet und in die NS-Massenorganisationen überführt,¹⁸⁵ die ebenfalls nach dem Führerprinzip organisiert waren und wo sich das Prinzip der charismatischen Führung als Prozess der Auslese verwirklichen sollte. Nicht mehr die Legitimation durch eine Wahl war das entscheidende Moment, sondern die Legitimation durch die eigene Persönlichkeit, da sich der Volkswille als „völkisches Lebensprinzip“ in seinen „besten Gliedern“ manifestiert.¹⁸⁶ Der Führer wurde zur Leitfigur, an dem die Volksgemeinschaft sich konstituiert. Der Führer war Träger des Willens der Volksgemeinschaft und somit identisch mit der Volksgemeinschaft.¹⁸⁷ Dies hatte zur Konsequenz, dass auf der einen Seite aus dieser Identität die Garantie folgen sollte, dass aus der Machtvollkommenheit des Führers keine Willkür entsprang, auf der anderen Seite blieb die Führerentscheidung die einzige legitime Manifestation des Volkswillens. Damit wurde die Legitimation des Einparteienstaats geschaffen, der eine politische Tätigkeit außerhalb der NS-Organisationen nicht dulden konnte.

¹⁸² Vgl. dazu auch Meinck, Weimarer Staatslehre und Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1978, S. 42ff.

¹⁸³ Vgl. Kershaw, Hitler. 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 412ff.

¹⁸⁴ Aus: Hofer, Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933-1945, Frankfurt am Main 1957, S. 37.

¹⁸⁵ Vgl. dazu etwa Majer, Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems, Stuttgart 1987, S. 95ff.

¹⁸⁶ Vgl. dazu Hitlers Rede auf dem Nürnberger Parteitag, in: Poetzsch-Heffter (Hrsg.), Vom deutschen Staatsleben. 30. Januar bis 31. Dezember 1933, 1935, S. 50f.

¹⁸⁷ Etwa Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 42.

Das Führerprinzip hatte auch Auswirkungen auf die Rechtswissenschaft¹⁸⁸ und vor allem auf die Justiz.¹⁸⁹ So folgerte etwa Freisler, dass, da alle Staatsmacht, einschließlich der Judikative, in der Person des Führers vereinigt ist, auch die richterlichen Urteile einer Bestätigung durch ihn bedürften.¹⁹⁰ Gleichzeitig wurde die Artgleichheit zwischen Führer und Volk betont, was in letzter Konsequenz dazu führte, dass in einem Führerbefehl nie ein Akt der Willkür gesehen werden konnte,¹⁹¹ da dieser durch „ein inneres Band der Zusammengehörigkeit“¹⁹² mit dem Volk verbunden bleibt. Lepsius nennt dieses Herrschaftsmodell ein transpersonales Repräsentativsystem,¹⁹³ da auf den Führer das objektivierte Bewusstsein des Volkes projiziert wurde, das im Gegensatz zu dem subjektiv begrenzten Bewusstsein des Individuums steht.

Im Ergebnis verdeutlicht gerade die Analyse des Führerbegriffs, dass sich auf der einen Seite metaphysische Erwartungen zeigten, auf der anderen Seite der Führerbegriff ein effizienter Argumentationstopos war, mit dem der Herrschaftsanspruch des Nationalsozialismus verfestigt werden konnte. Gerade bei der juristischen Rezeption des Begriffs zeigt sich, dass die Fesseln der Rechtsstaatlichkeit in Erwartung des Kommenden schon abgestreift worden waren.

2. Die nationalsozialistische Ideologie

Die oben untersuchten Begriffe Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führerprinzip sind keine spezifisch juristischen Termini und wurden in der Weimarer Republik

¹⁸⁸ V.a. im Arbeitsrecht wurde der Führergedanke aufgegriffen, vgl. etwa Goerrig, Das neue deutsche Arbeitsrecht, in: JW 1934, S. 321ff.; Kühn, Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung – zugleich ein Beitrag zu den Rechtsnormen der Führerverfassung im Allgemeinen, Leipzig 1935, S. 6ff.

¹⁸⁹ Etwa Oswald, Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung, in: DJZ 1934, Sp. 440ff.

¹⁹⁰ Freisler, Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmichtsstrafverfahrens und des Strafgesetzbuches und seine Stellung in der Strafverfahrenserneuerung, in: DJ 1939, S. 1570.

¹⁹¹ Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 42; in letzter Konsequenz gesteigert findet sich dieser Gedanke auch in Schmitts Apologie auf die politischen Morde im Zusammenhang mit dem so genannten Röhmputsch wieder, vgl. Schmitt, Der Führer schützt das Recht, DJZ 1934, Sp. 945ff.

¹⁹² Scheuner, Die nationale Revolution, in: AöR 24 (1934), S. 261, 328.

¹⁹³ Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 96.

zunächst eher in der ideologischen und politischen Auseinandersetzung und weniger in der Rechtswissenschaft gebraucht.

Nach 1933 wurde deren Verwendung obligatorisch, um die Übereinstimmung mit den Zielen des Nationalsozialismus auszudrücken. Allerdings wurden die Begriffe, wie gezeigt, nicht in einem übereinstimmenden Sinne gebraucht, sondern als Instrumente, mit denen die spezifischen Ansichten des jeweiligen Autors transportiert werden konnten. Daher ist zu fragen, inwieweit es überhaupt eine nationalsozialistische Ideologie gab, an der sich die rechtswissenschaftlichen Theorien messen lassen mussten, und ob sich über diese Ideologie ein Kerngehalt für die herausgestellten Begriffe gewinnen lässt.

Auffallend ist zunächst, dass die Ideologie, in der Sprache des Nationalsozialismus die »Weltanschauung«, häufig als Legitimationsquelle für Handlungen genutzt wurde. Im Bereich des Rechts war vor allem die Übereinstimmung einer richterlichen Entscheidung mit der Weltanschauung gefordert.¹⁹⁴ Dies mag als Beispiel dafür stehen, welche Bedeutung der Ideologie als bestimmendem Moment in dem neuen Staat zugesprochen wurde. Als Quellen zur Darstellung dieser nationalsozialistischen Ideologie werden vor allem bezeichnet:¹⁹⁵

- das „unabänderliche“ Parteiprogramm der NSDAP vom 24. Februar 1920¹⁹⁶
- Hitlers „Mein Kampf“
- Reden Hitlers und des Parteikaders.

Allerdings war das Parteiprogramm schon 1920 verfasst worden und ist im Grunde nur eine Ansammlung von floskelhaften Schlagwörtern. Es wurde von Hitler für sich selbst nicht als verbindlich angesehen. Darüber hinaus stimmte es in einigen Punkten nicht mehr mit den Realitäten innerhalb der Partei überein. Vor allem die Forderung nach der Brechung der Zinsknechtschaft spiegelt den damaligen Einfluss des nationalbolschewistischen Flügels innerhalb der Partei wider. Dieser Flügel sollte später vor allem von den Brüdern Strasser repräsentiert werden. Aber spätestens mit den Säuberungsaktionen im Zusammenhang mit dem so genannten Röhmputsch konnte diese Richtung innerhalb der natio-

¹⁹⁴ Vgl. Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: JW 1934, 713, 717; Lange, Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 933, 955.

¹⁹⁵ Frank, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, Einleitung, S. XIIIff.

¹⁹⁶ Vgl. zur Entstehungsgeschichte: Kershaw, Hitler 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 189f.

nalsozialistischen Bewegung endgültig als einflusslos angesehen werden. Von einer verbindlichen Quelle für die nationalsozialistische Ideologie kann daher nicht die Rede sein. Vielmehr konnten seine Floskeln nicht viel mehr als Stichwortgeber für einzelne Vorstöße sein und dazu dienen, solche zu legitimieren. Auch in der rechtlichen Analyse des Nationalsozialismus spielt es daher keine große Rolle.¹⁹⁷ Allerdings entwickelte sich die NSDAP als Bewegung zunehmend als eigenständiges Machtzentrum neben den Staatsorganen heraus, was durchaus auch in der Beschreibung der Staatsorganisation Beachtung fand. Parteifunktionäre wurden zu Hoheitsträgern eigener Art,¹⁹⁸ was die Durchdringung von Staat und Gesellschaft beschleunigte.

Im Hinblick auf „Mein Kampf“ und die Reden hatten Hitler und die Parteiführung das Auslegungsmonopol und konnten so die Richtlinien selbst bestimmen. Im Übrigen waren jedenfalls die Reden eindeutig kontextbezogen und ließen sich in der Regel nicht verallgemeinern, so dass sie als Basis für eine ideologische Bestimmung nur unvollkommen ihren Zweck erfüllten. Auch hier hatte Hitler selbst die Letztentscheidungskompetenz, da er eine bestimmte Aussage verallgemeinern, eine andere wiederum allein als aus einer bestimmten Situation und für einen bestimmten Zweck entstanden erklären konnte. Diesen Mechanismus arbeiteten die beim Führerbegriff aufgezeigten Interpreten¹⁹⁹ als das wesentliche Moment des Führertums heraus. Der Führer verkörpert das objektivierte, transpersonale Bewusstsein des Volkes. In seinem Handeln manifestiert sich der Wille des Volkes, so dass es letztlich auch gar keiner Ideologie bedurfte, um sein Handeln an dieser Richtschnur zu messen.

Rein machttaktisch gesehen war es von Vorteil für Hitler, wenn er sich nicht in ideologischen Fragen auf eine bestimmte Position festlegen musste, sondern situativ handeln konnte. Diese Methode stärkte seine Rolle in der Parteiführung, da so in entscheidenden Fragen die verschiedenen Flügel in der Partei sich nicht auf eine bestimmte Beschlusslage berufen konnten, sondern letztlich immer den Führer persönlich um eine Entscheidung bitten mussten. So gelang es ihm, die

¹⁹⁷ Vgl. aber für Punkt 19 (Ablösung des bisherigen römischen Rechtes durch ein deutsches Gemeinrecht) Landau, Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht, in: Stolleis/Simon (Hrsg.), Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Tübingen 1989, S. 11ff.; zu Punkt 24 (Gemeinnutz geht vor Eigennutz): Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.

¹⁹⁸ Vgl. umfassend: H. Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, in: VVDStRL 60 (2001), Berlin 2001, S. 9, 41ff.

¹⁹⁹ Vgl. oben Seite 48.

unterschiedlichen Flügel und Strömungen unter Kontrolle zu halten und vor allem die SA und die SS machtpolitisch auszutarieren.²⁰⁰ Auf der anderen Seite konnte mit politisch nicht eindeutigen Formulierungen, die der Interpretation durch den Rezipienten offen stehen, eine breite Akzeptanz erreicht werden. Durch die Begriffsoffenheit konnten auch diejenigen, die sich an eine Deutung der nationalsozialistischen Begriffshülsen wagten, in die »Bewegung« integriert werden, da der jeweilige Autor, wenn er zu einer bestimmten Frage Stellung nahm, sich immer innerhalb des nationalsozialistischen Kanons wähen konnte. Von daher ist die nationalsozialistische Ideologie nicht materiell zu fassen, sondern erschließt sich über ihre funktionale Struktur als Instrument zur Sicherung der eigenen Herrschaft.²⁰¹ Dazu reichte es aus, wenn tragende Elemente der Weltanschauung nicht positiv bestimmt sind, sondern sich nur negativ von anderen Positionen abgrenzen. Dies wird etwa beim Begriff des Volkes deutlich, der sich in seinem Kerngehalt durch die klare Abgrenzung zu dem – zumindest in der Rechtswissenschaft – vorherrschenden Volksbegriff der Weimarer Republik dadurch unterscheidet, dass er scharf die liberalistische, vom Individuum her gesehene Position des Einzelnen im Volk oder der Gemeinschaft bekämpfte. Dafür war es nicht nötig, selbst eine bindende, ideologisch gefestigte Definition des Volkes zu bieten.

Daher ist es auch nicht verwunderlich, wenn tragende Begriffe zur Festlegung einer nationalsozialistischen Rechtstheorie und Methode als reine Begriffshülsen genutzt wurden. Mit den Begriffen konnten die Wissenschaftler spielen und sich gegenseitig der fehlenden Erkenntnis über das Wesen der nationalsozialistischen Idee bezichtigen. Ein solcher Verdrängungswettbewerb auf dem Markt der Meinungen war durch die Führung gewünscht, da so der Rechtsstab in den neuen Staat integriert werden konnte. Der Rechtsstab selbst war, unaufgefordert, eifrigst bemüht, das neue System auch im Angesicht schwerwiegender Verstöße gegen hergebrachte rechtliche Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit zu legitimieren und so dessen Macht zu stärken.

²⁰⁰ Kershaw, Hitler. 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 630ff.

²⁰¹ Vgl. dazu auch: Lepsius, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, München 1994, S. 123f.

III. Die Ordnungskonzeptionen in der völkischen Rechtswissenschaft

Innerhalb der oben unter 1.II. vorgezeichneten Determinanten bewegten sich im Wesentlichen die Rechtswissenschaftler im Nationalsozialismus. Wie sich schon zeigte, weisen die Begriffe – fast schon wesensnotwendig – eine nicht unerhebliche Unschärfe auf. Gerade dies machte ihre Nutzung umso leichter, zumal ein erheblicher interner Verdrängungskampf innerhalb der Disziplin herrschte, um einen Platz an der Sonne der neuen Macht im Staate zu erlangen.²⁰² Pathetische Bekenntnisse zum neuen Staat waren leicht geschrieben. Schwieriger wurde es jedoch, eine umfassende Änderung des Rechtssystems durchzuführen, zumal eine Überarbeitung aller Gesetze im Sinne der ideologischen Ziele des Nationalsozialismus schon wegen fehlender Kapazitäten nicht in Frage stand.

Eine methodische Umsetzung des neuen Staats- und Rechtsverständnisses boten allerdings nur Wenige an, wenn auch der Vorwurf schnell von der Hand ging, dass die Ansicht eines anderen nicht systemkonform sei. Die wichtigsten Entwürfe zu einer neuen Methodik und Begriffsbildung in der Rechtswissenschaft sollen hier untersucht werden, wobei der Schwerpunkt bei Carl Schmitt und Karl Larenz liegen soll, die wohl die innovativsten Konzeptionen lieferten.

1. Carl Schmitt

Eine der bekanntesten Persönlichkeiten, die nach der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus ein neues Modell für die Gestaltung des Rechtswesens anboten, ist sicherlich Carl Schmitt. Anders als die Vertreter der Kieler Schule etwa, die hauptsächlich aus ehrgeizigen jungen Wissenschaftlern bestand, konnte Carl Schmitt seine schon bedeutende Reputation aus der Weimarer Republik in die Waagschale werfen. Immerhin war er Professor an der Handelshochschule in Berlin und hatte mit „Der Begriff des Politischen“ (1928) und „Der Hüter der Verfassung“ (1931) die Bücher veröffentlicht, die im Nachhinein zu seinem Hauptwerk zählen sollten. Nicht zuletzt vertrat er das Reich im Prozess um dem so genannten Preußenschlag in einem Aufsehen erregenden Verfahren vor Ge-

²⁰² Vgl. dazu Rütters, Carl Schmitt im Dritten Reich, München 1989, S. 66ff., der einen Überblick über die Intrigen politisch ambitionierter NS-Kronjuristen, namentlich Höhn, Eckhardt und Koellreutter gibt.

richt, wo er die „Klinge“ mit dem damals durchaus bekannten, aber heute – zu Unrecht – fast vergessenen Hermann Heller²⁰³ kreuzen konnte.²⁰⁴ Als Herausgeber der Deutschen Justiz (DJ) seit 1933 standen ihm auch erhebliche publizistische Möglichkeiten zur Verfügung. Vor allem standen ihm schon zu Beginn der 1930er Jahre die Türen zur Macht als Vertrauter Schleichers und von Papens offen.

Wenn auch die Carl-Schmitt-Rezeption in Deutschland nach einem Übermaß in den 1980er und 1990er Jahren mittlerweile wieder abzuflauen scheint, so steht doch außer Frage, dass Carl Schmitt einen nicht zu unterschätzenden Einfluss auf die Rechtsdiskussion in der Bundesrepublik hatte.²⁰⁵

Eine umfassende Bewertung des Gesamtwerkes ist schwierig, da sich Carl Schmitt wie wohl kein zweiter in die Nähe der unmittelbaren Macht begab. Wenn dies, wie bei Schmitt, in vier politischen Systemen geschehen konnte, zeigt sich, dass eine solch erfolgreiche Karriere eine nicht unerhebliche Flexibilität in der Begriffswahl und der Interpretation des eigenen Werkes erfordert. Hinsichtlich seiner Schriften nach 1933, in gewissem Maße aber auch für die Zeit nach 1945, scheint es für eine Bewertung unumgänglich, den politischen und privaten Hintergrund zumindest mit zu berücksichtigen. Wie keinem zweiten Wissenschaftler wurde Schmitt sowohl von Seiten des nationalsozialistischen Establishments, insbesondere aus Kreisen der SS, aber auch von Weggefährten aus der Zeit vor 1933 Karrierestreben und Opportunismus vorgeworfen.²⁰⁶ Nach dem Zweiten Weltkrieg, als einer der wenigen, die keine Lehrbefugnis mehr erhielten, stilisierte er sich zu einem bloßen Opfer der Umstände. Ein Übriges taten seine zahlreichen Schüler und Freunde, die oft in konservativen Zusammenhängen handelten, um Schmitt zum Sündenbock zu erklären, der stellvertretend für Verfehlungen der akademischen Elite oder wegen eines allgemeinen schlechten Gewissens geopfert wurde,²⁰⁷ um der Rechtswissenschaft in der neuen Bundesrepublik die Absolution zu erteilen.

²⁰³ Vgl. zu dessen Werk insgesamt: Müller/Staff (Hrsg.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*, Frankfurt am Main 1985.

²⁰⁴ Dazu umfassend: Seiberth, *Anwalt des Reiches. Carl Schmitt und der Prozess „Preußen contra Reich“ vor dem Staatsgerichtshof*, Berlin 2001.

²⁰⁵ Vgl. dazu auch die Einschätzung Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, München 1989, Vorwort, S. 7f., wo er den Einfluss Schmitts auf die Staatslehrer der Nachkriegsgeneration beschreibt.

²⁰⁶ Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, München 1989, S. 58ff.

²⁰⁷ Rüthers, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, München 1989, S. 14ff.

Seine Reputation erlangte Schmitt als politischer Denker und Staatsrechtler. Obwohl seine hauptsächlichen Betätigungsfelder das Staatsrecht und allgemeine Politikwissenschaft waren, entwickelte er schon in seinem Werk vor 1933 – jedenfalls am Rande – durchaus auch Theorien zur Geltung des Rechts. Seine Theorien lassen sich schwer in den üblichen rechtsphilosophischen Kategorien beschreiben. Schmitt bot schon sehr früh nach der Machtübernahme durch die Nazis mit „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“²⁰⁸ ein Modell an, um über die Figur des konkreten Ordnungsdenkens (kOD) die Rechtswissenschaft und -anwendung im Sinne des neuen Regimes zu beeinflussen. So konnte das kOD zumindest als Initialzündler für ähnliche Methoden dienen, egal ob dabei auf Schmitt nun explizit Bezug genommen wurde oder nicht. Daher soll hier ausführlich die Entwicklung Schmitts auf dem Feld der Rechtstheorie dargelegt werden.

a) Biografischer Abriss

Schmitt wurde am 11. Juli 1888 in Plettenberg geboren und wuchs in einer streng katholischen Familie im vom Kulturkampf geprägten Preußen auf. 1907 nahm er ein Jurastudium an der Universität Berlin auf, das er in München und Straßburg fortsetzte. Am 24. Juni 1910 wurde er in Straßburg mit der Arbeit „Schuld und Schuldarten“ promoviert. Anfang 1915 bestand er das Assessorexamen in Berlin und meldete sich kurz danach als Kriegsfreiwilliger. 1916 habilitierte er sich in Straßburg. Am 1. September 1919 begann Schmitt seine akademische Karriere als hauptamtlicher Dozent an der Handels-Hochschule in München.

Am 1. Oktober 1921 wurde Schmitt an die Universität Greifswald berufen, am 1. April 1922 trat er die Nachfolge von Rudolf Smend an der Universität Bonn an. Am 1. April 1928 wurde er an die Handels-Hochschule in Berlin berufen. Nach einem kurzen Zwischenspiel an der Universität Köln wechselte er schließlich am 1. Oktober 1933 an die Friedrich-Wilhelm Universität Berlin. Er wurde nach seinem Parteieintritt am 1. Mai 1933 von Hermann Göring zum Preußischen Staatsrat berufen, übernahm die Leitung der Gruppe Hochschullehrer im NS-Juristenbund und wurde Mitglied des Präsidiums der neuen Akademie für deutsches Recht. 1936 musste er auf Grund von Intrigen, vor allem der SS, von seinen Ämtern zurücktreten. Nach dem Krieg wurde Schmitt von den amerika-

²⁰⁸ Hamburg 1934.

nischen Besatzungstruppen verhaftet und in Nürnberg wegen geistiger Vorbereitung eines Angriffskriegs verhört, Ende April 1947 jedoch entlassen. Danach kehrte er nicht mehr an die Universität zurück, sondern lebte als Privatgelehrter in Plettenberg, wo er 1985 starb.²⁰⁹

Anders als viele Protagonisten der Rechtswissenschaft im Dritten Reich gehörte Schmitt nicht eindeutig einer Schule an oder berief sich auf einen bestimmten akademischen Lehrer. Allerdings zeigte sein Menschenbild deutliche Verweise auf Hobbes und Spinoza. Geprägt war sein Denken zudem durch seinen expliziten Bezug auf die konservativen Traditionen der katholischen Kirche, auch wenn sein persönliches Verhältnis zu dieser Institution durch sein Privatleben nicht unbedingt als spannungsfrei bezeichnet werden kann. Wiederholt nahm Schmitt auf das Werk des spanischen Schriftstellers und Diplomaten Donoso Cortés Bezug, einem Vertreter der Gegenaufklärung mit ebenfalls stark katholischem Kontext.

b) Schmitts Positionen im Frühwerk

Eine erste Positionsbestimmung Schmitts zur Frage der Geltung und der Richtigkeit von Normen erfolgte in der 1912 erschienenen Schrift „Gesetz und -Urteil“²¹⁰ und der 1914 folgenden Habilitationsschrift „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen“²¹¹, die zusammen den rechtstheoretischen Ansatz Schmitts verdeutlichen.

Hinsichtlich der Frage der Geltung des Rechts bezog Schmitt zunächst eine Position, in der die Sphären des Seins und des Sollens strikt getrennt bleiben. Recht war für Schmitt eine „reine, wertende, aus Tatsachen nicht zu rechtfertigende Norm“²¹², die zu allen empirischen Gegebenheiten in einem „Gegensatz zweier Welten“²¹³ stehe. Anders als etwa die reine Rechtslehre der Wiener

²⁰⁹ Vgl. zu Schmitt umfassend, wenn auch nicht unbedingt immer objektiv: Noack, Carl Schmitt, Frankfurt am Main 1996. Für einen Abriss über die Wirkungsgeschichte des schmittschen Werkes und eine Einordnung seiner Publikationen in die verschiedenen politischen Systeme vgl. Rüthers, Carl Schmitt als politischer Denker des 20. Jahrhunderts, in: ZRph, 2003, S. 63, 64ff. Eine Bibliografie seiner Schriften findet sich bei Koenen, Der Fall Carl Schmitt, Darmstadt 1995, S. 850ff.

²¹⁰ Berlin 1912.

²¹¹ Tübingen 1914.

²¹² Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 2.

²¹³ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 20.

Schule sah Schmitt es nicht als notwendig an, die Geltung des Rechts an die Frage der Wirksamkeit innerhalb eines Gemeinwesens und damit an die Ableitbarkeit von einer Grundnorm oder ähnlichen empirischen Konstrukten zu koppeln. Vielmehr sei die Wirksamkeit gerade nicht äußere Bedingung, sondern notwendiger Inhalt des Rechts.²¹⁴ Damit dieser Inhalt des Rechts verwirklicht werden könne, bedürfe es des Staates. Diametral entgegengesetzt zu Hegel sah Schmitt nicht das Recht als Instrument der Staatsentfaltung, sondern

„der Staat ist (...) das Rechtsgebilde, dessen Sinn ausschließlich in der Aufgabe besteht, Recht zu verwirklichen“.²¹⁵

Den Primat des Rechts begründete Schmitt damit, dass gesetztes Recht sich letztlich von einer höchsten Instanz ableitete, aber die Frage, was diese höchste Gewalt ist, keine empirische, sondern eine rechtliche Frage sei.²¹⁶ Der Staat und das reine, vorstaatliche und nicht empirische Recht seien damit in ihren Bedeutungen verwoben. Das vorstaatliche, reine Recht existiere nur als „abstrakter Gedanke“²¹⁷. Der Staat verwirkliche dieses abstrakte Recht, indem aus dem abstrakten Gedanken konkrete Normen entwickelt werden. Das reine Recht wird also mit empirischen Befunden angereichert. Der Staat ist auf dieser Bedeutungsebene ein Modus des reinen Rechts. Er verpflichte seine Untertanen auf ein konkretes Sollen und bleibe seinerseits dem reinen Recht verpflichtet.²¹⁸ Dadurch sei der Staat legitimiert, konkretes Recht zu setzen und erscheine in dieser Form seinen Rechtssubjekten. Ein solcherart legitimierter Staat braucht dabei zur Legalität des durch ihn gesetzten Rechts weder eine Legitimation durch das Verfahren der Gesetzgebung, noch erscheint er als reiner

„Machtkomplex, der sich faktische Anerkennung erzwingt und im übrigen nicht im höheren Grade rational ist, als irgend eine andere Übermacht“.²¹⁹

Im Weiteren teilte Schmitt den Begriff der Rechtsnorm in die abstrakte Rechtsnorm und die, durch den Staat konkretisierte, Rechtsverwirklichungsnorm²²⁰, auf. Das vorstaatliche Recht werde nicht in staatliches, gesetztes und durchgesetztes Recht transformiert, sondern bleibt daneben bestehen. Die beiden Arten

²¹⁴ Vgl. dazu Neumann, Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken, in: Rottleuthner (Hrsg.), Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 153.

²¹⁵ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 52.

²¹⁶ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 46f.

²¹⁷ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 38.

²¹⁸ Vgl. dazu Kiefer, Begründung, Dezision und politische Theologie, in: ARSP 76 (1990), S. 479, 487.

²¹⁹ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 53f.

²²⁰ Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Tübingen 1914, S. 74f.

von Rechtsnormen durchdringen sich bei jedem Rechtssatz. Da es, transzendental gesehen, dem Recht immanent sei, dass das Recht verwirklicht wird, sei es bedeutender, dass in einem Rechtssatz, also einem Urteil, überhaupt eine Entscheidung getroffen wird, als welchen konkreten Inhalt diese Entscheidung habe.²²¹ Diesen strengen Dezisionismus relativierte Schmitt schon in dem zwei Jahre früher entstandenen Werk „Gesetz und Urteil“ für das Privatrecht²²², auch wenn der Dezisionismus allgemein als eine zentrale Position in Schmitts rechtstheoretischen Schriften angesehen wird.

Faktisch hat der Staat, der nach Schmitt qua Definition ein Rechtsstaat sein muss,²²³ da er nur ein Modus des Rechts ist, die Definitionshoheit über den Umfang des konkreten Rechts und damit auch über den des reinen Rechts. Dies folgt nach Schmitt daraus, dass dieses immer eines mit dem reinen Recht nicht identischen Subjekts zur Durchsetzung und damit zur Manifestierung im Sein bedürfe. Durch seine Prämisse der strikten Trennung des Seins vom Sollen setzte Schmitt so die faktische Macht in die Rolle der rechtsetzenden und legitimierenden Instanz.

In „Gesetz und Urteil“ befasste er sich mit der Frage der Wirksamkeit und Richtigkeit von Urteilen, bezog sich also auf Rechtsverwirklichungsnormen. In Schmitts Gedankenwelt steht hinter dieser Frage nach der Richtigkeit einer Norm die Frage der Legitimität, die aus einem staatlichen Handeln einen Rechtsakt macht.²²⁴ An dieser Frage, und der Ablehnung der positivistischen Antwort darauf, entwickelten sich Schmitts Dezisionismus und seine Theorie des Ausnahmezustandes als Prüfstein der Legalität und Legitimität staatlichen Handelns überhaupt.

Das Postulat der Begriffsjurisprudenz, wonach aus einem gegebenen Sachverhalt allein durch Deduktion und Subsumtion ein juristisch richtiges Urteil ermittelt werden kann,²²⁵ das Rechtssystem also notwendig in sich geschlossen ist,²²⁶ lehnte er ab. Er wandte sich dagegen, dass der unabhängige Richter durch Beru-

²²¹ Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914, S. 79.

²²² Schmitt selbst nennt das Wechselrecht als Beispiel für eine Materie, in der die Frage des Entschiedenseins überwiegt, wohingegen im BGB eher der Inhalt der Entscheidung im Vordergrund steht, vgl. *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 104ff.

²²³ Schmitt, *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*, Tübingen 1914, S. 53.

²²⁴ Vgl. dazu Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, Neuwied 1964, S. 38.

²²⁵ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 8ff.

²²⁶ Zur Forderung der Lückenlosigkeit der Begriffsjurisprudenz: Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Nachdruck der 2. Auflage Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 436.

fung auf den Willen des Gesetzes oder des Gesetzgebers der Forderung der Bindung an das Gesetz nachkommen könne, da dieser Wille erst durch seine Interpretation oder Auslegung offenbar werde. Durch die Methode wird der Wille des Gesetzgebers nach Schmitt „konstruiert, nicht rekonstruiert“.²²⁷

Im Wesentlichen griff er damit die Kritik der Freirechtsbewegung auf, wonach es eine anerkannte Rangfolge innerhalb des Auslegungskanons nicht gibt und daher auch das Abstellen auf rationalisierte Erkenntnisverfahren nur den Blick auf die tatsächliche Lage verstellt.²²⁸ Gleichwohl teilte er auch damals schon nicht den Ansatz der Freirechtsbewegung, dass der Richter auf sein Rechtsgefühl bzw. die empirisch ermittelte Interessenlage abstellen solle. Für ihn beinhaltet eine solche Methode kein rationales Verfahren zur Prüfung der Richtigkeit einer Entscheidung.²²⁹

Stattdessen entwickelte Schmitt das Kriterium der Rechtsbestimmtheit. Danach soll eine Entscheidung dann richtig sein, wenn sie sich auf alle Erscheinungen der Rechtspraxis widerspruchlos anwenden lasse.²³⁰ Es soll also eine Richtigkeitskontrolle durch den anderen Richter als empirischer Typus erfolgen. Interessanterweise sah Schmitt nicht allein das positive Gesetz, sondern auch den Interpretationsvorgang selbst als Recht an. Mit der Entscheidung werde für einen konkreten Fall Recht gesetzt. Der Subsumtionsvorgang diene nicht der Legitimation der Entscheidung, sondern sei allein ein Mittel zur Rechtsbestimmtheit. Dies lässt durchaus Anklänge an neuere hermeneutische Rechtsphilosophien, insbesondere die Fallnormtheorie von Fikentscher,²³¹ erkennen. Allerdings entwickelte Schmitt schon hier den Gedanken, dass dies eine gewisse Normalität der Situation erfordere, eine „situation établie“²³². Die Theorie der Ausnahme von der Normalität wird Schmitt unter anderen politischen Voraussetzungen mit „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ entwickeln.²³³

Eine wichtige Rolle nehmen in Schmitts Frühwerk die Präjudizien ein. Deren Bindungswirkung für den Rechtsanwender soll umso geringer sein und schließlich ganz entfallen, je weniger die tragenden Gründe nicht in der Lage sind,

²²⁷ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 33.

²²⁸ Kaufmann, *Recht ohne Regel*, Freiburg 1988, S. 304.

²²⁹ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 18.

²³⁰ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 56ff.

²³¹ Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Band IV, Tübingen 1977, S. 202f.

²³² Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 117.

²³³ Vgl. dazu unten Seite 68ff.

Rechtssicherheit zu erzeugen. Prüfstein soll dabei sein, ob die tragenden Erwägungen des Urteils Grund zu der Annahme geben, dass ein anderer Richter auf dieser Grundlage zu derselben Entscheidung gelangt wäre.²³⁴

Schmitt wurde in der zeitgenössischen Literatur damit zumindest in der Nähe der damals durchaus wahrnehmbaren freirechtlichen Richtung gesehen.²³⁵

c) Schmitts Entwicklung in der Weimarer Republik

Auch in späteren Schriften befasste sich Schmitt mit der Geltung des Rechts. Vor allem seiner Schrift „Der Hüter der Verfassung“²³⁶ kommt dabei besondere Bedeutung zu. Hier wird die Frage untersucht, ob die Gerichte zu Hütern der Verfassung – unter Zurücksetzung der Legislative – werden, soweit ihnen das Recht zukommt, einfachgesetzliche Normen im Hinblick auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung zu überprüfen. In der Weimarer Republik sprach das Reichsgericht ein solches Prüfungsrecht den Gerichten hinsichtlich der Kollision von einfachem vorkonstitutionellem Recht mit Verfassungsrecht in einem konkreten Fall zu,²³⁷ ohne dass die WRV ein solches Prüfungsrecht vorgesehen hätte. Es hatte also den Charakter einer konkreten Normenkontrolle, wie sie im Grundgesetz vorgesehen ist, allerdings lag das Normverwerfungsmonopol nicht bei der Verfassungsgerichtsbarkeit. Diese Rechtsprechung, die 1925 die Frontstellung des Gerichts zum Positivismus bezeugte, führte zu erheblichen Auseinandersetzungen unter den Weimarer Staatsrechtlern.²³⁸

Schmitt lehnte ein Prüfungsrecht der einfachen Gerichte ab, da nach Schmitt eine richterliche Entscheidung nur dann materiell Rechtsprechung sei, wenn auch eine Norm vorhanden sei, die eine Subsumtion erlaube. Dies könnten Gesetze, aber auch feste soziale Anschauungen sein, soweit stabile Verhältnisse herrschen, die eine ausreichende Messbarkeit und Bindung ermöglichen würden. Eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit einer einfachgesetzlichen Norm setze aber

²³⁴ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 108.

²³⁵ Vgl. dazu Hofmann, *Legalität gegen Legitimität*, Neuwied 1964, S. 34f. Allerdings distanziert er sich davon später eindeutig und attestiert der Freirechtsbewegung, dass das schöpferische Recht ein verfassungsrechtliches Problem darstellt, vgl. ders., *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 19.

²³⁶ Tübingen 1931.

²³⁷ RGZ 111, 322ff.

²³⁸ Jacobson/Schlink, Introduction, in: Jacobson/Schlink (Hrsg.), *Weimar. A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley 2000, S. 1, 6ff.

die Subsumtion unter eine Verfassungsnorm voraus. Dies könne nur durch eine formale Bindung des Richters an das Gesetz erreicht werden. Ohne diese Bindung erfülle der Auslegungsprozess nicht mehr die Anforderungen an die materielle Gültigkeit einer richterlichen Entscheidung.²³⁹ Schmitt billigte dem Richter hier nur zu, dass er, wenn für eine konkrete Entscheidung zwei widersprüchliche Normen zu berücksichtigen sind, eine davon für den konkreten Sachverhalt nicht anzuwenden braucht.²⁴⁰

Im Wesentlichen stellte sich Schmitt auf den Standpunkt, dass es für die juristische Geltung von Recht, das insoweit auch die richterliche Entscheidung beinhaltet, darauf ankomme, dass die richterliche Entscheidung aus einem formalen Subsumtionsprozess des Sachverhalts unter die positive Norm abgeleitet werden könne. Nachdem in „Gesetz und Urteil“ zumindest eine Annäherung an frei-rechtliche Positionen festzustellen war, wandte er sich nun wieder dem formalen System der Begriffsjurisprudenz zu. Nicht ohne freilich das Paradigma der Lückenlosigkeit weiter abzulehnen und ein Modell zur Entscheidungsfindung bei Lücken im gesetzten Recht aufzuzeigen. Im Fall einer Lücke sollen nun „ergänzende Rechtssätze“ durch den Richter angewendet werden.²⁴¹ Als Ausformung des richterlichen Ermessens wird durch diesen Vorgang die fehlende gesetzliche Regelung erst gesetzt. Von einer formalen Subsumtion kann daher keine Rede sein. Diesen Widerspruch räumte Schmitt nicht aus. Für den Bereich des Privatrechts hielt er, jedenfalls hinsichtlich ausfüllungsbedürftiger Normen wie den Generalklauseln, eine Lockerung der postulierten strengen Bindung des Richters durch die formalisierte Subsumtion für vertretbar.²⁴² Die „ausreichende Messbarkeit“, die in „Gesetz und Urteil“ noch im Begriff der „Rechtsbestimmtheit“ enthalten war, sollte nun durch stabile gesellschaftliche Verhältnisse und eine gefestigte soziale Anschauung gewährleistet werden.²⁴³

Diese Wendung zur bloßen Subsumtion und damit zum Normativismus der Begriffsjurisprudenz ist umso erstaunlicher, als sich Schmitt schon früh als Konservativer etablierte und auch in der Rechtstheorie den liberalen Geist und den liberal-rechtsstaatlichen Normativismus eigentlich bekämpfte.²⁴⁴ Einen Erklärungsansatz kann vielleicht die geänderte Wahrnehmung des Staats durch Schmitt

²³⁹ Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 19f.

²⁴⁰ Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 20.

²⁴¹ Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 20.

²⁴² Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 19.

²⁴³ Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, S. 19.

²⁴⁴ Vgl. nur aus dem Frühwerk: Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 30ff.; ders., *Politische Theologie*, 2. Auflage, München 1934, S. 28.

nach der Revolution von 1918 und der Etablierung der – auch von ihm – ungeliebten Weimarer Republik bieten. Die neue Staatsform lehnte er aus tiefer - Überzeugung ab und bekämpfte sie in seinen Schriften und später auch in seiner praktischen Arbeit. Nach 1930 hatte Schmitt verstärkt Zugang zu Regierungskreisen²⁴⁵ und konnte auch in praktischen Fragen, wie etwa zum präsidentialen Notverordnungsrecht, gewichtige Stellungnahmen abgeben.²⁴⁶ Unter diesen Eindrücken überdachte Schmitt wohl in seinen theoretischen Schriften die Rolle des Staats neu, und dies ließ ihn in der Folgezeit zunehmend für einen totalitären Staat optieren.²⁴⁷

d) Neubestimmung zum Totalitarismus anhand des konkreten Ordnungsdenkens

Nach der Machtübernahme durch die Nazis war sich Schmitt über seine Rolle unter dem neuen Regime nicht schlüssig. Er war ein exponierter Unterstützer der letzten Regierung. Als Jurist war er wesentlich an einem Notstandsplan der von Papen-Regierung beteiligt, der vorgesehen hatte, KPD und NSDAP zu verbieten. Auch hatte er mit seiner Lehre vom konstruktiven Misstrauensvotum die taktischen Pläne der NSDAP nicht unerheblich beeinträchtigt.²⁴⁸

Jedenfalls entschloss er sich bald dazu, seine Mitarbeit dem neuen Regime anzudienen. Über die Motive Schmitts zu diesem Schritt ist in der Literatur zu Schmitt lange gerätselt worden. Eine Erörterung seiner Motivlage liegt aber außerhalb dieser Arbeit. Daher soll nicht weiter erörtert werden, wie Schmitt seine Arbeiten nach 1933 nur als den logischen Schlusspunkt seiner rechtstheoretischen Schriften zu erklären suchte.²⁴⁹

Schon im April 1933 beteiligte er sich an der Kommission, die das „Zweite Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich“²⁵⁰ ausarbeitete, um insbesondere das schwierige Verhältnis der Reichsregierung mit Preußen endgültig zu

²⁴⁵ Vgl. dazu Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, Darmstadt 1995, S. 132ff.

²⁴⁶ Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, Darmstadt 1995, S. 146ff.

²⁴⁷ Vgl. zu diesem Ansatz Neumann, *Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken*, in: Rottleuthner (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983, S. 155.

²⁴⁸ Koenen, *Der Fall Carl Schmitt*, Darmstadt 1995, S. 230f.

²⁴⁹ Vgl. dazu Vorbemerkung zur 1969 erschienenen 2. Auflage von „*Gesetz und Urteil*“, S. V, wo Schmitt nun vorsichtig die konkrete Ordnung mit den Institutionen gleichsetzt.

²⁵⁰ Vom 7. April 1933, *RGBl. I*, 173.

regeln und föderale Strukturen zu zerschlagen. Nachdem 1933 eher tagespolitisches Geschäft zu erledigen war und Schmitt vor allem seine neue Rolle als Parteigenosse ausprobierte und anfang „den Juden“ als Feind wahrzunehmen, meldete er sich 1934 auch rechtstheoretisch zurück. Mit seiner Schrift „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“²⁵¹ brachte Schmitt einen neuen rechtswissenschaftlichen Topos ins Feld, um dem Regime eine neue, ideologisch passende Methode für eine ihm genehme Rechtstheorie zu bieten.

In dieser Schrift entwickelte er einen Ansatz, mit dem er die Scheidung des Seins vom Sollen in der Rechtswissenschaft vollständig überwinden wollte. Dabei berief sich Schmitt ausdrücklich auf die Arbeiten zur Institutionenlehre von Maurice Hauriou.²⁵² Kennzeichnend für die Schriften Haurious ist vor allem, dass sie als Reaktion auf die zum damaligen Zeitpunkt bestehende rechtswissenschaftliche Methodik der französischen Republik verstanden werden müssen. Die Rechtsmethodik und Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts war weitgehend beherrscht von der „*école de l'exégèse*“. Diese gründete die Rechtsauslegung ausschließlich auf den Code Napoléon, der – ausgehend von der revolutionären französischen Tradition – als Urbild des rationalen Rechtsbegriffs verstanden wurde. In der wechselhaften Geschichte zeigte sich, dass dieser rationalistische Mythos²⁵³ zusammen mit dem Positivismus und der Exegese als einzige Rechtskenntnisquelle angesichts der sozialen Fragestellungen und des Systemwechsels zu Beginn des 20. Jahrhunderts zunehmend als nicht mehr tragend empfunden wurde. In diese ideologische Sinnkrise stieß Hauriou mit seinem Versuch, das Recht neu zu bestimmen. Sein Entwurf zeichnete sich vor allem dadurch aus, dass der positivistische Ansatz der Trennung von Sein und Sollen angegriffen wurde, das Recht als Prinzip und nicht als positiv gesetzte Norm begriffen wurde und dass für Hauriou die gesellschaftliche Ordnung wichtiger als die politische Ordnung war.²⁵⁴ Von daher ergeben sich schon auf den ersten Blick Gemeinsamkeiten. Allerdings erscheint Hauriou zu sehr auf die Rechtsentwicklung in Frankreich fixiert, als dass er für Schmitt in der konkreten Situation mehr als ein Stichwortgeber hätte sein können.

Insbesondere wandte sich Schmitt in seiner eigenen Schrift gegen den Normativismus, vor allem in der Erscheinungsform der Begriffsjurisprudenz. Er teilte

²⁵¹ Hamburg 1934.

²⁵² Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 45f.

²⁵³ Ladeur, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur*, Giessen 1978, S. 159.

²⁵⁴ Ladeur, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur*, Gießen 1978, S. 159ff., vor allem S. 223.

dabei die rechtsmethodischen Ansätze in drei Kategorien auf, je nachdem, ob Recht als Regel, Entscheidung oder Ordnung gedacht wird.²⁵⁵

Nach Schmitt ist es für den Normativismus kennzeichnend, dass die Norm vom konkreten Fall isoliert sei, also das Sein und das Sollen getrennt bleiben. Für ihn ist dabei charakteristisch, dass die Norm für alle tatsächlichen Fälle grundsätzlich die gleiche Geltung entfalte. Sie „erhebt sich über den Einzelfall“.²⁵⁶

Für Schmitt ist der Normativismus als Produkt des 19. Jahrhunderts in dem neuen Regime überholt, da der Normativismus die subjektiven Rechte des Individuums gegenüber dem Staat zu sehr betone²⁵⁷ und die legitimierte politische Führung – wie es im 19. Jahrhundert vom liberalen Bürgertum tatsächlich so auch konzipiert worden war – viel zu stark binde. Nach Schmitt werde in ungebührlicher Weise die „konkrete Königs- oder Führerordnung“²⁵⁸ behindert. Schon deswegen seien juristische Methoden, die auf normativistischen Grundkonzepten beruhen, in der neuen Ordnung nicht zu gebrauchen. Zusätzlich wertete Schmitt diese Richtung in anderen Zusammenhängen mit rassistischen und antisemitischen Argumenten weiter ab. Insbesondere griff er damit die konservative Rechtsstaatstradition an.²⁵⁹ Er attackierte aber auch die angebliche Lebensferne und die Unflexibilität, da der Normativismus nicht in der Lage sei, auf einen konkreten Sachverhalt speziell und angemessen einzugehen. Der Normativismus könne einen Sachverhalt nicht einmal vollständig erfassen, da das normativistische Denken bei der Rechtsanwendung notwendig nur ein binäres sei:

²⁵⁵ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 10.

²⁵⁶ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 11.

²⁵⁷ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 12.

²⁵⁸ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 13.

²⁵⁹ Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: DR 1934, S. 255ff.; ders., Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, in: DJZ 1936, Sp. 1193, 1198. Darin zeigt sich im Übrigen, wie Schmitt grundsätzliche Überlegungen mit dem politischen Alltagsgeschäft zu verbinden wusste, da die Verfassungsrechtstradition konservativen Zuschnitts vor allem mit dem konvertierten Friedrich Julius Stahl in Zusammenhang gebracht werden kann. Auf Gewissensfreiheit in diesem Kontext berief sich v.a. die Bekennende Kirche, aber auch der nicht reichstheologisch beeinflusste Katholizismus während des Kirchenkampfes. In „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ selbst erwähnte Schmitt freilich die Juden noch nicht, sondern machte nur Andeutungen, etwa auf Seite 9, wo er von Rassen und Völkern spricht, die ohne Staat oder Kirche allein im Gesetz existieren.

Ein Sachverhalt lasse sich unter eine Norm subsumieren oder eben nicht.²⁶⁰ Der Rechtsanwender habe bei der Subsumtion unter eine Norm aber immer die tatsächlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, wie etwa bei ausfüllungsbedürftigen Normen.²⁶¹ Schmitt erhob zudem den Vorwurf, dass das normativistische System die nunmehr bestehende politische Ordnung nicht zu erfassen vermöge, da der »Führer der Bewegung« mehr ist als das für eine bestimmte Frage zuständige Staatsorgan.²⁶² Aber nur als solches könne der Normativismus dieses Konzept erfassen und rechtlich einordnen.

So wird das bestehende rechtswissenschaftliche Denken als nicht mehr mit dem politischen System konform denunziert, da es die Rechte des Subjekts gegenüber dem Ganzen zu stark betone, das Generelle über den konkreten Fall stelle und schließlich unfähig sei, den Führerstaat rechtlich überhaupt zu erfassen.

In ähnlicher Manier rechnete Schmitt mit dem Dezisionismus ab, dem er früher selbst zugerechnet wurde. Als dezisionistisch definierte er jedes System, das die Existenz von Recht nicht durch Ableitung von einer Norm, sondern durch die bloße Entscheidung der Autorität, des Richters, als gegeben ansieht.²⁶³ Die Autorität der konkreten Entscheidung leitet sich dabei letztlich von der Autorität des politischen Machthabers ab. Da der Dezisionismus nach Schmitt nur eine Vorstufe des Positivismus sei, handelte er ihn nur kurz ab, um das Fundament aufzuzeigen, gegen das er anlaufen will.

So ist die Hauptstoßrichtung seiner Schrift gegen den Positivismus gewendet. Darunter verstand er jede Methode, die von der geschriebenen Norm ausgeht und anhand dieser Norm einen konkreten Fall entscheiden will, ohne dass weitere Faktoren in diese Entscheidung einbezogen werden.²⁶⁴ Schmitt wandte eine sehr weite Definition an und erfasste so die bedeutendsten Strömungen der juristischen Methodenlehre seit dem 19. Jahrhundert.

Schmitts Kritik wirkte auf verschiedenen Ebenen. Zum einen warf er dem Positivismus (in seinem Sinne) vor, gänzlich unphilosophisch zu sein oder nur den

²⁶⁰ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 15f.

²⁶¹ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 17f.

²⁶² Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 19.

²⁶³ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 21.

²⁶⁴ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 26f.

Liberalismus des 19. Jahrhunderts zu reflektieren, der dem Einzelnen eine gesicherte Position gegenüber dem Staat bieten sollte.²⁶⁵ Weil es an einer festen Grundlage fehle und ein verbindliches Wertekonzept zugunsten des rein historisch zu erklärenden Bedürfnisses des Bürgertums nach Sicherheit und stabilen, voraussehbaren Verhältnissen bei der Reflexion über das bestehende Rechtssystem immer mehr in den Hintergrund gerückt sei, wohne dem Positivismus eine gewisse Beliebigkeit inne. Je nachdem, was dem angestrebten Ziel der Sicherheit diene, überwiege mal die dezisionistische, mal die normative Seite. Daher fehle es eigentlich schon an einer wissenschaftlichen Methode.²⁶⁶

Vor allen Dingen ging Schmitt davon aus, dass der Positivismus immer überschaubare und ruhige Verhältnisse voraussetze.²⁶⁷ Schmitt sah in der nationalsozialistischen Machtergreifung eine Art permanenten Ausnahmezustand, in dem die durch eine Rechtsordnung zu regelnde tatsächliche Lage *abnorm* geworden sei,²⁶⁸ so dass das tradierte Vorverständnis bezüglich einer Norm nicht länger angewendet werden könne.²⁶⁹ Hier finden sich Anklänge an Schmitts Position zum Ausnahmezustand und seinen Begriff des Politischen, wo sich nur derjenige im politischen Prozess durchsetzen kann, der die faktische Macht auf seiner Seite hat.²⁷⁰ Hieß es früher, dass derjenige der Souverän sei, der über den Ausnahmezustand bestimmen könne,²⁷¹ wandelte sich nun die Blickrichtung. Mit der Machtübernahme der Nationalsozialisten sei eine neue, von einer »Weltanschauung« geprägte Ordnung eingeführt worden. Daher herrsche im Weltbild des liberalen 19. Jahrhunderts mittlerweile der Ausnahmezustand in dem Sinne, dass die stützenden Fundamente des liberalen Rechtsstaats gänzlich weggebro-

²⁶⁵ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 27.

²⁶⁶ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 29f.

²⁶⁷ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 26.

²⁶⁸ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 20.

²⁶⁹ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 20, 26.

²⁷⁰ Vgl. etwa Schmitt, Politische Theologie, 2. Auflage, München 1934, S. 20; erläuternd z.B. Pasquino, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, in: Müller/Staff, Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren, Frankfurt am Main 1985, S. 114ff., 115. Zur Aktualität dieser Theorie des Ausnahmezustands bei der rechtlichen Begründung der neuen internationalen Ordnung vgl. Hardt/Negri, Empire, Frankfurt am Main 2002, S. 32ff.

²⁷¹ Schmitt, Politische Theologie, 2. Auflage, München 1934, S. 11.

chen seien. Der Gesetzgeber, im Endeffekt also Hitler als Führer des Staats und der Bewegung, dessen Befehle, wie Schmitt darzulegen wusste, eine Rechtsquelle sui generis darstellen,²⁷² stehe nun außerhalb des durch ihn aufgestellten Gesetzesrechts.²⁷³

Die positivistische Methode sei – so Schmitt abschließend – nicht in der Lage über den eigenen Bereich ins „Metajuristische“ auszublicken. Dies bleibe nach Schmitt einem neuen Typus Juristen vorbehalten, der die neue Gliederung der politischen Einheit in Staat, Bewegung und Volk nachdenken könne und den liberalen Rechtsstaat – hier durchaus als Schimpfwort gebraucht – auch in Gedanken überwunden habe.²⁷⁴

Schmitt denunzierte die bestehende juristische Methodik als Produkt des liberalen Verfassungsstaates, der gerade durch die neuen Machthaber beseitigt worden war. Damit stand auch das Ergebnis fest, dass mit diesen Denkformen im wahren Sinne des Wortes kein Staat zu machen sei. Er sah diese Denkformen und mit ihnen auch alle Juristen, die unfähig seien, dies zu sehen, als nicht reformfähig an. Stattdessen entwickelte er ein neues System des rechtswissenschaftlichen Denkens, das Denken in konkreten Ordnungen.

Bescheiden stellte er sich dabei als Zwerg auf den Schultern von Riesen dar und zeigte einen Bogen von Vordenkern auf, der von Pindar über das alte germanische Recht über das deutsche Recht des Mittelalters²⁷⁵ zur Historischen Schule, über Hegel bis hin zu Hauriou führte. Er sah den deutschen Geist in einem „Abwehrkampf gegenüber einer fremden Invasion“²⁷⁶, dem individualistischen Menschenbild der Aufklärung und der Französischen Revolution.

Während das Vernunftrecht der Aufklärung das Individuum aus seiner Ordnung löste und traditionelle Institute wie die Ehe nunmehr mit den Mitteln des Vertragsrechts erklären wollte, blieben die ordnenden, konservativen Kräfte noch

²⁷² Schmitt, Der Führer schützt das Recht, in: DJZ 1934, Sp. 954, 956.

²⁷³ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 29.

²⁷⁴ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 54f.

²⁷⁵ Zur Brauchbarkeit des konkreten Ordnungsdenkens als Methode der Rechtsgeschichte - insbesondere zur Erfassung des germanischen und frühmittelalterlichen Rechtsdenkens: Schild, Das konkrete Ordnungsdenken als Methode der Rechtshistorie, in: Soliva/Senn (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Interdisziplinarität. Festschrift für Clausdieter Schott zum 65. Geburtstag, Bern 2001, S. 143, 152ff.

²⁷⁶ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 36ff.

intakt, insbesondere nannte Schmitt hier die katholische Kirche.²⁷⁷ Allerdings seien die Wirkkräfte der neuen Ideen, des „individualistischen Jakobinertums“ überwältigend. Erst Hegel²⁷⁸ habe den „deutschen Widerstand“ gegen den Individualismus mit seinem objektiven Idealismus und der sittlichen Kraft des Staates, die er gegen die „bürgerliche Vertragsgesellschaft“ anführte, auf den Punkt gebracht. Dieser Staat sei schon in sich die „konkrete Ordnung der Ordnungen“²⁷⁹, ohne den Gesetzesfunktionalismus des westlich-liberalen Vernunftrechts zu brauchen. Ein weiterer Eckpfeiler war nach Schmitt die Historische Schule, die, allen voran Savigny, die Kodifikationsbewegung lange bekämpfte.

Trotz dieser Abwehr gegen die Aufklärung habe sich der liberale Verfassungsstaat ausgebildet. Das Recht wurde zum Abwehrrecht gegen den Staat, und die Gegensätze zwischen Staat einerseits und Gesellschaft andererseits wurden dadurch gefestigt. In diesem Zusammenhang des Positivismus konnte sich daher das konkrete Ordnungsdenken nicht länger halten.

Als großen Bewahrer in diesen Zeiten machte Schmitt das Militär aus. Der liberale Verfassungsstaat geriet hier in Konflikt mit einer Ordnung, in der das wichtigste Kriterium jeder konkreten Ordnung, die Führung, zwangsläufig intakt bleiben musste, wenn nicht die Institution selbst untergehen sollte.²⁸⁰ Hier zeigte Schmitt nur eine Art historischen Überblick. In seinem Spätwerk „Völkerrechtliche Großraumordnung mit einem Interventionsverbot für raumfremde Mächte“ führte er zu diesem Punkt den Rechtsbegriff der Einheit von „Ordnung und Ordnung“ ein. Mit diesem Begriffsdoppel ist neben der reinen Ordnungsfunktion auch die Führerdezision umfasst.²⁸¹ Damit zeigte er ein System von Befehl und Gehorsam auf, das innerhalb des Gemeinwesens und damit auch im Recht, etabliert ist.

²⁷⁷ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 35.

²⁷⁸ Zur Funktionalisierung Hegels vgl. Stolleis, Carl Schmitt, in: Sattler (Hrsg.), Staat und Recht, München 1972, S. 100ff.

²⁷⁹ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 39

²⁸⁰ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 42f.

²⁸¹ Schmitt, Völkerrechtliche Großraumordnung mit einem Interventionsverbot für raumfremde Mächte, 4. Auflage, Berlin 1941, S. 81f.; ders., Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum, Köln 1950, S. 13ff.

Den Begriff des kOD selbst definierte Schmitt nur in seiner ihm eigenen Unschärfe, die als sein Markenzeichen gelten kann.²⁸²

Im bewussten Gegensatz zu den normativistischen Rechtstheorien und im vermuteten Einklang mit dem deutschrechtlichen Mittelalter in seiner ständischen Verfassung ging Schmitt mit dem kOD nicht von der Norm, die einen lebensweltlichen Sachverhalt beschreibt, aus, sondern nahm eben diese Lebenswelt als Ausgangspunkt. Ihr komme eine eigene rechtliche Substanz zu, die aus der eigenen Wirklichkeit entstehe und von Gesetzen oder anderen Normen nur unvollkommen wiedergegeben werden könne.²⁸³ Sie habe ein eigenes Wesen, was durchaus als organischer Begriff aufgefasst werden soll. Erst diese organische Ordnung definiere die „normale Situation“ und die „normalen Typen“, die die bestehenden Normen für diese Ordnung hervorbringen.²⁸⁴ Dieser normalen Situation entspricht die „situation établie“²⁸⁵ aus dem Frühwerk Schmitts, nun allerdings deutsch gewendet und in einen neuen machtpolitischen Kontext gebracht. An solchen Stellen zeigt sich, warum Schmitt es schaffte, in vier politischen Systemen seine Ideen einflussreich zu Gehör zu bringen. Er vermochte es, seine Ideen immer an den jeweils opportun erscheinenden politischen Kontext sprachlich anzupassen.

Beispielhaft erkannte Schmitt solche konkreten Ordnungen in dem Zusammenleben einer Sippe, in der Kirche oder in der Kameradschaft in einem Arbeitslager. Die konkrete Ordnung ergebe sich aus dem sozialen Miteinander von Menschen innerhalb einer Gemeinschaft. Es werde ein Zustand geschaffen, der eine gewisse Hierarchie und Gliederung notwendig erscheinen lässt, und damit ein rechtliches Sein, das gleichzeitig auch ein Sollen in sich berge. Solche Gliederungen bezeichnete er als Institutionen. Woher Schmitt die Gewissheit dieser letztlich anthropologischen Thesen nahm, legte er, bis auf die schon oben er-

²⁸² Auch Böckenförde bemerkt diese Unschärfe und billigt dem kOD eine eigenartige Zwischenstellung zwischen einer rechtsmethodischen und einer rechtsphilosophischen Theorieaussage zu, stellt aber die These auf, dass diese Unbestimmtheit den Zusammenhang zwischen Rechtsmethodik und Rechtsbegründung offen lege und zugleich die Chance der praktischen Wirksamkeit dieses Ansatzes erhöht habe. Vgl. Böckenförde, *Ordnungsdanken, konkretes*, in: Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Band 6, Darmstadt 1984, Sp. 1312.

²⁸³ Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 17.

²⁸⁴ Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 19.

²⁸⁵ Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 117.

währte Ahnenreihe und den Verweis auf das typisch Deutsche dieser Gliederung, nicht dar.

Dem sozialen Miteinander in ständischen Gliederungen kommt nach Schmitt eine ordnende Kraft durch seine bloße Faktizität zu.²⁸⁶ Die Legitimität und – wenn auch vernachlässigbar – die Legalität des so entstandenen Rechts leiten sich aus „einer überpositiven, umfassenden, totalen Ordnungseinheit“²⁸⁷ ab. Dieses metajuristische Moment ist die Ordnung, der Führerbefehl. Schmitt sah in den Begriffen Treue, Gefolgschaft, Disziplin und Ehre unumgängliche Voraussetzungen für eine konkrete Ordnung,²⁸⁸ gleichzeitig aber auch das Wesen des neuen, nach dem Führergrundsatz organisierten Staats- und Verwaltungsrechts.²⁸⁹ Der Staat, ehemals von Schmitt als der eigentliche Hort des Politischen angesehen, ist nur noch Glied in der Ordnungsreihe von Staat, Bewegung, Volk. Damit auch nur noch ein Organ durch das sich der Führerwille manifestieren kann.²⁹⁰

Durch diesen »revolutionären« Prozess der Transformierung von Staat und Gesellschaft wurde ein Ausnahmezustand geschaffen, in dem die alte Ordnung, und damit das Sinngefüge des hergebrachten Rechtsdenkens, permanent außer Kraft gesetzt ist. Das Politische drang nicht nur in die arkane Sphäre des Rechts ein, sondern die Weltanschauung bestimmte nunmehr das Recht. Der alte Staat hegelischer Prägung starb nach Schmitt mit der Machtergreifung Hitlers;²⁹¹ Hegel als Denker der Sittlichkeit des Staats gleich mit.

In einer solchen Zeit der Veränderung ist es schon zur Stabilisierung der eigenen Herrschaft unumgänglich, das bestehende Recht konform zum System umzugestalten. Als Praktiker der Macht erkannte Schmitt dies und unterstrich dabei die Rolle der Generalklauseln als Einfallstor in das liberalistische BGB.²⁹² Deren

²⁸⁶ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 31.

²⁸⁷ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 31.

²⁸⁸ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 13.

²⁸⁹ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 52.

²⁹⁰ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 55.

²⁹¹ Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 31f.; zu dem Verhältnis von Schmitt zu Hegel vgl. aber Kervegan, Politik und Vernünftigkeit. Anmerkungen zum Verhältnis zwischen Carl Schmitt und Hegel, in: Der Staat 27 (1988), S. 371ff.; Ottmann, Hegel und Carl Schmitt, in: ZfP 40 (1993), S. 233ff.

²⁹² Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 48f.

Bedeutung für die ideologische Umdeutung des Privatrechts im Dritten Reich wurde schon mehrfach, nicht zuletzt durch Rüthers, dargelegt.²⁹³ Schmitt selbst wollte das kOD ausdrücklich nicht als bloßes Instrument der Umgestaltung des bestehenden positiven Rechts verstanden wissen, sondern beharrte darauf, im kOD einen neuen Denktypus zu sehen, der das bestehende Rechtsdenken nicht reformieren, sondern ablösen sollte.²⁹⁴

Zusammenfassend kann also von einem Sichtbarwerden des Politischen, der Weltanschauung durch die Rechtsanwendung im Sinne dieses neuen Denktypus gesprochen werden. Hier blieb Schmitt seinen, in der „Politischen Theologie“ auf die Staatswissenschaft umgebildeten, konservativ-katholischen Wurzeln treu. Hinsichtlich der Rechtstheorie und des Rechtsverständnisses lassen sich zumindest Anknüpfungspunkte und Fortentwicklungen früherer Entwürfe feststellen, wenn auch der Schwenk vom Dezisionismus, angelehnt an Hobbes, hin zum kOD im engen Einverständnis mit den Nationalsozialisten nicht zu übersehen ist.

Schmitt gab die Trennung von Sein und Sollen auf. Diese unbedingte Trennung, die seinen Frühwerken axiomatisch zu Grunde lag, um die er aber auch gerungen hatte, wird durch eine Einheit von Sein und Sollen auf der Grundlage einer neuen, organischen Ordnung ersetzt. In dieser Ordnung setzt der Souverän, der Führer, durch seine – faktische – Macht Recht. In dieser neuen Ordnung, die aus der Sicht des liberalen Staatsverständnisses einen permanenten Ausnahmezustand darstellt, bedarf es der Trennung des Rechts in die Sphäre der reinen Wissenschaft und des Rechts in seiner praktischen, sozialen Funktion nicht mehr. Durch die Machtfülle, mit der nicht nur Recht umgesetzt, sondern auch neues Recht geschaffen wird,²⁹⁵ kommt dem Ausgangspunkt der schmittschen Fragestellung aus seinem Frühwerk, der Frage nach der Legitimität gesprochenen Rechts und damit des Staats selbst, keine Bedeutung mehr zu. Der Ausnahmezustand ließ diese Frage letztlich hinfällig werden. Die Dezision verlagerte sich in der Argumentationskette damit eine Stufe nach oben, womit Schmitt im Ergebnis, trotz aller völkischen Nebelkerzen, näher bei Hobbes steht als noch im Frühwerk. Allerdings zeigt sich auch, dass er bei allen Kontinuitäten mit einigen Grundprämissen, wie der Trennung von Sein und Sollen, brach, um sich und

²⁹³ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 210ff., 216ff.

²⁹⁴ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 49.

²⁹⁵ Wie schon bemerkt, erkennt Schmitt dem Führerbefehl die Eigenschaft einer überpositiven Rechtsquelle zu, vgl. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 11.

seine Lehre im Nationalsozialismus zu verorten. Diese Prämissen waren für sein Frühwerk entscheidend gewesen. Der Vorwurf, Schmitts kOD sei durch das starke Gestaltungsmoment nicht mehr als sein hergebrachter Dezisionismus, der lediglich durch das zeitgemäße nationalsozialistische Pathos kaschiert werde,²⁹⁶ zeigt sich daher im Ergebnis als zu kurz gegriffen. Es ist durchaus eine gewisse Weiterentwicklung im Denken zu sehen, die nicht nur als situativ zu werten ist²⁹⁷.

Trotz aller sichtbaren Entwicklungslinien liegt der Einwand nahe, dass sein Entwurf letztlich allein funktional zu deuten ist,²⁹⁸ also ein Gefälligkeitsprodukt darstellt, um sich dem neuen Regime anzudienen und diesem ein Instrumentarium zur Verfügung zu stellen, um – im positivistischen Sinne – auf legalem Wege die bestehende Rechtsordnung in einem politisch genehmen Sinn umzudeuten. Diese funktionale Deutung erfährt auch insoweit eine gewisse Stütze, als schon 1939 kritisiert wurde, dass Schmitt letztlich die Wertungen der Interessenjurisprudenz nur in einer neuen Verpackung präsentiere.²⁹⁹

Vor dem Hintergrund der durchaus feststellbaren Anknüpfungspunkte zu seinen früheren Werken erscheint die These, Schmitt habe in „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ im Wesentlichen nur freirechtliche Thesen unter Einarbeitung der nationalsozialistischen Weltanschauung rezipiert,³⁰⁰ wenig überzeugend. Der Beweis mag auch schwer fallen, wenn lediglich die Sprache Schmitts auf Assoziationen mit von Freirechtlern benutzten Begriffen untersucht wird. Zumal die Verbindung vom Freirecht zum völkischen Gedanken schwer fällt, weil dem Freirecht keine Ideologie zu Grunde lag. In seinem Früh-

²⁹⁶ Anderbrügge, *Völkisches Rechtsdenken*, Berlin 1978, S. 116ff.

²⁹⁷ Lege sieht in diesem institutionellen Denken einen Versuch einer ästhetischen Lösung des Problems juristischer Erkenntnis, die zwischen Naturrecht und Positivismus steht und an die Stelle der verstandesmäßigen Kritik das gefühlsmäßige Begreifen der konkreten Lebenswirklichkeit zu setzen suchte. Vgl. dazu Lege, *Pragmatismus und Jurisprudenz: über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht*, Tübingen 1999, S. 564ff.

²⁹⁸ Neumann, *Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken*, in: Rottleuthner (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983, S. 159. Sehr dezidiert: Rüthers, *Entartetes Recht*, 2. Auflage München 1989, S. 64.

²⁹⁹ Jentzsch, *Begriffsjurisprudenz im Erbhofrecht*, Stuttgart 1939, S. 3f.

³⁰⁰ So aber Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in: R. Dreier/Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt am Main 1989, S. 34, 60ff.

werk distanzierte sich Schmitt zudem auch explizit vom Freirecht.³⁰¹ Dass sich bei Schmitt

„die alte freirechtliche Sehnsucht nach dem unmittelbaren Verhältnis zu Gerechtigkeit, einem Verhältnis, daß nicht mehr gebrochen ist durch abstrakte oder gar undeutsche Begriffe“³⁰²

zeigt, erscheint in Anbetracht der Verortung Schmitts im Politischen, im Ausnahmezustand nicht unbedingt zwingend. Schmitt dachte aus der Macht heraus. Eine solche Position ist schwer mit dem romantischen Streben der Freirechtsbewegung nach Gerechtigkeit zu vereinbaren und trifft im Übrigen auch nicht das Menschenbild Schmitts. Apologetisch wurde Schmitts kOD als Versuch gedeutet, den Ordnungen auf diesem Wege eine Art Bestandsgarantie gegenüber nationalsozialistischer Willkür zu verschaffen.³⁰³ Eine solche Deutung scheint aber angesichts der unmissverständlichen Hinwendung Schmitts zum Führerprinzip und der in seinen Schriften wiederholt statuierten absoluten Gehorsamspflicht des Individuums, aber auch der jeweiligen Organe der Ordnungen, weit hergeholt.

Bei der Rezeption des schmittschen Gedankens zeigt sich abschließend, dass er keineswegs nur auf Begeisterung stieß. Zwar lag er insofern im Zeitgeist, weil er antiliberal und antisubjektivistisch war und gleichzeitig auch ein Werkzeug bot, die Weltanschauung in die Rechtswissenschaft einzubeziehen, aber auf der anderen Seite wurde gerade auch die Anlehnung an die reine Macht als nicht nationalsozialistisch empfunden.³⁰⁴ Eine Wirkungsgeschichte seiner Gedanken kann hier nicht aufgezeigt werden, allerdings ist zu würdigen, dass Schmitt mit dem Aufbrechen bisheriger Methoden eine wahre Flut losgetreten hat und sich der

³⁰¹ Vgl. dazu etwa Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912, S. 18; dort wendet er sich dagegen, den Richter allein auf Grund seines Rechtsgefühls entscheiden zu lassen.

³⁰² Behrends, *Von der Freirechtsbewegung zum konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken*, in: R. Dreier/Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, Frankfurt am Main 1989, S. 63.

³⁰³ Dazu: Neumann, *Vom Entscheidungs- zum Ordnungsdenken*, in: Rottleuthner (Hrsg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Wiesbaden 1983 S. 159.

³⁰⁴ So Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht*, Berlin 1935, S. 12:

„... bloße Macht ohne Recht wird zur Willkür. Der völkischen Auffassung, die nur eine volksverbundene Führung kennen kann, widerspricht die bloße Machtausübung eines Diktators, der ‚nur auf Bajonetten‘ sitzt. Deshalb ist in jedem Kulturstaat und besonders im völkischen Staate das Recht ein eigener Wert, ohne den eine fruchtbare politische Gestaltung nicht möglich ist.“

Koellreutter war sicher nicht eines liberalen Rechtsstaatsbegriffs verdächtig. Hier zeigt sich vielmehr das Konkurrenzverhältnis, in dem er zu Schmitt stand. Zu seinen Motiven, gegen Schmitt zu opponieren vgl. Rütters, *Carl Schmitt im Dritten Reich*, München 1989, S. 66ff.

Begriff des Ordnungsdenkens als fester Bestand – wenn auch nicht immer in dem von Schmitt entwickelten Sinne – in der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft etablieren konnte. In der Rechtsprechung schlug sich das kOD nicht sofort nieder. Allerdings fanden die Einrichtung der zahlreichen Standes- und Spezialgerichte und die Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit ihre theoretische Begründung im kOD.³⁰⁵

2. Karl Larenz

Karl Larenz war ein weiterer wichtiger Jurist und Rechtsphilosoph in der hier interessierenden Zeit. Seine Theorien zum völkischen Recht, insbesondere die von ihm entwickelten konkret-abstrakten Begriffe lehnen sich stark an Schmitts kOD an, sind aber im Gegensatz zu dessen gewohnt vagen Formulierungen als einheitliches methodisches System zu erkennen. Anders als Schmitt war er vornehmlich Wissenschaftler und nicht an der persönlichen Nähe zur Macht interessiert. Im Übrigen liegt auch ein biografischer Gegensatz vor. Schmitt war 1933 schon etabliert und konnte auf eine Reihe von Veröffentlichungen zurückblicken, die in der wissenschaftlichen Gemeinschaft zumindest diskutiert wurden. Larenz hingegen war zu diesem Zeitpunkt kaum 30 Jahre alt und hatte seine wissenschaftliche Karriere noch vor sich. Als weiteres Handikap hatte er damit zu kämpfen, kein zweites Staatsexamen gemacht zu haben,³⁰⁶ war also auf den wissenschaftlichen Erfolg angewiesen. In gewisser Weise ist Larenz der Typus des jungen und ehrgeizigen Wissenschaftlers, der sich an einem Scheidepunkt seiner wissenschaftlichen Karriere von den politischen Verhältnissen überrollt sah. So waren es auch überwiegend junge Dozenten wie Larenz, die an die Kieler Universität gerufen wurden, um vor allem an der juristischen Fakultät als »Stoßtrupp« zu wirken und so die wissenschaftliche Diskussion im Sinne des Nationalsozialismus zu beeinflussen.

³⁰⁵ Vgl. Tigges, Die Stellung des Richters im modernen Staat, Berlin 1935, S. 167ff.

³⁰⁶ Kokert, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, in: ZNR 1996, 23, 41.

a) Biografischer Abriss

Larenz ist am 23. April 1903 in Wesel geboren und studierte Rechtswissenschaften, Volkswirtschaft und Geschichte zunächst in Berlin, dann in Marburg und München. Später wurde er auf den in Göttingen lehrenden Julius Binder aufmerksam gemacht und wechselte dorthin. Nach dem 1. Staatsexamen promovierte er 1926 bei Binder in Göttingen über das Thema „Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung“³⁰⁷ und habilitierte sich dort zwei Jahre später,³⁰⁸ ohne das 2. Examen abzulegen. 1929 erhielt er dort eine Privatdozentenstelle und nahm 1931/32 in Bonn eine Lehrstuhlvertretung wahr.³⁰⁹ 1933 erhielt er einen Ruf an die Kieler Christian-Albrechts-Universität. Zunächst als Lehrstuhlvertretung für den 1933 „beurlaubten“ Prof. Husserl.³¹⁰ Husserl kann als Hauptvertreter der phänomenologischen Richtung in der Weimarer (Rechts-)Philosophie angesehen werden, die von Larenz, gerade in seinem Frühwerk aus der Göttinger Zeit ebenso wie die neukantianische Richtung bekämpft wurde.³¹¹ Am 28. Oktober 1933 wurde er zum ordentlichen Professor ernannt³¹² und erhielt einen Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsphilosophie. 1942 wurde er Leiter des Instituts für Rechtsphilosophie.³¹³ Nach dem Krieg blieb er in Kiel, wenn er auch für eine Zeit von seiner Lehrtätigkeit suspendiert war,³¹⁴ und folgte erst 1960 einem Ruf nach München, wo er bis zu sei-

³⁰⁷ Leipzig 1927.

³⁰⁸ Der Titel der Arbeit ist: „Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts“, Leipzig 1930.

³⁰⁹ Vgl. zu dazu Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 23ff.

³¹⁰ Gerhart Husserl, geb. 1893, Sohn des Philosophen Edmund Husserl. Am 29.4.1933 von seiner Professur in Kiel beurlaubt, da er zwar jüdischer Abstammung war, aber als Frontkämpfer noch unter das Privileg des § 3 des Berufsbeamtengesetzes fiel, später nach Göttingen, dann Frankfurt versetzt. 1936 emigrierte er in die USA, vgl. Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“, 2. Auflage, München 1990, S. 341. Zu den Umständen seiner Entfernung aus der Kieler Juristischen Fakultät vgl. Halfmann, Eine „Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter“: Die Juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: Becker/Dahms/Wegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. Auflage, München 1998, S. 102, 109.

³¹¹ Vgl. dazu Hartmann, Das methodologische Denken bei Karl Larenz, Frankfurt am Main 2001, S. 17f.

³¹² Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 26.

³¹³ Weitere Nachweise dazu bei Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 35.

³¹⁴ Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 46ff.

ner Emeritierung 1971 tätig war. Er starb 1993.³¹⁵ Neben seinen Lehrbüchern zum Allgemeinen Teil des BGB und des Schuldrechts ist vor allem seine „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“³¹⁶ von Bedeutung.

aa) Julius Binder als akademischer Lehrer von Larenz

Für ein Eindringen in das larenzsche Denken ist als Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass Larenz – wie übrigens Martin Busse³¹⁷ auch – Schüler von Julius Binder war. Dieses Schüler-Lehrer-Verhältnis kühlte, zumindest ab 1933, dem Jahr der Berufung Larenz' nach Kiel, merklich ab.³¹⁸ Dies zeigte sich auch daran, dass er bei seiner politischen Positionsbestimmung nicht mehr allein auf Binder, vor allem auf dessen „Philosophie des Rechts“ Bezug nahm, sondern immer mehr Hegel zum Ausgangspunkt seiner eigenen Gedanken machte.³¹⁹ Trotzdem war sein akademischer Lehrer, auch hinsichtlich des (rechts)politischen Programms, prägend. Binder wurde 1870 in Würzburg geboren. Nach dem Jurastudium in Würzburg und München habilitierte er 1898. Anschließend lehrte er in Rostock, Erlangen, Würzburg und Göttingen, wo er 1936 emeritiert wurde und 1939 verstarb.³²⁰

Binder vertrat schon 1925 in seiner „Philosophie des Rechts“ die Ansicht, dass der Versailler Vertrag – wenn nötig durch einen neuen Krieg – revidiert werden³²¹ und die demokratische Verfassung, der Liberalismus und der Sozialismus abgeschafft werden müssten.³²² Nach eigener Aussage ordnete er sich parteipoli-

³¹⁵ Vgl. die Nachrufe von Canaris, Karl Larenz, in: JZ 1993, S. 404ff.; Diederichsen, Karl Larenz, in: NJW 1993, S. 902ff.; R. Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, in: JZ 1993, S. 454ff.

³¹⁶ Von 1960 bis 1991 in 6 Auflagen. Das Werk wird inzwischen von Canaris betreut. Larenz hat seine Positionen in den Auflagen wesentlich revidiert. Dabei lässt sich durchaus ein direkter Zusammenhang mit den Auseinandersetzungen erkennen, die sich in der Bundesrepublik wegen seiner Rolle im Nationalsozialismus ergaben. Daher wird es im Verlauf der Untersuchung erforderlich, aus verschiedenen Auflagen zu zitieren. Dies wird jeweils kenntlich gemacht.

³¹⁷ Siehe dazu auch: Binder/Busse/Larenz, Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, Berlin 1931.

³¹⁸ Kokert, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, in: ZNR 1996, S. 23, 25.

³¹⁹ Holstein/Larenz, Staatsphilosophie, München 1933, S. 187.

³²⁰ Für einen biografischen Abriss vgl. R. Dreier, Julius Binder (1870-1939), in: ders., Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt am Main 1991, S. 142, 144.

³²¹ Binder, Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 641 RN 40.

³²² Binder, Philosophie des Rechts, Berlin 1925, S. 301ff., 432, 536f.

tisch als deutschnational ein³²³ und war zuvor in Würzburg zwischen 1916 und 1919 Vorsitzender der Nationalliberalen Partei. Nach dem Ersten Weltkrieg wurde er Mitglied des antisemitischen Alldutschen Verbands.³²⁴ In rechtsphilosophischer Hinsicht war Binder ein erklärter Gegner des in Deutschland vorherrschenden Positivismus und Vertreter eines objektiven Idealismus, wenn er auch diese Position erst seit der Mitte der zwanziger Jahre vertrat und vorher Kant als Bezugspunkt für seine Rechtsphilosophie benannt hatte.³²⁵

Im Gegensatz aber zu den anderen Vertretern des Neuhegelianismus, wie gerade Binder, aber auch Schönfeld und Dulckheit, der im Übrigen ebenfalls ein Schüler Binders war,³²⁶ versuchte Larenz, sich nicht allein auf eine reine Rechtsphilosophie zu beschränken, sondern diese auf konkrete juristische Probleme anzuwenden und seine Positionen zu einer Methodenlehre auszubauen.³²⁷ Binder hingegen erfuhr zunehmend Widerspruch. Im nationalsozialistischen Kontext wurde kritisiert, seine Lehre sei zwar autoritär, berücksichtige aber nicht das Führerprinzip als grundsätzlich neue Qualität des nationalsozialistischen Staates.³²⁸ Auch im Kreis der Neuhegelianer erfuhr er zunehmend Ablehnung. Schönfeld etwa rechnete mit Binder scharf ab und führte an, dieser habe Hegel

³²³ Halfmann, Eine „Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter“: Die Juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: - Becker/Dahms/Wegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. Auflage, München 1998, S. 102, 104f.

³²⁴ Halfmann, Eine „Pflanzstätte bester nationalsozialistischer Rechtsgelehrter“: Die Juristische Abteilung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, in: - Becker/Dahms/Wegeler (Hrsg.), Die Universität Göttingen unter dem Nationalsozialismus, 2. Auflage, München 1998, S. 102, 104f.

³²⁵ Vgl. etwa Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, Leipzig 1915, S. VIII. Eine eingehendere Untersuchung des Verhältnisses Binders zu Hegel findet sich bei Mährlein, Volksgeist und Recht, Würzburg 2000, S. 163f.

³²⁶ Vgl. R. Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, in: JZ 1993, S. 454, 457.

³²⁷ Dies zeigen z.B. seine Schriften zur Theorie des Vertrages, etwa: Larenz, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, Leipzig 1930, insb. S. 91ff., wo er die begriffsjuristische Annahme von Fiktionen zugunsten ergänzender Vertragsauslegung zurückdrängen will. Zu dieser Motivationslage vgl. auch Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 263.

³²⁸ R. Dreier, Julius Binder (1870-1939), in: ders., Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt am Main 1991, S. 142, 161f.

nicht verstanden.³²⁹ Beispiele für eine zunehmende Verstiegtheit Binders in die eigenen Theorien finden sich bei Mährlein.³³⁰

bb) Larenz im Kontext der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft

Eine Bewertung der Wirksamkeit der larenzschen Lehren lässt sich nur in einer Gesamtschau des publizistischen und wissenschaftlichen Umfelds unternehmen, in dem Larenz während des Nationalsozialismus stand. Eine bedeutende Rolle spielt dabei die Kieler Universität und insbesondere deren Juristische Fakultät. Nach der Machtergreifung des Nationalsozialismus wurde es als vordringliche Aufgabe angesehen, den wissenschaftlichen Nachwuchs ideologisch zu festigen. In diesem Sinne sollten gerade die »Grenzlanduniversitäten« im Norden und -Osten, also Kiel, Breslau und Königsberg, geistige Zentren für ideologisch zuverlässige Wissenschaftler sein. Gerade Kiel war dabei ausersehen, als »politischer Stoßtrupp«³³¹ zu wirken. Nach einer ministeriellen Erklärung sollte der juristische Nachwuchs diese Studienorte bevorzugen.³³² Das Ziel solcher »nationalsozialistischen Universitäten« sollte sein, die alten und traditionsreichen Universitäten, die sich in einem gewissen Maße durch ihre institutionelle Trägheit dem direkten Zugriff der Nationalsozialisten entziehen konnten, von außen zu beeinflussen. In diesem Sinne wurde von dem damaligen Kieler Dekan Predöhl am 15. Juni 1933 ein Vorschlag zur Besetzung der Lehrstühle eingereicht, die im Zuge der Entfernung jüdischer und politisch als unzuverlässig angesehener Professoren frei geworden waren. Dieser Vorschlag beinhaltete die Berufung Eckhardts³³³, Larenz', Bentes, Hubers sowie Dahms. Bemerkenswert ist dabei, dass einzig bei Dahm ein Dreivorschlag eingereicht wurde, die übrigen Kan-

³²⁹ Schönfeld, Der absolute Idealismus Julius Binders im Lichte Hegels, in: ZStaatsW 98 (1938), S. 54, 106.

³³⁰ Mährlein, Volksgeist und Recht, Würzburg 2000, S. 185.

³³¹ So auch die hauptsächlich von Eckhardt zu verantwortenden Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft, in: DJZ 1935, Sp. 167f. Vgl. dazu auch Döhring, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Jordan (Hrsg.), Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665-1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965, S. 206.; Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 26ff.

³³² Eckhardt, Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft, in: DJZ 1935, Sp. 167, 169 (Leitsatz IV.2).

³³³ Vgl. zu ihm v.a. Nehlsen, In memoriam Karl August Eckhardt, in: ZRG GA 104 (1987), S. 497ff., der insbesondere auf dessen Rolle im nationalsozialistischen Wissenschaftsbetrieb einging.

didaten entgegen der bisherigen Praxis als Einzelvorschläge genannt wurden.³³⁴ Später wurden noch Siebert, Michaelis, Schaffstein, Ritterbusch und Busse nach Kiel berufen.³³⁵ Zu der so genannten „Kieler Schule“ lässt sich außer den Genannten auch Wieacker zählen, der zur damaligen Zeit ebenfalls ein junger Privatdozent war, der auf seine Chance wartete und den Zielen des Nationalsozialismus auch in rechtswissenschaftlicher Hinsicht durchaus aufgeschlossen gegenüberstand.³³⁶ Vor allem Eckhardt und Ritterbusch waren aber nicht nur wissenschaftlich aktiv, sondern sorgten auch durch ihre administrativen Tätigkeiten für eine Umgestaltung der Rechtswissenschaft im Sinne des Nationalsozialismus. Eckhardt war seit 1934 Referent im Reichsjustizministerium für die Fächer Germanische Rechtsgeschichte, Familienrecht und Familienforschung. Nach 1935 wurde er Referent in der Hochschulabteilung des Reichs- und Preußischen Ministeriums für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung für die Fächer Recht, Staat, Politik, Wirtschaft und Geschichte und nahm dort maßgeblich Einfluss auf die Studienreform in den juristischen Fächern von 1935,³³⁷ die auch didaktisch maßgeblich von den Kieler Professoren vorbereitet und begleitet wurde.

Inhaltlich stand die Kieler Schule vor allem dafür, überkommene Denkgewohnheiten in der Rechtswissenschaft, insbesondere solche, die ihren Ursprung in der Begriffsjurisprudenz hatten, in Frage zu stellen und konsequent für eine Neuorientierung der Rechtswissenschaft an den real vorgefundenen Strukturen einzutreten, was die Anerkennung des Primats der nationalsozialistischen Weltanschauung mit einschloss. Dieses Selbstverständnis geht auch aus dem Vorwort Larenz' zu der als Gemeinschaftswerk herausgegebenen Untersuchung „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft“ hervor:

„Es ist die gemeinsame Überzeugung der Mitarbeiter dieses Bandes, daß die deutsche Rechtswissenschaft an einem Wendepunkt ihrer Entwicklung steht, daß sie von Grund auf neu zu beginnen hat, daß sie aber auch berufen ist, voranzugehen in dem Ringen unserer Zeit um das artgemäße deutsche Rechtsdenken, das »konkret« und »ganzheitlich« zugleich ist.“³³⁸

³³⁴ Vgl. dazu Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 27.

³³⁵ Vgl. Döring, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Jordan (Hrsg.) Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665-1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965, S. 206ff.

³³⁶ Vgl. dazu auch seine Selbsteinschätzung in: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Nachdruck der 2. Auflage Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 515 FN 1; sowie ders., Wandlungen der Eigentumsverfassung – Revisited, in: Quaderni Fiorentini 1976/77, S. 841ff.

³³⁷ Nehlsen, In memoriam Karl August Eckhardt, in: ZRG GA 104 (1987), S. 497, 503f.

³³⁸ Larenz in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, Vorwort.

Eine abschließende Bewertung der Bedeutung der Kieler Schule erscheint schwierig, da sie zur damaligen Zeit nicht immer als eine einheitliche Richtung innerhalb der Rechtswissenschaft angesehen wurde, so dass auch kein einheitliches Urteil gefällt werden kann. Einzig Heinrich Lange nahm als Zeitgenosse zu der Bedeutung der Kieler Schule Stellung.³³⁹ Allerdings sind seine Aussagen kritisch zu hinterfragen, da er als Mitglied der Akademie für Deutsches Recht in einer Konkurrenzsituation zu den Kielern stand.³⁴⁰ Dies relativiert vor allem seine Aussage zu den Rivalitäten der Angehörigen der Kieler Schule mit der Akademie für Deutsches Recht.³⁴¹ Er bezeichnete den Einfluss dieser Gruppe im Rückblick als nicht sehr groß,³⁴² da sie eher dem NS-Juristenbund nahe stünden, der sich die Durchdringung des gesamten Rechtsstandes zur Aufgabe gemacht und daher mehr im Grundsätzlichen gewirkt habe, wohingegen die Akademie eher einen direkten Einfluss auf Rechtsprechung und Rechtslehre gehabt habe. Eine solche Konkurrenzsituation mit dem Ergebnis einer faktischen Arbeitsteilung wird so nicht bestanden haben,³⁴³ zumal etwa Dahm und Siebert als Kieler Professoren selbst Akademiemitglieder waren.³⁴⁴ Im weiteren Verlauf wurden die Übergänge zwischen diesen beiden nationalsozialistischen Institutionen zunehmend fließender, da sich nach dem Kriegsbeginn die Personalknappheit deutlich bemerkbar machte. Auch Larenz war nach 1939 an den Arbeiten der Akademie beteiligt und nahm an den Verhandlungen des Ausschusses für Schadensersatzrecht teil.³⁴⁵ In dieser Zeit beschäftigte sich der Ausschuss vor allem mit dem Recht der Leistungsstörungen. Konzeptionell baute die Ausschussarbeit auf einem Entwurf von Stoll aus dem Jahre 1936 auf.³⁴⁶ Auf der Grundlage und in

³³⁹ Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941.

³⁴⁰ Lange, Jahrgang 1900 und somit nur unwesentlich älter als Larenz, war seit 1934 ordentlicher Universitätsprofessor in Breslau und Mitglied in der Akademie des Deutschen Rechts, Kürschners Gelehrtenkalender 1935, Sp. 775.

³⁴¹ Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 17f.

³⁴² Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 15.

³⁴³ In diesem Sinne auch Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 32f.

³⁴⁴ Pichinot, Die Akademie für Deutsches Recht – Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches, Kiel 1981, Anhang III.

³⁴⁵ Protokolle der Sitzungen vom 5.-7.9.1940, 25.-26.11.1940 sowie 26.-29.4.1941, bei: Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 5, Berlin 1993, S. 1ff., 114ff., 193ff.

³⁴⁶ Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 5, Berlin 1993, S. X.

kritischer Auseinandersetzung mit dieser Arbeit hatte Larenz in seinem Referat dem Ausschuss einen Gesetzesentwurf vorgestellt und konnte dabei im Laufe der Beratungen seine Gesamtkonzeption gegen den Widerstand des Reichsjustizministeriums im Wesentlichen durchsetzen.³⁴⁷ In der Sache ging es um die Schaffung eines allgemeinen Haftungstatbestands für Pflichtverletzungen, unter den etwa eine Haftung aus *cic.* fallen sollte. Daneben sollten besondere Haftungstatbestände, etwa wegen Schuldnerverzuges, geschaffen werden. Zusätzlich sah der Entwurf eine positiv normierte Regelung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage vor.³⁴⁸

Ein weiterer Aspekt des Selbstverständnisses der Kieler Schule war die Einrichtung von Schulungslagern für den akademischen Nachwuchs. Die Reichshabilitationsordnung vom 13. Dezember 1934 sah vor, dass die Habilitanden neben der wissenschaftlichen Befähigung auch ihre persönliche und charakterliche Eignung unter Beweis zu stellen hatten. Diese Prüfung wurde dabei nicht den Universitäten überlassen, sondern es wurde verlangt, dass die Bewerber ihre Eignung durch Absolvierung eines mehrmonatigen Kurses bei der Dozentenakademie oder durch Aufenthalt in Wehrsport- oder Arbeitslagern nachweisen mussten.³⁴⁹ Am 9. März 1934 entstand in Kitzberg bei Kiel die erste preußische Dozentenakademie.

Im Sinne einer Durchdringung gerade des akademischen Nachwuchses mit den Idealen des Nationalsozialismus hatte Eckhardt 1935 vom Reichswissenschaftsminister Rust und dem Reichsjuristenführer Frank den Auftrag erhalten, an diesem Ort ein Gemeinschaftslager für den akademischen Nachwuchs zu organisieren,

*„um in kameradschaftlicher Zusammenarbeit mit ihnen nach einer klaren Linie in unserem Kampf um eine neue, vom nationalsozialistischen Geist getragene deutsche Rechtswissenschaft zu suchen“.*³⁵⁰

Die Dozenten dieses Lagers waren die Kieler Dahm, Huber, Larenz, Michaelis, Schaffstein, Siebert sowie Busse, Henkel, Höhn, Lange, Maunz, Thieme, Wiea-

³⁴⁷ Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 5, Berlin 1993, S. XI.

³⁴⁸ Schubert (Hrsg.), Akademie für Deutsches Recht. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 5, Berlin 1993, S. XI f.

³⁴⁹ Vgl. dazu Döhring, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Jordan (Hrsg.), Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665-1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965, S. 204.

³⁵⁰ Eckhardt, Zum Geleit, in: DRW I (1936), S. 3f. In diesem Band der DRW und in Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, sind vor allem die Aufsätze der damaligen Dozenten des Lagers gesammelt.

cker, Würdinger und Ritterbusch.³⁵¹ Dort wurden die Gedanken entwickelt, die nach dem Willen der Autoren die totale Umdeutung der Stellung des Individuums innerhalb der Volksgemeinschaft einleiten sollten.

Neben diesen Aktivitäten war das publizistische Werk Larenz in dieser Zeit äußerst umfangreich,³⁵² wobei der größte Anteil aus Aufsätzen besteht.³⁵³ Dabei erschienen nur relativ wenige Beiträge in der DRW (4) und den Kieler Blättern (2), die als Hauptorgane der Kieler Schule gelten können. Allerdings war Larenz seit Ende 1934 zusammen mit dem Philosophen Glockner Mitherausgeber der „Deutschen Zeitschrift für Kulturphilosophie“ (ZDK). Die ZDK trat die Nachfolge der 1910 gegründeten Zeitschrift Logos an, deren Herausgeber seit 1927 der Philosoph Kroner war, der infolge seiner jüdischen Abstammung als nicht länger tragbar empfunden wurde. Mit Unterstützung Binders bemühte sich Larenz erfolgreich um dessen Nachfolge.³⁵⁴ Insgesamt lieferte Larenz 13 Beiträge für diese Zeitschrift ab und machte schon im Editorial des ersten Bandes der neuen Folge von 1935 zusammen mit Glockner deutlich, dass fortan die Zeitschrift auf dem Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung stehen sollte.³⁵⁵ Daneben lieferte er noch zahlreiche Beiträge für die von Frank geführte Zeitschrift Deutsches Recht (DR) ab (28).³⁵⁶

Ein weiterer Eckpunkt seiner wissenschaftlichen, aber auch ideologischen Arbeit in seiner Kieler Zeit bis 1945 stellt die Arbeit an dem 1936 und 1937 in zwei Teilbänden erschienenen Werk „Vertrag und Unrecht“³⁵⁷ dar. Die Entste-

³⁵¹ Nach Rüthers, *Entartetes Recht*, 2. Auflage, München 1989, S. 42. Entgegen Rüthers war Busse zu dieser Zeit noch nicht Mitglied der Kieler juristischen Fakultät, sondern wurde erst 1937 berufen. Wieacker war ebenfalls kein Mitglied dieser Fakultät, sondern damals noch in Freiburg i. Br., vgl. Kürschners *Gelehrtenkalender* 1940/41, Sp. 236 bzw. 1086.

³⁵² Frassek benennt zwischen Ende der 1920er Jahre und 1945 102 Publikationen, vgl. ders., *Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht*, Baden-Baden 1996, S. 37.

³⁵³ Frassek, *Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht*, Baden-Baden 1996, S. 38 zählt hier 85 Publikationen.

³⁵⁴ Zu den Vorgängen Frassek, *Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht*, Baden-Baden 1996, S. 39f. m.w.N.

³⁵⁵ Vorwort zu ZDK I (1935)

³⁵⁶ Eine ausführliche Bibliografie der Schriften Larenz findet sich bei Frassek, *Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht*, Baden-Baden 1996, S. 189ff., und Hartmann, *Das methodologische Denken bei Karl Larenz*, Frankfurt am Main 2001, S. 93ff.

³⁵⁷ 1. Auflage, Hamburg 1936/1937. Eine zweite Auflage wurde bis 1944 von Larenz besorgt. Der gesamte Bestand dieses Werkes wurde 1944 bei einem Luftangriff zerstört. Nach Frassek ist lediglich ein ungebundenes Exemplar dieser Auflage bei Larenz selbst verblieben, vgl. ders., *Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht*, Baden-Baden 1996, S. 42. Zu einem Nachdruck kam es nicht mehr. Einer Selbstauskunft Larenz' Frassek ge-

hung und Bedeutung dieses Grundrisses ist nur im Zusammenhang mit der 1935 von Eckhardt gegen massiven Widerstand durchgesetzten Studienreform im Bereich der Rechtswissenschaften³⁵⁸ verständlich. Durch diese Reform sollte vor allem eine Anpassung des juristischen Lernstoffs und der dazugehörigen Vorlesungen an die Vorstellungen Eckhardts erreicht werden. Dies beinhaltete vornehmlich eine Organisation des Stoffs, die sich nicht an der Systematik des BGB, sondern an den konkreten Lebensbereichen orientieren sollte.³⁵⁹ Dabei wurde, um den Studierenden Hinweise für die Wichtigkeit einer bestimmten Vorlesung geben zu können, ein Bewertungssystem anhand von Sternen eingeführt. Wichtige Vorlesungen erhielten zwei Sterne, weniger wichtige nur einen. Weiter enthielt der Studienplan Vorschriften, wann welche Vorlesungen zu hören waren. Die Reform sollte vor allem eine Ausrichtung der Lehre an der nationalsozialistischen Weltanschauung erreichen und die klassische Scheidung des Privatrechts vom öffentlichen Recht niederreißen. Sie blieb jedoch nicht unumstritten. Überzeugte Nationalsozialisten wie etwa Höhn lobten die Studienordnung, da sie sich der Vermittlung völkischer Grundlagen schon zu Beginn des Studiums verschrieben hat und den Studierenden schon nach zwei Semestern die Möglichkeit bietet

„auf völkischer Basis deutsches Recht beurteilen und fremdes Recht erkennen“³⁶⁰

zu können. Auf der anderen Seite wurde die neue Studienordnung insbesondere wegen der Aufteilung des Stoffs auf die einzelnen Vorlesungen und über die Semester angegriffen.³⁶¹ Vor allem die Vorlesung „Vertrag und Unrecht“ wurde anscheinend als unbefriedigend empfunden, da die Eingrenzung des Stoffs den Kritikern allzu willkürlich erschien. Dieser Kritik begegnete von Schwerin mit dem Einwand, dass die Reform dort am heftigsten angegriffen werde, wo sie

genüber griff er bei der Ausarbeitung seines Schuldrechtslehrbuchs auf dieses Werk zurück.

³⁵⁸ Zur Geschichte dieses Projekts vgl. Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: ZRG GA 111 (1994), S. 564, 565f.

³⁵⁹ Beispiele für diese Neugliederung sind die Vorlesungen Familie, Familienerbe, Vertrag und Unrecht, Ware und Geld. Daneben sollten für bestimmte Rechts- und Lebensbereiche selbstständige Vorlesungen gehalten werden (Volk und Staat, Volk und Rasse, Volkskunde, Sippenforschung, Bauer), vgl. dazu die Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft, in: DJZ 1935, Sp. 167, 169.

³⁶⁰ Höhn, Die neue Studienordnung für Rechtswissenschaft im Rahmen der Universitätsreform, in: DR 1935, S. 51.

³⁶¹ Vgl. eine Verteidigung der Studienordnung durch von Schwerin, der selbst Mitglied des Studienausschusses der Akademie für Deutsches Recht war, Studienreform und Rechtsreform, in: ZakDR 37, S. 455.

sich am weitesten vom hergebrachten Pandektensystem und der Gliederung des BGB entferne. Dadurch wurde der Vorwurf an die Kritiker konstruiert, dass sie noch nicht in dem neuen System angekommen seien. Allerdings hat auch von Schwerin einige Punkte der Studienordnung kritisiert.³⁶²

Im Zuge der Auseinandersetzung um die Studienordnung wurde 1938 von der Akademie für Deutsches Recht ein Ausschuss eingesetzt, der einen Reformentwurf für das juristische Studium erarbeitete, der in wesentlichen Teilen die Reform von 1935 zurücknehmen sollte.³⁶³ Die Kieler Professoren meldeten sich bei dieser Diskussion um die Reformbedürftigkeit der Studienreform von 1935 mit einer eigenen Stellungnahme zu Wort, um das Projekt zu unterstützen. Bei dieser Stellungnahme standen Larenz und der seit 1937 ebenfalls in Kiel lehrende Busse³⁶⁴ an prominenter Stelle. Wie Frassek aus dem Aktenbestand der Universität Kiel rekonstruierte, ging der ursprüngliche Entwurf auf diese zwei zurück.³⁶⁵ In einer zweiten Stufe wurde eine Reinschrift dieses Entwurfs unter der Überschrift „Stellungnahme der Fachgruppe Rechtswissenschaft in der Reichsleitung des NSD.-Dozentenbundes zu dem Akademieplan einer neuen rechtswissenschaftlichen Studienordnung“ angefertigt. Eine überarbeitete dritte Fassung, die mit 14 Schreibmaschinenseiten doppelt so umfangreich wie der ursprüngliche Entwurf der Stellungnahme war, trug schließlich den Titel „Der Aufbau des Rechtsstudiums – Stellungnahme zum Studienplan-Entwurf der Akademie für Deutsches Recht“.³⁶⁶ Darin wird dargelegt, der bisherige Aufbau des juristischen Studiums sei im Wesentlichen am Pandektenrecht des 19. Jahrhunderts orientiert und betone zu sehr das Konzept der subjektiven Rechte. Dieser Ansatz erscheine im Nationalsozialismus nicht mehr tragbar, und daher sei die Studienreform von 1935 zu unterstützen, da sie auf den Grundgedanken des völkischen Rechts aufbaue. Neben diesen weltanschaulichen Vorzügen führe die Studienreform didaktisch zu besseren und lebensnaheren Ergebnissen. Gerade die Vorlesung „Vertrag und Unrecht“ sei geeignet, in einer organischen und »dynamischen« Weise das Schicksal eines Schuldverhältnisses nachzuzeichnen. Dieser Ansatz sei nicht mehr möglich, wenn zu der Systematik des BGB zu-

³⁶² von Schwerin, Studienreform und Rechtsreform, in: ZAkDR 37, S. 455.

³⁶³ Vgl. dazu ausführlich Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: ZRG GA 111 (1994), S. 564, 572ff.

³⁶⁴ Vgl. zu ihm Seite 179ff.

³⁶⁵ Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 55.

³⁶⁶ Diese Stellungnahme blieb unveröffentlicht. Das Original befindet sich im Bestand des Schleswig-Holsteinischen Landesarchivs, Abt. 47, Nr. 2047. Abgedruckt ist sie als Anhang zu Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: ZRG GA 111 (1994), S. 564, 586ff.

rückgekehrt werde. Insgesamt kommt die Stellungnahme zu einem eindeutigen Urteil hinsichtlich der Reformbestrebungen der Akademie:

„Alle Änderungen des APl.[Akademieplan, d. Verf.] gegenüber der StR [Studienreform, d. Verf.] weisen so in dieselbe Richtung: Zurückdrängung und Ausschaltung der Vorlesungen, in denen die weltanschaulichen Grundlagen zur Darstellung gebracht werden; Wiederherstellung und stärkste Betonung des alten „Zivilrechts“; Rückkehr zum BGB-System und zum römischen Recht; Rückkehr zum Positivismus! Das alles kennzeichnet den Plan als wissenschaftsreaktionär.

In der Frage des Aufbaus des Studiums darf es für die Verfechter der neuen Rechtsauffassung keinen Kompromiß geben. Von welcher Seite her der Student im 1. Semester an das Recht herangeführt wird, ob von der Seite des römischen Rechtes und eines abstrakt gedachten allgemeinen Teils des Zivilrechts oder von einer konkreten Gemeinschaftsordnung, wie der Familie, und den weltanschaulichen Grundlagen nationalsozialistischer Rechts- und Staatsauffassung her, das ist für die innere Einstellung des jungen Studenten von entscheidender Bedeutung. So wie heute der Student das Recht ansehen lernt, so sieht es in 10 Jahren der deutsche Rechtswahrer! Entscheidend ist, wo künftig die Einheit des Rechtsstudiums gefunden werden soll, ob in einem ‚allgemeinen Teil‘ oder in den Vorlesungen, die die weltanschaulichen Grundlagen zum Gegenstand haben!“³⁶⁷

In diesem Kontext erscheint nicht nur die Stellungnahme selbst, sondern auch die Tatsache, dass Larenz es unternahm, einen Grundriss zu schreiben, der sich exakt an die durch die neue Studienordnung vorgegebenen Ziele und ihre stoffliche Gliederung hält, eine zumindest hochschulpolitische Äußerung. Das Bedürfnis nach solchen Grundrissen erklärt sich damit, dass durch die Reform von 1935 zwar die Studienordnung im Sinne Eckhardts geändert worden war, die juristische Abschlussprüfung aber nach wie vor in der Hand der Justizverwaltung blieb, die sich noch an den alten Strukturen orientierte.³⁶⁸ Dies führte dazu, dass sich die Studierenden vermehrt Repetitorien zuwandten und deren Skripten durcharbeiteten.³⁶⁹ Diesem „Misstand“ sollte durch eine vermehrte Verbreitung kurzer, aber wissenschaftlicher Grundrisse abgeholfen werden. Dabei konkurrierten vor allem die Schriftenreihe „Grundzüge der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften“³⁷⁰ der Hanseatischen Verlagsanstalt mit den „Grundrissen des Deutschen Rechts“ aus dem Mohr Verlag. Die Kieler Autoren waren der Hanse-

³⁶⁷ Seite 11 der Stellungnahme, abgedruckt bei Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: ZRG GA 111 (1994), S. 564, 590.

³⁶⁸ Vgl. dazu Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 16.

³⁶⁹ Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 16.

³⁷⁰ Eine Auflistung der bis 1943 erschienenen Bände dieser Reihe findet sich bei Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 41 FN 122.

atischen Verlagsanstalt verpflichtet. Eine eingehende Würdigung von „Vertrag und Unrecht“, auch unter Berücksichtigung der nicht mehr in den Handel gelangten zweiten Auflage, findet sich bei Frassek,³⁷¹ wo dargelegt wird, wie Larenz seine Konzeption der subjektiven Rechte³⁷² umfassend in eine systematische Darstellung des Schuldrechts insgesamt einzubringen versuchte.³⁷³

Mit Beginn des Krieges sind die Bemühungen um eine Reform der juristischen Ausbildung im Sande verlaufen. Unter Berücksichtigung der gefundenen Ergebnisse kann jedenfalls gesagt werden, dass Larenz sich zwar nicht direkt in Kontakt zu den unmittelbaren Machthabern begab, aber durch seine Zugehörigkeit zur Kieler Schule, die jedenfalls bis 1936 einen herausragenden Einfluss auf die Umgestaltung der Rechtswissenschaft im Sinne einer völkischen Erneuerung hatte, in die Auseinandersetzung um ein dem neuen nationalsozialistischen Staat entsprechendes Recht einen nicht zu unterschätzenden Einfluss hatte. Auch innerhalb dieser Gruppe war er an einigen maßgeblichen Projekten federführend beteiligt. Mit der Zeit verlor allerdings die Kieler Schule ihren bestimmenden Einfluss und erübrigte sich als Institution. Im Wissenschaftsministerium wurde das Projekt zunehmend als fragwürdig angesehen, da sich eine solche Konzentration loyaler junger Wissenschaftler an einer Universität angesichts der Knappheit an nationalsozialistischen Rechtslehrern kaum mehr rechtfertigen ließ. In der Folge wurden viele Angehörige der Kieler Schule an andere Universitäten weg berufen, womit einiges von ihrer Bedeutung und Stoßkraft schwand.³⁷⁴

cc) Bewertung aus heutiger Sicht

Um die Rolle, die Larenz im Nationalsozialismus spielte, entbrannte in jüngster Zeit ein Streit unter den Rechtsgelehrten. Während ein Teil Larenz nicht zuletzt wegen seiner Thesen zur Rechtsfähigkeit von Nichtariern scharf kritisierte³⁷⁵

³⁷¹ Ders., Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 66ff.

³⁷² Dazu sogleich unten Seite 106ff.

³⁷³ Frassek, Von der »völkischen Lebensordnung« zum Recht, Baden-Baden 1996, S. 85ff.

³⁷⁴ Döhring, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Jordan (Hrsg.) Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665-1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965, S. 218.

³⁷⁵ La Torre, Nostalgia for the Homogenous Society, Florenz 1993, S. 1; Rüthers, Entartetes Recht, 2. Auflage, München 1989, S. 76ff.; ders., Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 302ff.; Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 190ff.; Braczyk, Karl Larenz völkisch-idealistische Rechtsphilosophie, in: ARSP 79 (1993), 99ff.; zuletzt Hartmann, Das methodologische Denken bei Karl Larenz, Frankfurt am Main 2001, der seine Arbeit allerdings schon 1988 in der damaligen DDR fertig stellte, was einerseits einen gewissen Duktus erklärt, ande-

und eine Kontinuität dieses Gedankenguts auch in späteren Werken Larenz', vor allem in seiner Methodenlehre,³⁷⁶ bemerkte, sehen andere Larenz als rehabilitiert an, da er sich von seinen Positionen distanzierte.³⁷⁷ Schließlich wollen wieder andere der in einem Brief an Ralf Dreier entwickelten Selbsteinschätzung - Larenz' folgen,³⁷⁸ wonach sein Engagement innerhalb der Kieler Schule in Wahrheit als subtiler Widerstand gegen das Regime gedeutet werden muss und das Ziel hatte, den unbedingten Machtanspruch der Nationalsozialisten zu beschränken.³⁷⁹ Auch hier liegt eine abschließende Bewertung außerhalb dieser Arbeit.

Die Beschäftigung mit Larenz an dieser Stelle ist aus verschiedenen Gründen erforderlich. Sein Verhältnis zum Nationalsozialismus war in einem gewissen Maße typisch für Rechtswissenschaftler seiner Generation, die sich von ihrer Begeisterung für die neue Bewegung mitreißen ließen.³⁸⁰ Larenz war ein ausgewiesener Rechtsphilosoph, der für eine neue Methode auch über das notwendige wissenschaftliche Fundament verfügte. Schließlich war er einer der bekannteren Vertreter der Kieler Schule. Allerdings kam Larenz in wissenschaftlicher Hinsicht relativ wenig Einfluss im neuen Staate zu. Teilweise wurde dies daran festgemacht, dass der Neuhegelianismus – und damit auch Larenz – im Nationalsozialismus schon generell verdächtig war, da die Fixierung auf den Staat nicht mit dem rein strategischen Staatsverständnis der Nazis konform ging, die in diesem allein ein Mittel zur Machterhaltung erblickten.³⁸¹

rerseits durchaus interessante und wichtige Einblicke gerade in die, in der westdeutschen Forschung offensichtlich vernachlässigte, Bedeutung der larenzschen Hegelrezeption ermöglicht.

³⁷⁶ Beyer, Rezension zu Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft [1. Auflage, d. Verf.], in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie 1961, S. 638, 639f.

³⁷⁷ Kokert, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, in: ZNR 1996, 23, 36.

³⁷⁸ Vgl. zu diesem Brief: Kokert, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, in: ZNR 1996, S. 23ff.; R. Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, in: JZ 1993, 454ff.

³⁷⁹ Erdmann, Wissenschaft im Dritten Reich, Kiel 1967, S. 15f.; Gernhuber, Das Völkische Recht, in: Horn/Luig/Söllner (Hrsg.): Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 167, 184f.; Canaris, Karl Larenz, in: JZ 1993, S. 404, 405; Diederichsen, Karl Larenz, in: NJW 1993, S. 902.

³⁸⁰ Vgl. dazu auch die vorsichtige Apologie von Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Nachdruck der 2. Auflage Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 515 FN 1.

³⁸¹ Döring, Geschichte der juristischen Fakultät, in: Jordan (Hrsg.), Geschichte der Christian-Albrechts-Universität 1665-1965, Band 3, Teil 1, Neumünster 1965, S. 214; Gernhuber, Das Völkische Recht, in: Horn/Luig/Söllner (Hrsg.): Europäisches Rechtsdenken in Ge-

Richtig erscheint jedenfalls, dass die Kieler Schule sich auf dem Markt der Ansichten nicht angemessen positionieren konnte und schon bald unter der Selbsterfleischung ihrer Repräsentanten litt.³⁸² Auch wenn die praktische Wirkung dieser »Stoßtruppfakultät« keine überragende war, so war sie sicherlich eines der Prestigeprojekte nationalsozialistischer Rechts- und Bildungspolitik und verdient schon aus diesem Grund besondere Aufmerksamkeit.

In diesem Sinne ist die These von Topitsch zu nennen,³⁸³ wonach Autoren, die Hegel im Sinne des Nationalsozialismus rezipierten, die akademisch geschulte und antidemokratisch gesinnte Bildungsschicht an die NSDAP herangeführt hätten. Die NSDAP habe durch ihren kruden Sozialdarwinismus eher an untere Schichten appelliert und so die Bildungsbürger eher abgeschreckt. Durch die Hegelrezeption in der völkischen Wissenschaft sei eine „Brücke zwischen der traditionellen autoritären Machtstaatslehre und dem neuen totalitären Machtstaat“³⁸⁴ geschlagen worden. Inwieweit eine solche These den Stand der Forschung und die tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere bei einer soziologischen Analyse der Anhängerschaft Hitlers, korrekt wiedergibt, sei dahin gestellt. In jedem Fall stellen solche Thesen durchaus die Verdienste auch vermeintlich reiner Wissenschaft in den Mittelpunkt der Betrachtung und geben zumindest unterstützende Erklärungsmuster für das Verhalten der Akademiker im Dritten Reich. Dies umso mehr als Larenz, im Gegensatz zu Schmitt, den neuen Staat nicht von oben, von der Macht aus gesehen, beschrieb, sondern im Völkischen ansetzte und eine Theorie vom Volk her gesehen entwickelte, was gerade akademische Kreise, die in der Weimarer Republik den Deutschnationalen anhängen, besonders anziehen mochte. Zudem nahm er extensiv Rückgriff auf Hegel, dessen Staatsverständnis für diese Generation eine besondere Anziehungskraft ausübte.

Durch die Werke Larenz' zieht sich – durch alle Schaffensperioden bis hin zu seiner Methodenlehre – eine Abneigung gegen den Positivismus und das Streben nach einer universalistischen Rechtsphilosophie. Schon 1926 erklärte sich -

schichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1983, S. 167, 184f. Kritisch zu dieser Einschätzung: Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 191f.

³⁸² Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 15ff.; Rüthers, Entartetes Recht, 2. Auflage, München 1989, S. 45.

³⁸³ Topitsch, Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie, 2. Auflage, München 1981, S. 83ff.

³⁸⁴ Topitsch, Die Sozialphilosophie Hegels als Heilslehre und Herrschaftsideologie, 2. Auflage, München 1981, S. 97.

Larenz zu einem Gegner des Positivismus, den er „als eine Erscheinungsform der geistigen Überfremdung“³⁸⁵ des deutschen Rechts durch die Aufklärung englisch-französischer Prägung ansah. In Hegel erblickte er die treibende Kraft, durch die die deutsche Wissenschaft zur Gegenbewegung der Aufklärung werden könne. Konsequenterweise betonte er dabei die stark irrationale Tendenz in den Werken Hegels, etwa indem er feststellte,

*„daß Hegels Weltbetrachtung nichts gemein hat mit rationalistischer Weltbetrachtung und Weltverbesserung, daß sein Denken und auch seine Methode, die vielberufene und meist missverstandene Dialektik, einer tieferen Schicht des Denkens angehört als dem Verstande. Die politischen und die religiösen Impulse sind hier mit den logischen Motiven unzertrennlich verbunden, wie Hegel denn überhaupt die Trennung aller dieser Sphären nicht zulässt“*³⁸⁶.

In diesem Kontext kann auch die Integration des Neuhegelianismus in den nationalsozialistischen Machtanspruch gelingen. Die Parallelen zu den Thesen Schmitts, die dieser in ebenfalls eindeutig antiaufklärerischer Tendenz später aufstellen sollte,³⁸⁷ sind bei dieser Grundannahme und politischen Verortung unübersehbar.

b) Die Kritik der zeitgenössischen Rechtswissenschaft und -philosophie bei Larenz

Der Neuhegelianer macht in seiner Ablehnung der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Methodik Front gegen den Positivismus, aber auch gegen die sich ausbreitende Interessenjurisprudenz, die vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten schließlich auch das Reichsgericht erreichte.³⁸⁸ Er propagiert eine Rechtsphilosophie „jenseits von Naturrecht und Positivismus“.³⁸⁹ Seine Kritik am Naturrecht bezieht sich vor allem auf statisches Naturrecht, das allgemeine, historisch nicht wandelbare Grundwerte als Prüfsteine des Rechts zu finden sucht. Ein solches rationales Naturrecht mit etwa abstrakten Gleichheitsforde-

³⁸⁵ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 11.

³⁸⁶ Vgl. nur Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 4.

³⁸⁷ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 38f.

³⁸⁸ Vgl. dazu: Müller-Erbach, Reichsgericht und Interessenjurisprudenz, in: Schreiber (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Band II, Berlin 1929, S. 162ff.

³⁸⁹ Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935, S. 150; ders., Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 46.

rungen sei dem deutschen Wesen zutiefst entgegengesetzt³⁹⁰ und Ausdruck eines artfremden Individualismus. Mit dieser Stellungnahme lehnt Larenz nicht die Möglichkeit ab, überpositive Ordnungsvorstellungen in die Rechtswissenschaft einfließen zu lassen. Zurückhaltender äußert er sich über ethisch-religiöses Naturrecht. Dieses ist für ihn, jedenfalls in der thomistisch-katholischen und der protestantischen Tradition, noch „gegenwartsmächtig“.³⁹¹

Ablehnung bekam neben dem Naturrecht vor allem der Positivismus zu spüren. Der Neukantianismus, worunter Larenz vor allem die Wiener Schule und insbesondere Kelsen verstand, wurde sogar schon als nicht mehr relevant eingeschätzt.³⁹² Insbesondere war die von Kelsen betonte strikte Trennung von Sein und Sollen³⁹³ nicht kompatibel zu den Ordnungsvorstellungen von Larenz, in denen diese Begriffe gerade zu einer einheitlichen, organischen Symbiose gebracht werden sollen.

Ein weiteres Element der larenzschen Philosophie ist die strikte Ablehnung jeglicher soziologischer Elemente in der juristischen Methode.³⁹⁴ Diese Ablehnung hat ihre Wurzeln in der rechtshegelianischen Ausgestaltung des Wirklichkeitsbegriffs, der sich jeder Empirie enthält und im objektiven Idealismus verortet ist.³⁹⁵

Ausgangspunkt für die Kritik der zeitgenössischen Rechtstheorie war die von den Neuhegelianern rezipierte hegelsche Philosophie. In diesem Sinne wurde der Staat als die alleinige Verwirklichung der objektiven Sittlichkeit verstanden. Die konkrete Ordnung, etwa die Familie, entspricht der hegelschen Stufe der Moralität und wirkt vermittelnd zwischen der objektiven Sittlichkeit und dem abstrakten Recht. Das abstrakte Recht wird in diesem Zusammenhang schon nicht mehr im hegelschen Sinne als Vorstufe zur Sittlichkeit verstanden, die einer im Staate verwirklichten Freiheit notwendig historisch vorausgeht, sondern als gegenüber einem nicht auf abstrakten Begriffen fußenden Recht minderwertig, da es nicht an der wirklichen Lebensordnung, der Familie und der Gemeinschaft, ansetzt,³⁹⁶ sondern bei dem Individuum. Eine Rechtsordnung, die sich auf das – abstrakte – individuelle Recht bezieht, kann danach zwangsläufig nur

³⁹⁰ Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935, S. 80.

³⁹¹ Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935, S. 83.

³⁹² Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935, Einleitung.

³⁹³ Kelsen, Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien 1934, S. 38.

³⁹⁴ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 21.

³⁹⁵ Larenz, Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 2. Auflage, Berlin 1935, S. 158.

³⁹⁶ Binder/Busse/Larenz, Einführung in Hegels Rechtsphilosophie, Berlin 1931.

zu abstrakt-allgemeinen Rechtssätzen führen, womit letztlich auch nur eine individuelle und gegenüber der Sittlichkeit minderwertige Form der Freiheit gedacht werden kann. Zudem kann eine individualistisch gedachte Rechtsordnung keine verbindliche Wirkung entfalten, da allein die Existenz des Subjekts in der Gemeinschaft für dieses auch die Verbindlichkeit der Rechtsordnung mit sich bringt, da das Subjekt nur als Glied der Gemeinschaft existieren kann.³⁹⁷

Wesentlicher Anknüpfungspunkt war für Larenz damit der Gemeinschaftsgedanke. Danach kann es auch nicht verwundern, dass er ausführlich zur Rolle der Historischen Schule und des „still wirkenden Volksgeistes“ Stellung nahm, war sie doch nach Larenz, trotz der Rezeption des römischen Rechts, ein Bollwerk gegen den Positivismus und dessen Bezug zum subjektiven Recht als Abwehrrecht gegen den Staat. Allerdings grenzte sich Larenz von der Historischen Schule wieder ab, da diese, seiner Ansicht nach, schon bei Savigny eine Wende zu einem psychologischen Rechtsbegriff machte. Durch die Gleichsetzung des Volksgeistes mit der Rechtsüberzeugung des Volkes sei zum einen die Empirie wieder in die Lehre integriert worden, zum anderen gehe durch dieses kollektive Meinen der Bezug zum Völkischen und damit zu der eigenen Identität verloren.³⁹⁸ Solche kollektiven Überzeugungen seien gerade nicht Ausdruck und Wesensmerkmal eines bestimmten Volkes, sondern durch äußere Faktoren, etwa die Presse oder allgemein den Zeitgeist bestimmt.

Genau jenes empirische Moment macht es – nach Larenz – auch der Historischen Schule (und damit erst recht der Interessenjurisprudenz) unmöglich, das Konzept der Führung zu verstehen, da das „Walten des Volksgeistes“ letztlich dazu führe, dass das Gewohnheitsrecht für die Historische Schule die einzig berechnete Form der Rechtsentstehung gewesen sei. Eine Entscheidung des Gesetzgebers sei nur in Fragen zulässig gewesen, die die Rechtssicherheit betreffe, etwa die Verjährung, oder sonst allgemein politischer Natur seien.³⁹⁹ An dieser Stelle erläuterte Larenz dann, dass in dem neuen System alle rechtlichen Fragen letztlich politischer Natur seien. Eine Trennung zwischen politischem und unpolitischem Recht sei daher, wenn überhaupt gegeben, nur noch gradueller Natur. Gleichzeitig sei aber die gesetzgeberische Entscheidung nicht reine Dezision, sondern eine Gestaltung der Wirklichkeit zur Vollendung des historisch Vorbestimmten. Durch einen solchen Akt der Führung manifestiert sich der Volksgeist. An dieser Stelle klingt also wieder der Begriff der Geschichtlichkeit an.

³⁹⁷ Larenz, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 47f.

³⁹⁸ Larenz, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 53.

³⁹⁹ Larenz, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 54.

Anzumerken ist, dass Larenz weder in „Volksgeist und Recht“ noch an anderer Stelle eine Begrenzung dieser Führerentscheidung, schon gar nicht durch ein formalisiertes Verfahren, vorsah. Insoweit kann nicht die Rede davon sein, dass Larenz, seinem „Auftrag“ gemäß, dem Nationalsozialismus durch eine ethische Verortung Fesseln anlegen wollte. Dies erst recht nicht bei seinem Konzept der subjektiven Rechte des Einzelnen. Dies muss auch Kokert zugeben,⁴⁰⁰ der ansonsten stellenweise der Apologie Larenz' zuneigt.

c) Das völkische Recht bei Larenz

Schon 1934 meldete sich Larenz in der Debatte um eine dem System angemessene juristische Methodenlehre mit seinem Aufsatz „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie“⁴⁰¹ zu Wort. Auch hier machte er zunächst gegen die bis zur Machtergreifung des Nationalsozialismus verbreitete juristische Methodik Front.

Ausgangspunkt ist für Larenz der objektive Geist des Volkes. Dieser eigentümliche, im Sinne der völkischen Rechtswissenschaft verdrehte, Begriff stammt von Hegel. In seiner Enzyklopädie definierte Hegel den objektiven Geist so:

„Der objektive Geist ist die absolute Idee, aber nur an sich seiend; indem er damit auf dem Boden der Endlichkeit ist, behält seine wirkliche Vernünftigkeit die Seite äußerlichen Erscheinens an ihr. Der freie Wille hat unmittelbar zunächst die Unterschiede an ihm, daß die Freiheit seine innere Bestimmung und Zweck ist und sich auf eine äußerliche vorgefundene Objektivität bezieht, welche sich spaltet in das Anthropologische der partikulären Bedürfnisse, in die äußeren Naturdinge, die für das Bewußtsein sind, und in das Verhältnis von einzelnen zu einzelnen Willen, welche ein Selbstbewußtsein ihrer als verschiedener und partikulärer sind; diese Seite macht das äußerliche Material für das Dasein des Willens aus.“⁴⁰²

Larenz bezog dies auf den Volksgeist der Historischen Schule. Die Rechtsidee ist für Larenz in Anlehnung an seinen Lehrer Binder der objektive Geist eines Volkes in der jeweiligen konkreten, politischen und geschichtlichen Besonderheit⁴⁰³ und damit auch ein Teil der Wirklichkeit, die ein organisches Ganzes mit der Volksgemeinschaft bildet. Diese Wirklichkeit sei nicht die empirisch erfahr-

⁴⁰⁰ Kokert, Briefe, die Geschichte schreiben – Karl Larenz und die nationalsozialistische Zeit, in: ZNR 1996, 23, 32; deutlicher: ders., Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 79.

⁴⁰¹ Tübingen 1934.

⁴⁰² Hegel, Werke in 20 Bänden, Frankfurt am Main 1970, Band 10, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, § 483, S. 302.

⁴⁰³ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 18.

bare Welt, sondern verwoben mit dem Sein innerhalb der Gemeinschaft, die durch Begriffe im hegelschen Sinne, also der menschlichen Rationalität vorgehende Prinzipien des realen Seins,⁴⁰⁴ vermittelt wird. Diese organische Struktur des Rechts in seiner Verbindung mit der Volksgemeinschaft beschrieb Larenz so:

„Das Recht ist nach unserer Auffassung die Lebensform der Volksgemeinschaft, ihre wirkliche Daseinsordnung, nicht nur Sollen, sondern Sein. Es wird nicht von außen an die Gemeinschaft herangetragen, sondern ist mit ihr immer gegeben als ihre immanente Gliederung und Ordnung. Das Gesetz ist Gestaltungsmittel dieser völkischen Lebensordnung, es schafft sie nicht, sondern bildet sie aus und um, es dient ihr, prägt und entwickelt sie. Die Gemeinschaft ist der Ursprung des Rechts, das nicht willkürlich geschaffen wird, sondern nur aus einem Gemeinschaftsleben als dessen Form und Gestalt hervorgehen kann; sie ist zugleich das Ziel, der innere Sinn, die „Idee“ des Rechtes, dessen Aufgabe es ist, das Zusammenleben der Glieder des Volkes in einer echten und freien Gemeinschaft zu ermöglichen und zu sichern. Gemeinschaft und Recht dürfen nicht getrennt und als Lebenswirklichkeit und Norm auseinander gerissen werden; sie gehören zusammen, sind in einem dialektischen und konkreten Sinne eins. Das Recht ist die Form, in der und durch die Volksgemeinschaft ihr Gemeinschaftsleben einheitlich richtet und gestaltet, und zwar richtet nach dem Bilde von richtiger Ordnung und wahrer Gemeinschaft, das sie als Zielbild der Gerechtigkeit in sich trägt. Es ist die Form, die „lebend sich entwickelt“, unabtrennbar von dem Leben der Gemeinschaft, ja es ist dieses Lebens selbst in seiner Form und Ordnung, es ist ein „Moment“ dieses Lebens, das nicht von ihm hinweggedacht werden kann, weil es Leben ohne Form, Richtung und Gestalt nicht geben kann.“⁴⁰⁵

Die Trennung von Sein und Sollen ist damit nach Larenz überwunden. Das Recht als sittlicher Begriff formt die Gemeinschaft und ist gleichzeitig erst durch die Gemeinschaft erfass- und erkennbar. Durch das Recht als ordnendes Moment kann das einzelne Individuum erst seine Freiheit verwirklichen, da das Recht den Lebensbereich begrenzt, der durch das Subjekt überhaupt eingenommen werden kann. Das Recht ist aber nicht allein eine empirisch erfasste Summe der Regeln innerhalb einer Gesellschaft, sondern trägt als idealistischer Begriff die Sittlichkeit in sich und ist in einem dialektischen Verhältnis mit der Gemeinschaft verwoben. Daher kann Recht nur dann erkannt werden, wenn dessen organische Struktur nicht verdrängt, sondern bei der Rechtsgewinnung dieser Struktur Rechnung getragen wird. In diesem Zusammenhang setzt die Aufgabe des Richters in der Gemeinschaft an. Da das Recht nur innerhalb der Gemeinschaft ist und gleichzeitig die Gemeinschaft in, durch und mit ihrem eigenen

⁴⁰⁴ Hegel, Werke in 20 Bänden, Frankfurt am Main 1970, Band 8, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, § 162, S. 309f.

⁴⁰⁵ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 238.

Recht, das sie bedingt, lebt,⁴⁰⁶ muss auch der Richter als ein Organ dieser Gemeinschaft aus diesem Recht schöpfen. Nur durch den Modus der Anwendung durch die Organe der völkischen Gemeinschaft trennt sich nach Larenz das Recht von der Sitte.⁴⁰⁷ Recht gilt nicht als bloße Norm an sich, sondern braucht zwangsläufig die Macht, mit der es in einem Urteil erkannt und durchgesetzt wird. Recht kann „nicht ohne Rechtsverwirklichung als gewollter Tätigkeit der Gemeinschaft“⁴⁰⁸ sein. Es muss verwirklicht werden, um zur gelebten Lebensform der Gemeinschaft zu erstarken. Hier verwendet Larenz auch seinen von Hegel übernommenen Freiheitsbegriff. Der Mensch ist einerseits in die Gemeinschaft eingebunden und nimmt so Teil an dem zu Recht sich verstärkenden Gemeinwillen, auf der anderen Seite ist er ein für sich seiendes Wesen, dass die Freiheit hat, sich gegen diesen Gemeinwillen zu entscheiden. Erst in diesem Fall kann er überhaupt den Gemeinwillen in Form des Rechts als die an ihn appellierende Sollensnorm wahrnehmen. Dieses Gleichzeitigsein des freien Willens und der Gebundenheit innerhalb der Gemeinschaft soll nach Larenz nicht rational begreifbar, sondern nur dialektisch denkbar sein. Die Anschauung von Recht ist für Larenz eine metaphysische Idee, die sich rational nicht erschöpfend beschreiben, sondern nur „erschauen“ lässt. Daher kann es nur als Prinzip dargestellt werden.⁴⁰⁹

Der Richter hat, auch für Larenz, die Aufgabe das Recht anzuwenden. Den Prozess der Rechtsanwendung beschrieb Larenz allerdings nicht in diesem Zusammenhang. Jedenfalls lehnte er – schon auf Grund der Lückenhaftigkeit des geschriebenen Rechts – die positivistische Auffassung ab, dass ein Richter allein den Sachverhalt unter die Norm zu subsumieren habe.⁴¹⁰ An diesem Punkt klingen übrigens Untertöne an, die Larenz ab der 3. Auflage seiner Methodenlehre bei seiner eigentümlichen Rezeption der juristischen Hermeneutik auf der Grundlage von Hegel wieder aufgreifen wird.⁴¹¹ Er führte aus, dass der Richter bei Anwendung des Gesetzes Werturteile und Willensentscheidungen zu fällen habe und so etwas zu dem bestehenden Recht, das nicht mit der positivierten Norm gleichzusetzen sei, hinzufüge. In „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“ beschrieb er als ein wesentliches Merkmal des völk-

⁴⁰⁶ Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 20.

⁴⁰⁷ Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 21.

⁴⁰⁸ Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 21.

⁴⁰⁹ Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938, S. 12.

⁴¹⁰ Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 24.

⁴¹¹ Vgl. dazu Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, - Ebelsbach 1981, insbesondere S. 71ff.

kischen Rechts, dass es sich – im Gegensatz zum Positivismus – nicht allein auf das gesetzte Recht beziehe, sondern daneben auch auf das ungeformte Recht der Gemeinschaft, das sich im Volksbewusstsein und der Rechtsprechung beständig konkretisiere.⁴¹²

An dieser Stelle ist es interessant zu sehen, wie der Richter an das bestehende Recht gebunden ist, wie er also in dem Anwendungsprozess den Gemeinwillen der Gemeinschaft erkennt und warum solcherart erkanntes Recht überhaupt gilt. Für den Richter ist die Norm verbindlich. Nicht auf Grund einer positivistischen Bindung an das verfahrensgültig erlassene Recht, sondern weil der Gesetzgeber durch einen Willensakt den Gemeinwillen äußert⁴¹³ und so der objektive Gemeinwille durch einzelne Individuen wirkt. Da der Richter selbst ebenfalls Organ des Gemeinwillens ist, ist er nicht bloßer Subsumtionsapparat, sondern steht in einer Spannung zwischen dem positiven Recht, das seine Legitimität und Legalität letztlich aus der Übereinstimmung mit dem Gemeinwillen nimmt und dem sich stetig fortentwickelnden Rechtswillen der Gemeinschaft, der – in Larenz' Sinne – zwar wirklich ist, aber noch nicht durch den Gesetzgeber positiviert wurde. In dieser Spannung solle sich der Richter bei der Rechtsanwendung durchaus auf seine Rechtserkenntnis beziehen und nicht allein auf das positive Recht.⁴¹⁴ Eine Grenze in diesem freien Prozess der Rechtsfindung durch den Richter sei erst dann erreicht, wenn die Kluft zwischen Volk und positiviertem Recht so groß werde, dass nur noch eine revolutionäre Lösung möglich sei; also das Volk die Regierung und damit deren Gesetze beseitigt.⁴¹⁵

Ebenso wie der Richter ist auch der Gesetzgeber eingebunden in die Gemeinschaft, deren Organ er ist. Im „germanischen Gerechtigkeitsstaat“ kann daher nach Larenz der Gesetzgeber durch den Richter hinsichtlich der Übereinstimmung mit dem Gemeinwillen kontrollierbar sein. Diese Lösung lehnte er aber ab, soweit – wie im „Neuen Deutschland“ – ein Führerstaat gegeben sei. Hier komme allein dem Führer die Aufgabe zu, zu entscheiden, ob eine Regelung gelten solle, da dieser der sichtbare Garant für die Einheit von Volkswille und Staatswille sei. Eine Begrenzung seiner Macht ist nach Larenz nicht vorgesehen, da der Führer kraft seines Führertums der „Hüter der Verfassung“ sei, worunter Larenz – wohl unter eher ironischem Bezug auf Schmitt – die ungeschriebene

⁴¹² Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 13.

⁴¹³ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 30.

⁴¹⁴ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 32.

⁴¹⁵ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 33.

konkrete Rechtsidee des Volkes meint.⁴¹⁶ Eine institutionelle oder auch nur ethische Bindung des Führers ist nicht vorgesehen, seine Macht ist total.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Larenz, selbst wenn ein durch Führerbefehl erlassenes Gesetz vorliegt, den Richter nicht aus der Verantwortung nimmt, das Recht im Sinne des Gemeinwillens auszulegen, da nur dies dem Wunsch des Führers gemäß ist.⁴¹⁷ Dies mag vielleicht – am Rande bemerkt – als Beispiel für das gelten, was Kershaw⁴¹⁸ als wesentliche Stütze des NS-Regimes identifizierte. Der Wunsch, dem Führer entgegenzuarbeiten und dessen Umsetzung hat das Regime mit seiner wohl eher unfähigen administrativen Spitze davor bewahrt, Fehlentscheidungen, die auch durch eine Propagandamaschine ohnegleichen nicht mehr zu vertuschen gewesen wären, zu treffen.

Jedenfalls erhält so die Aufgabe des Richters eine dynamische Komponente, da er als Organ des Gemeinwillens selbst schöpferisch in den Rechtsfindungsprozess einzugreifen vermag. Das Gesetz muss in den

*„Gesamtzusammenhang des lebenden Rechts hineingestellt und von dem Gemeinwillen getragen werden, auf dem seine Geltung beruht“.*⁴¹⁹

Auf der Grundlage dieses Rechts- und Staatsverständnisses entwickelte Larenz seine spezifische Methodenlehre zur Ausfüllung dieser Spannung des Rechtsanwenders zwischen gesetztem Recht und dialektischem Gemeinschaftswillen. Methodisch sah Larenz das Problem der Lückenausfüllung als vorrangig gegenüber der Auslegung des Gesetzes.⁴²⁰ Dies erscheint auch konsequent, da sich der Richter durch das Denken in konkreten Ordnungen und konkreten Begriffen – idealerweise – bei der Auslegung des Gesetzes von der nationalsozialistischen Weltanschauung – insbesondere dem politischen Willen des Gesetzgebers – leiten lässt. Erst dort, wo eine Regelungslücke auftritt, steht der Richter vor dem Problem einer eigenen Entscheidung. Er muss dann über eine methodische Festlegung an die »Weltanschauung« gebunden werden, indem er seine Entscheidung, wo nötig, auf die Rechtsidee des Volkes stützt, soweit herkömmliche Analogieschlüsse innerhalb des Systems des gesetzten Rechts nicht zu einem als befriedigend empfundenen Ergebnis führen.⁴²¹

⁴¹⁶ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 34.

⁴¹⁷ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 35f.

⁴¹⁸ Kershaw, Hitler. 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 27.

⁴¹⁹ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 36.

⁴²⁰ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 9.

⁴²¹ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 18.

Ein direkter Vergleich zwischen Larenz und Schmitt zeigt, dass Larenz ein in sich geschlossenes philosophisches System entwickelte, das vornehmlich Hegel, wenn auch eigenwillig, rezipierte. Schmitt entwickelte mit seiner Annahme eines auf politischem Wege geschaffenen faktischen Ausnahmezustands in bewusster Abwendung von der bisherigen liberalen Verfassungsordnung und unter Anerkennung des stattgefundenen politischen Prozesses neue Denkkategorien zur Rechtsanwendung und zur Legitimation des Rechts selbst. Er beschrieb letztlich diesen Prozess und zeichnete ihn, rechtswissenschaftlich aufbereitet, mit seinen Konsequenzen für die Rechtsanwendung nach.

Larenz hingegen sah die erfahrene politische Umwälzung eher dialektisch und ordnete sie historischen Begriffen als Manifestation des objektiven Geistes unter, der der Volksgemeinschaft innewohnt. Auf Grund dieses Zusammenhangs ist auch der Führer letztlich durch den Gemeinwillen gebunden, dessen subjektiver Verwirklicher er ist. Faktisch ist aber auch bei Larenz keine Kontrolle durch andere Organe des Gemeinwillens vorgesehen. Beide haben also grundsätzlich verschiedene anthropologische und metaphysische Prämissen, die sich aber in dem politisch gewünschten Ergebnis nicht erkennbar unterscheiden. Für beide ist der neue Staat als Verbindung von Volk und Weltanschauung total.

Diesen Gleichklang trotz unterschiedlicher Herangehensweise betonte Larenz in seiner Rezension zu Schmitts „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“.⁴²² Er sah in Schmitts Werk eine bloße Leitlinie, die der methodischen und philosophischen Verfeinerung bedürfe, um in der Praxis fruchtbar eingesetzt werden zu können.⁴²³ Auch die funktionale Struktur der Gedankengänge Schmitts erkannte Larenz und merkte an, es wäre angemessener, statt von konkretem Ordnungs- und Gestaltungsdenken zu sprechen, den Begriff konkretes politisches Ordnungsdenken zu verwenden, um damit den Begriff von dem dezisionistischen Anklang zu befreien.⁴²⁴ Eine Gemeinsamkeit stellt aber die Ablehnung des Systems der Weimarer Republik und der positivistischen Tendenz innerhalb der Rechtswissenschaft dar.

Letztendlich erkannte aber Schmitt die neue rein funktionale Qualität des nationalsozialistischen Staats klarer und versuchte mit seiner ihm eigenen Elastizität, ein gänzlich neues Instrumentarium für die neuen Machthaber bereitzustellen,

⁴²² In: ZDK I (1935), S. 112ff.

⁴²³ Dies klingt an bei: Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 29f.

⁴²⁴ Larenz, Besprechung zu Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, in: ZDK I (1935), S. 112, 117.

um so eine neue Gestaltung und Ordnung in der Rechtswissenschaft etablieren zu können und nicht zuletzt auch seine eigene Karriere zu befördern. Larenz hingegen engte sich durch seinen Versuch, auch eine metaphysische Verortung zu gewährleisten, ein. Die Nationalsozialisten verstanden den Staat eher funktional als Mittel zur Absicherung der eigenen Macht, so dass ihnen eine Fessel durch den Gemeinwillen – wenn sie auch nur symbolisch war – nicht unbedingt zupass gekommen sein mag. Jedenfalls passt sich seine Hegelrezeption vom Duktus her der zu dieser Zeit herrschenden juristischen Folklore an, wobei er es verstand, die Rolle des Führers zu überhöhen und rechtsphilosophisch zu legitimieren.

d) Die konkret-abstrakten Begriffe und das Typendenken

Ausgehend von der hegelschen Begriffswelt wendete sich Larenz auch auf dem Gebiet der juristischen Methode neuen Formen zu. Dies getreu seinem Anspruch, die deutsche Rechtswissenschaft zu erneuern. Wie er selbst in einer scharfen Replik an Heck⁴²⁵ darlegte, muss Rechtswissenschaft im völkischen Sinne als die Zusammenführung der Jurisprudenz, der formalisierten Rechtsanwendung, die ihren Ursprung in der Gedankenwelt des antiken Roms hat, und der Rechtsphilosophie, die vornehmlich als Naturrecht zu denken und griechischen Ursprungs ist, verstanden und erneuert werden.⁴²⁶ Diese Rechtswissenschaft hat sowohl die klassische Jurisprudenz als auch die Rechtsphilosophie, aber auch Politik (lies Weltanschauung) als Momente in sich.⁴²⁷ Wie Larenz ausdrücklich in einer Fußnote⁴²⁸ verstanden wissen wollte, ist „Moment“ als hegelischer Terminus technicus zu verstehen, also nicht einfach als ein Teil, sondern als ein in einem höheren Ganzen aufgegangenes, nicht länger selbstständiges, gleichwohl aber tragendes Strukturelement. Im Weiteren führte er die These an, dass einer Rechtswissenschaft notwendig das rechtsphilosophische und weltanschauliche Moment innewohnen müsse. Nur während der Vorherrschaft des Positivismus, die er für die Zeit von etwa 1870 bis 1930 ansetzte, sei Rechtswis-

⁴²⁵ Heck, Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, in: AcP 143 (1937), S. 129ff.

⁴²⁶ Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 258f.

⁴²⁷ Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 259.

⁴²⁸ Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 259, FN 4.

senschaft bar jeder Rechtsphilosophie, also als reine Jurisprudenz, in Deutschland betrieben worden und habe zu einer Erstarrung und Entleerung geführt.⁴²⁹

Wie sieht aber nun die Verankerung der oben dargelegten rechtsphilosophischen Erkenntnisse in der praktischen Rechtswissenschaft aus? Die Erstarrung und Entleerung unter der Herrschaft des Positivismus hatte nach Larenz ihren Ursprung in der Abstraktion juristischer Begriffe. Mit der zunehmenden Abstraktion in der Begriffsjurisprudenz wurden die Begriffe zugunsten ihrer Verallgemeinerbarkeit so unscharf und damit abstrakt-allgemein, dass eine weitere Beschäftigung mit diesen Begriffen keinerlei zusätzlichen Erkenntnisgewinn mit sich brachte. Durch die Begriffsbildung, die auch wesensmäßig Verschiedenes unter einen Begriff zusammenfasst, geht zugunsten einer konstruierten Einheit das jeweilige Besondere verloren. Dadurch entfernt sich letztlich eine so betriebene Rechtswissenschaft von dem wirklichen Leben und damit, nach Larenz, vom Gemeinwillen. Larenz' Ziel war es, seine juristische Methode auf das Konkrete, das wirkliche Leben zurückzuführen. Die oben geschilderten Momente, die der Rechtswissenschaft ihm zufolge innewohnen, waren die Schnittstelle, an der die juristische Rechtsfindung in der Praxis mit der Politik, also der »Weltanschauung«, anzureichern war.

Anstelle der „Gespensterwelt von Allgemeinbegriffen“⁴³⁰ sollten die konkret-allgemeinen Begriffe (kaB) treten, um den Forderungen der Zeit an den Juristen gerecht zu werden. Ausgangspunkt für die Einführung der kaB war die schon ausgeführte Ablehnung der abstrakt-allgemeinen Begriffe, die – nach Larenz – nicht nur inhaltsleer waren, sondern in Verbindung mit dem Positivismus zu einer strikten Abhängigkeit vom System des BGB und damit von der abzulehnenden liberalistischen Werte-, Wirtschafts- und Lebensordnung der vergangenen Republik geführt hätten. In Abgrenzung dazu sei der kaB angereichert mit dem Leben und könne auf das Gesamtbewusstsein des Volkes Bezug nehmen. Er sei daher in einer völkischen Rechtsordnung die angemessene Denkfigur im rechtswissenschaftlichen Denken. Larenz selbst definierte das so:

„Der Begriff soll die einheitliche Erfassung im wesentlichen übereinstimmender Lebenserscheinungen ermöglichen, nicht aber wesentlich Verschiedenes in einer formalen Einheit untergehen lassen. Diesem Ziel dient der Begriff eines bestimmten Typus. Der Typus ist dadurch gekennzeichnet, daß er eine Reihe bestimmender Momente in sich vereinigt, die durch den inneren Sinn und die Funktion des Typus innerhalb eines größeren Ganzen zusammengehalten werden. Er nimmt also gerade das in sich auf, was der abstrakt-allgemeine Begriff von sich ausschließt. Sein Anwendungsbereich ist enger, sein Inhalt aber nicht nur reicher, sondern auch von anderer Art, denn er ist nicht

⁴²⁹ Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 264.

⁴³⁰ Schmitt, Nationalsozialistisches Rechtsdenken, in: DR 1934, S. 225.

*nur eine Summe einzelner abstrakter Merkmale, sondern ein sinnbestimmtes Ganzes.*⁴³¹

Zentraler Punkt ist, dass der Begriff im larenzschen Sinne von seinem Kontext, der Gemeinschaftsbedeutung, abhängig ist. Die Gemeinschaft ist aber nach Larenz nicht statisch, etwa an naturrechtliche, unveränderliche Prämissen gebunden, sondern situativ an den Volkswillen gekoppelt. Die Deutungshoheit über den Volkswillen obliegt der politischen Führung, genauer dem Führer selbst, der nur moralisch, nicht aber faktisch an den von ihm erkannten Volkswillen gebunden ist. So kann auch das von Larenz aufgestellte Programm erfüllt werden, die Rechtswissenschaft nicht nur als Jurisprudenz und damit als technische Rechtsanwendung zu sehen, sondern sie als deutsche Rechtswissenschaft mit Philosophie und Politik, letztlich also der Weltanschauung des Nationalsozialismus anzureichern.

Larenz selbst verdeutlichte dies am Beispiel des Eigentums. Eigentum stellt einen kaB dar, der – im Sinne der konkreten Ordnung – die verschiedenen von Rechtswissenschaft und -praxis entwickelten Formen des Eigentums berücksichtigt und als Momente in sich beinhaltet. Auf der einen Seite besteht das Eigentum an Grundstücken oder auch das an beweglichen Sachen, daneben aber auch das spezifische Eigentum an einem Erbhof, das im Sinne der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft eine eigenständige Bedeutung neben dem Eigentumsbegriff des Privatrechts hatte. Jede dieser spezifischen Eigentumsformen ist nach Larenz ein Typus; ihre Gesamtschau eine Typenreihe.⁴³² Der Erkenntnisgewinn dieser Typenreihe ist, dass das einzelne Element jeweils besondere Eigenschaften aufweist, in der larenzschen Terminologie also konkret ist, die Summe dieser Elemente aber in Abstufungen mit einem bestimmten Prinzip verbunden ist, das durch seine Stellung innerhalb der Gemeinschaftsordnung determiniert und folglich ebenfalls konkret bestimmt ist. Aus diesen Elementen kann dann ein kaB gewonnen werden, der durch sein Hineinragen in die Gemeinschaftsordnung

⁴³¹ Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938, S. 45; eine ähnliche Formulierung findet sich im Übrigen schon in seinem Beitrag: *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Dahm (Hrsg.), *Grundfrage der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 226:

„Im Gegensatz zu ihm [dem abstrakten Allgemeinbegriff, d. Verf.] vernichtet der konkrete Begriff nicht die Mannigfaltigkeit, sondern nimmt sie als Prinzip seiner eigenen Fortbestimmung in sich auf. Er weist daher über sich hinaus, ist konkretisierungsbedürftig und selbst Konkretion, das heißt, er begreift Unterschiede in sich, schließt sie nicht von sich aus.“

⁴³² Larenz, *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938, S. 43ff.

nicht mehr inhaltsleer und abstrakt ist. Der kaB erhält seine Sinnbestimmung durch den Rückgriff auf diese Gemeinschaftsordnung.

Allerdings kann das Konzept des kaB nicht mit Kokert⁴³³ so verstanden werden, dass der kaB ein abstrakt-allgemeiner Begriff ist, der lediglich durch eine nationalsozialistische Sinnvariable erweitert wurde. Dies ist letztlich die These, dass der kaB ein funktionaler Versuch war, dem Nationalsozialismus eine entsprechende Rechtstheorie zu liefern. Larenz Anspruch liegt darüber hinaus darin, die Fruchtbarkeit des objektiven Idealismus für die Rechtsgewinnung zu zeigen. In dem Begriffspaar abstrakt-allgemeiner und konkret-allgemeiner Begriff liegt auch der Versuch, hegelsche Rechtsphilosophie in die Rechtstheorie des Nationalsozialismus zu integrieren.

Dem Neuhegelianismus liegt die Vorstellung zu Grunde, dass das abstrakte Recht der abstrakten Freiheit zugeordnet ist und die objektive Sittlichkeit diese nur abstrakte Freiheit des Individuums überwindet. Die Sittlichkeit kann aber nur im Staat verwirklicht werden, womit letztlich Sittlichkeit und Gemeinschaftsordnung zu Synonymen werden. Konkrete Ordnungen, wie etwa die Familie, aber auch der Bauernstand, stehen im Kontext der hegelschen Rechtsphilosophie auf einer höheren Stufe als das abstrakte Recht. Sie stehen auf der Stufe der Moralität, die zwischen dem abstrakten Recht und der objektiven Sittlichkeit vermittelt. Um eben diese Stufe der konkreten Ordnung im rechtswissenschaftlichen Denken zu erreichen, war es nach dieser Logik notwendig, die abstrakten Begriffe, die letztlich vom Individuum her gedacht waren, zu überwinden und die Rechtsordnung vom Gemeinschaftsgedanken her zu bilden.

Ein auf dieser Grundlage gebildeter kaB ist nicht ein Mehr zum abstrakten Begriff, sondern grundsätzlich davon verschieden.

Seine Entsprechung in der realen Wirklichkeit findet dieser kaB in dem Typus, den Larenz in die juristische Methodik einführte. Hempel und Oppenheim⁴³⁴ beschrieben den Typus in der Wissenschaftstheorie etwa um dieselbe Zeit, doch lassen sich Anknüpfungspunkte zwischen den beiden und Larenz nicht nachweisen, zumal Larenz eine Wissenschaftstheorie, die auf formaler Logik basiert, schwerlich in sein idealistisches Rechtsprogramm aufgenommen haben würde. Erst Radbruch sollte deren Arbeit für die Rechtstheorie fruchtbar machen.⁴³⁵

⁴³³ Kokert, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin 1995, S. 118.

⁴³⁴ Hempel/Oppenheim, *Der Typusbegriff im Lichte der neuen Logik*, Leiden 1936.

⁴³⁵ Radbruch, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in: *Internationale Zeitschrift für die Theorie des Rechts* XII (1938), S. 46ff.

Kokert stellte in seiner Arbeit die These auf, dass Larenz hinsichtlich des kaB und des Typus inhaltlich keine Unterscheidung mache und sich der Typus nur als eine Verfeinerung und sprachliche Neufassung des konkret-abstrakten Begriffs darstelle⁴³⁶ und darüber hinaus dieser konkret-abstrakte Begriff letztlich nur eine sprachliche Annäherung an die Position Schmitts sei,⁴³⁷ dessen kOD in der Rechtswissenschaft bereits in aller Munde war. Der konkret-abstrakte Begriff sei deshalb ebenfalls nur eine sprachliche Anpassung an einen Modebegriff⁴³⁸ und diene dem Zweck, die Denkfigur der Typenreihe in die durch Schmitt vorgeprägte nationalsozialistische Rechtswissenschaft einzuführen.⁴³⁹

Insbesondere belegt dies Kokert mit dem Aufzeigen von Parallelitäten hinsichtlich der Beschreibung von kaB und Typen durch Larenz. Kokert weist an dieser Stelle darauf hin, dass von Larenz in dem Abschnitt III von „Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens“ bei der Frage der Bildung des konkreten Begriffes inhaltlich Begriff und Typus gleichgesetzt würden und darüber hinaus die Beschreibung des Typus inhaltlich der Definition gleiche, die Larenz in einer früheren Schrift für den Begriff gefunden hat. Er zitierte folgendermaßen:⁴⁴⁰

„Die Funktion des Begriffes ist (...) die Erkenntnis der Einheit in der Vielheit (...) Der konkrete Begriff vernichtet nicht die Mannigfaltigkeit,

sondern nimmt sie als Prinzip seiner eigenen Fortbestimmung in sich auf. (...)

Er (sc. der konkrete Begriff, J.K.) weist daher über sich hinaus, ist konkretisierungsbedürftig und selbst Konkretion, d.h. er begreift Unterschiede in sich, schließt sie nicht von sich aus“⁴⁴¹

„Der Begriff soll die einheitliche Erfassung wesentlich übereinstimmender Lebenserscheinungen ermöglichen, nicht aber wesentlich Verschiedenes in einer formalen Einheit untergehen lassen. (...)

Er (sc. der Typus, J.K.) nimmt also gerade das in sich auf, was der abstrakt-allgemeine Begriff von sich ausschließt.(...)

Sein Anwendungsbereich ist enger, sein Inhalt aber nicht nur reicher, sondern ganz anderer Art (...)⁴⁴²

⁴³⁶ Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 117ff., S. 122.

⁴³⁷ Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 116.

⁴³⁸ Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 120.

⁴³⁹ Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 119.

⁴⁴⁰ Die Auslassungen und Anmerkungen stammen von Kokert.

⁴⁴¹ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 226.

⁴⁴² Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 45.

Kokert wertet diese Textstellen als inhaltlich gleichwertig.⁴⁴³ Werden diese Zitate in einen Gesamtzusammenhang der Rezeption Hegels durch Larenz gestellt, so zeigt sich aber, dass diese Denkformen nicht identisch sind. Der kaB ist in die Begrifflichkeit Hegels eingebettet.⁴⁴⁴ Hegel selbst definiert den subjektiven Begriff folgendermaßen:

„Der Begriff als solcher enthält die Momente der Allgemeinheit, als freier Gleichheit mit sich selbst in ihrer Bestimmtheit, der Besonderheit, der Bestimmtheit in welcher das Allgemeine ungetrübt sich selbst gleich bleibt, und der Einzelheit, als der Reflexion in sich der Bestimmtheiten der Allgemeinheit und Besonderheit, welche negative Einheit mit sich an und für sich bestimmte und zugleich mit sich identische oder allgemeine ist.“⁴⁴⁵

Diese Definition passt auch auf den kaB, der trotz seiner Allgemeinheit, die ihn als Erkenntnismittel tauglich macht, eben auch das Konkrete – das Besondere – in sich einschließt. Das dritte Moment ist die Einzelheit. Hegel selbst führte in der Anmerkung zu § 163 aus:

„Das Einzelne ist dasselbe, was das Wirkliche ist, nur daß jenes aus dem Begriffe hervorgegangen, somit als Allgemeines, als die negative Identität mit sich gesetzt ist. Das Wirkliche, weil es nur erst an sich oder unmittelbar die Einheit des Wesens und der Existenz ist, kann es wirken; die Einzelheit des Begriffes aber ist schlechthin das Wirkende, und zwar auch nicht mehr wie die Ursache mit dem Scheine, ein Anderes zu wirken, sondern das Wirkende seiner selbst. – Die Einzelheit ist aber nicht in dem Sinne nur unmittelbarer Einzelheit zu nehmen, nach der wir von einzelnen Dingen, Menschen sprechen; diese Bestimmtheit der Einzelheit kommt erst beim Urteile vor. Jedes Moment des Begriffs ist selbst der ganze Begriff (§ 160), aber die Einzelheit, das Subjekt, ist der als Totalität gesetzte Begriff.“⁴⁴⁶

Ohne auf die hegelsche Begriffslogik im Einzelnen eingehen zu können, zeigt sich ein Unterschied zwischen dem Wirklichen und dem Wirkenden, der auch hinsichtlich des kaB und des Typus angewandt werden kann. Der kaB als Ausdruck des völkischen Rechts, des objektiven Geistes, drängt zur Verwirklichung. Dazu bedarf es der Typen, die einerseits als Teil des methodischen Denkens Wirklichkeit und so in der Sphäre des Stofflichen verankert sind, gleichzeitig

⁴⁴³ Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 117.

⁴⁴⁴ Dies bestätigt sich bei Larenz auch später. Noch in der 6. Auflage der Methodenlehre ist Larenz der Ansicht, dass die Klassifizierungen von Savignys inhaltsleer bleiben, weil sie gerade nicht den organischen, sondern nur den logischen Zusammenhang von Rechtsinstituten erklären können. Anderes kann nur der kaB leisten, wie er sich bei Hegel darstellt. Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 15.

⁴⁴⁵ Hegel, Werke in 20 Bänden, Frankfurt am Main 1970, Band 8, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, § 163, S. 310.

⁴⁴⁶ Hegel, Werke in 20 Bänden, Frankfurt am Main 1970, Band 8, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, § 163, S. 310.

aber als Moment des kaB dessen gesamte Totalität umfassen.⁴⁴⁷ Durch die Typen wirkt also der kaB in der Wirklichkeit,⁴⁴⁸ ist aber selbst die reine Idee, die die Wirklichkeit mittels eines objektiven Prinzips verändern will. Ähnlich wie dem kOD liegt dem kaB ein gestalterisches Moment zu Grunde, das die Wirklichkeit im Sinne des dialektischen Strebens nach Vervollkommnung verändern kann. Der Typus hingegen ist in der Wirklichkeit verortet und stellt diese beschreibend dar. Dies belegt auch die Textstelle, die von Kokert als Beleg für die Identität von kaB und Typus genannt wird, wenn sie im Zusammenhang zitiert wird:

*„Der Begriff soll die einheitliche Erfassung wesentlich übereinstimmender Lebenserscheinungen ermöglichen, nicht aber wesentlich Verschiedenes in einer formalen Einheit untergehen lassen. Diesem Ziele dient der Begriff eines bestimmten Typus. Ein Typus ist dadurch gekennzeichnet, daß er eine Reihe bestimmter Momente in sich vereinigt, die durch den inneren Sinn und die Funktion des Typus innerhalb eines größeren Ganzen zusammengehalten werden.“*⁴⁴⁹

Die kaB sind letztlich rechtsphilosophische Termini, der Typus hingegen ist eine methodische Denkfigur. Daher sind sie nicht wesensgleich, sondern beziehen sich vielmehr in einem Dualismus aufeinander. Larenz selbst lehnte es übrigens ab, diesen Dualismus schon als dialektisch im hegelschen Sinne anzusehen.⁴⁵⁰ Vielmehr wies er darauf hin, dass der kaB nach Hegel eine Idee ist, die sich in ihren einzelnen Momenten entfaltet.⁴⁵¹ Diese Deutung wird dadurch unterstützt,

⁴⁴⁷ Vgl. auch: Hegel, Werke in 20 Bänden, Frankfurt am Main 1970, Band 8, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse, § 160, S. 306:

„Der Begriff ist das Freie, als die für sie seiende substantielle Macht, und ist Totalität, indem jedes der Momente das Ganze ist, das er ist, und als ungetrennte Einheit mit ihm gesetzt ist; so ist er in seiner Identität mit sich das an und für sich Bestimmte.“

⁴⁴⁸ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 52. In seiner Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Berlin 1960, S. 362 beschreibt Larenz dies so:

„Sofern aber der konkret-allgemeine Begriff die Wirklichkeit gestaltet, müssen seine Momente in den Wirklichkeitstypen als Sinnkomponenten wiederkehren.“

⁴⁴⁹ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 45.

⁴⁵⁰ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 49 FN 15:

„Das bisher nicht wieder erreichte Vorbild einer Logik des konkreten Begriffs ist bekanntlich die Logik Hegels. Was hier als „konkreter Typus“ bezeichnet wird, ist noch nicht der „konkrete Begriff“ im Sinne der Hegelschen Philosophie, die Abwandlung der Typen in dem oben dargelegten Sinne noch keine Dialektik im Sinne Hegels. Doch liegt dem die „dialektische Natur“ solcher Begriffe wie Ganzheit, Ordnung, usw. zugrunde.“

⁴⁵¹ So auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Berlin 1960, S. 336 FN 1.

dass Larenz die Bedeutung der Typen für die völkische Rechtswissenschaft unterstrich, wobei er gerade auf die Ableitung dieser Typen aus den kaB abstellte:

„Die völkische Rechtswissenschaft verzichtet somit nicht auf begriffliche Erfassung und systematische Gliederung, aber sie geht nicht auf die Bildung formaler Grundbegriffe und auf eine äußerliche Klassifikation, sondern auf Typenbildung und auf die Entfaltung konkret-allgemeiner Grundbegriffe in Typenreihen aus.“⁴⁵²

In seiner schon zitierten Erwiderung auf Heck legte Larenz dar, dass er den Begriff „Rechtswissenschaft“ als aus den Momenten Rechtsphilosophie, Jurisprudenz und Politik zusammengesetzt versteht.⁴⁵³ Insoweit kann also der kaB als rechtsphilosophischer Bezugspunkt des rechtswissenschaftlichen Typus verstanden werden. Insbesondere auch die Formulierung „Fortbestimmung“ im Text von 1935 zeigt den Bezug auf die Terminologie Hegels. Die Typen spiegeln nach Bildung einer Typenreihe in ihrer Gesamtschau einen kaB.⁴⁵⁴ Hierbei können einzelne Typen, soweit sie ihrerseits eine Typenreihe geringerer Ordnung bilden und sich so mit einer konkreten Bedeutung anreichern, auch wiederum kaB darstellen, wenn auch auf einer unteren Stufe (im Sinne einer formallogischen Klassifizierung). Für dieses Verständnis sprechen auch Formulierungen bei Larenz. So etwa auch in dem oben zitierten Text von 1938:

„Der Begriff soll die einheitliche Erfassung im wesentlichen übereinstimmender Lebenserscheinungen ermöglichen, nicht aber wesentlich Verschiedenes in einer formalen Einheit untergehen lassen. Diesem Ziele dient der Begriff eines bestimmten Typus.“⁴⁵⁵

Offensichtlich wird dies in einer anderen Stellungnahme von Larenz zu Typen, wo er den Prozess der Wechselwirkung zwischen kaB und Typus beschrieb. In dieser für die nationalsozialistische Periode späten Arbeit wird anschaulich, wie Larenz diese Begriffe in einer dialektischen Spannung sah:

„Denn was die Typen verbindet, ist nicht ein ihnen allen abstrakt-gemeinsames „Merkmal“, sondern die übergreifende Sinnbeziehung, die Einheit der Idee, und wir begreifen diese Einheit, indem wir entweder den konkret-allgemeinen Grundbegriff in seinen Momenten und Gestalten entfalten oder im einzelnen Typus den allgemeinen Sinn, die zugrundeliegende Idee erschließen. Erst in der vollständigen Reihe seiner typischen Gestalten ist der konkret-allgemeine Grundbegriff voll entfaltet und als Totalität seiner Momente begriffen. Die Typenreihe erfordert daher den konkret-allgemeinen

⁴⁵² Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 53.

⁴⁵³ Larenz, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, in: AcP 143 (1937), S. 257, 259.

⁴⁵⁴ Ähnlich auch Frommel, Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser, Ebelsbach 1981, S. 183.

⁴⁵⁵ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 45.

*Begriff und dieser verlangt nach seiner Darstellung in den typischen Gestalten, in deren Gesamtheit er sich manifestiert, d.h. seinen Sinn zu verstehen gibt.*⁴⁵⁶

Wenn die früheren Auflagen der Methodenlehre mit einbezogen werden, zeigt sich, dass Larenz in der zweiten Auflage seiner Methodenlehre den Typus als eigenständige dritte Denkform neben dem kaB und dem allgemeinen Begriff nennt,⁴⁵⁷ und den kaB vornehmlich für die Rechtsphilosophie, aber nur bedingt für die Rechtsdogmatik geeignet hält,⁴⁵⁸ um dann in der dritten Auflage den Bezug zum kaB vollends aufzugeben und seine Typuskonzeption in eine juristische Hermeneutik zu integrieren.⁴⁵⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint die These - Kokerts wenig plausibel. Zumal Kokert als Argument anführt, dass Larenz in seinen späteren Schriften den kaB mit der Natur der Sache gleichsetzt⁴⁶⁰ und in der Methodenlehre den Typus als an der Natur der Sache orientiert bezeichne.⁴⁶¹ Gerade eine solche Aussage kann nur so verstanden werden, dass sich der Typus an dem kaB orientiert. Dies schon deswegen, weil er dessen methodische Verwirklichung darstellt und auf den kaB notwendig bezogen bleibt.

Zumindest für die Zeit bis 1945 zeigt sich, dass der Typus als gegenständliche Anwendung des kaB für Larenz im Hinblick auf die so erzielbaren praktischen Ergebnisse von größerer Bedeutung war und daher in den Schriften ab 1938 verstärkt behandelt wurde, mag sich auch schon zu diesem Zeitpunkt eine Lösung vom hegelschen Idealismus abgezeichnet haben. Larenz wollte vielleicht mit dem Wechsel seines Bezugspunkts nur vorbauen, da er – wie Kokert ausführte – nicht an den Endsieg Deutschlands und damit an das Fortbestehen des Nationalsozialismus glaubte.⁴⁶² Auf dem Boden einer idealistischen Betrachtung von kaB und Typus lässt sich aus der von Kokert angeführten Parallelität der Textstellen kein Argument für eine undifferenzierte Benutzung dieser Ausdrücke durch Larenz gewinnen.

Wie sich gezeigt hat, nahm Larenz durchaus in weiten Teilen seiner Schriften grundsätzlich Rückgriff auf Hegel, so dass der Vorwurf der Fußnotenphilosophie hier sicher nicht berechtigt ist. Allerdings zeigt sich an einigen Stellen

⁴⁵⁶ Larenz, Typologisches Rechtsdenken. Bemerkungen zu V. Tuka: Die Rechtssysteme, in: ARSP 34 (1940/41), S. 20, 21.

⁴⁵⁷ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 423 FN 5.

⁴⁵⁸ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Berlin 1968, S. 476, 487.

⁴⁵⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin 1975, S. 443ff.

⁴⁶⁰ Larenz, Wegweiser zur richterlichen Rechtsschöpfung, in: Bötticher (Hrsg.), Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 275, 281.

⁴⁶¹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1. Auflage, Berlin 1960, S. 349.

⁴⁶² Kokert, Der Begriff des Typus bei Karl Larenz, Berlin 1995, S. 68.

durchaus, dass auch funktionale Erwägungen für das Werk tragend waren. Jedenfalls kann nicht so weit gegangen werden, die Bildung von Typen und Typenreihen allein als Mittel zum Zweck der Verortung der Rechtswissenschaft in der nationalsozialistischen Ideologie zu sehen.⁴⁶³ Vielmehr ist das Denken in kaB wohl der Versuch, ein für die Rechtsanwendung fruchtbares System zu entwerfen, das Hegels Denksystem angemessen berücksichtigt und zudem den Zielen des Nationalsozialismus zuträglich ist.

e) Die ideologische Funktion der kaB in der Praxis

Trotz des erklärten Anspruchs Larenz', durch seine neue Methode der Rechtsgewinnung vor allem praktische Ergebnisse erzielen zu können, blieb er doch bis auf wenige Beispiele den Nachweis der Praxistauglichkeit der kaB schuldig.

Einzig bei der Frage der Rechtsfähigkeit erläuterte er seine Thesen genauer. Der Nationalsozialismus fand bei seiner Machtergreifung den in der Rechtswissenschaft gesicherten Bestand vor, dass eine natürliche Person ohne weiteres auch rechtsfähig ist. Dies war schon im Gemeinen Recht ein anerkannter Grundsatz⁴⁶⁴ und wurde durch das BGB nicht in Frage gestellt.⁴⁶⁵ Die Schöpfer des BGB gingen vielmehr so selbstverständlich von diesem Grundsatz aus, dass in § 1 BGB lediglich der Beginn der Rechtsfähigkeit positiv gesetzt wurde. Die Herkunft dieses Grundsatzes verortet Larenz in der individualistischen Naturrechtslehre, wie sie vor allem durch Kant und den jungen Fichte repräsentiert wurde.⁴⁶⁶ Soweit die Historische Schule, allen voran Savigny, diese vom Subjekt im Geiste der Aufklärung gedachte Position übernahm, wurde sie der eigenen Auffassung vom Wesen des Rechts als der Gestaltwerdung des Volksgeistes und der daraus folgenden notwendig organischen Struktur des Rechts untreu. Larenz befindet, dass sie es unterlassen habe, den Begriff der Rechtsfähigkeit aus dem Geist des

⁴⁶³ So aber Kokert, *Der Begriff des Typus bei Karl Larenz*, Berlin 1995, S. 155.

⁴⁶⁴ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 2:

„Alles Recht ist vorhanden um der sittlichen, jedem einzelnen Menschen inwohnenden Freyheit willen. Darum muß der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen fallen mit dem Begriff des Menschen. (...) Jeder einzelne Mensch und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.“

⁴⁶⁵ Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, § 76 I

⁴⁶⁶ Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Dahm (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 225, 228f.

eigenen Volkes und damit unter Beachtung der überkommenen deutschrechtlichen Vorstellungen und des gemeinschaftsmäßigen Denkens zu entwickeln.⁴⁶⁷ Durch dieses Unterlassen sei der Begriff der Person als Träger der Rechtsfähigkeit so abstrahiert worden, dass in der Zivilrechtsdogmatik kein Unterschied zwischen Volksgenossen und Fremden mehr gemacht werden konnte. Um dies zu korrigieren, hätte es des Begriffs des subjektiven Rechts bedurft, um überhaupt noch praktisch nutzbare Aussagen zu gewinnen. Der Begriff des Personseins sei so abstrakt, dass kein Erkenntnisgewinn aus seinem Gebrauch mehr zu ziehen gewesen sei. Die Bestimmung des Begriffs subjektiver Rechte habe in der geschichtlichen Entwicklung gleichfalls der zunehmenden Abstraktion unterlegen. Während noch bei Puchta etwa das subjektive Recht an die sittliche Werthaltigkeit des freien Willens des Menschen als Rechtsträger geknüpft war, sei dieser Aspekt immer mehr in den Hintergrund geraten, so dass die Inhaberschaft subjektiver Rechte später abstrakt und formalistisch allein an die Fähigkeit einen Willen zu bilden geknüpft worden sei. Diesen Prozess der schleichen- den Abstrahierung legte Larenz schon generell bei der Ablehnung der Begriffsjurisprudenz dar. Auch Schmitt rügte diesen Prozess als eine grundsätzliche Schwäche der begriffsjuristischen Methode.⁴⁶⁸

Für Larenz ist insbesondere bedenklich, dass der formalisierte Begriff des Willens als Grund für die Rechtsträgerschaft keinerlei sittliche Beschränkung zeigt,⁴⁶⁹ wie sie etwa noch bei Kant und jedenfalls bei Hegel anzutreffen war. Wie schon oben gezeigt,⁴⁷⁰ ist das Recht einer Gemeinschaft nach Larenz mit dieser Gemeinschaft in einem dialektischen Prozess organisch aufeinander bezogen und verwoben. Es stellt die konstituierende Ordnung für diese Gemeinschaft dar und ist von daher auch nicht Zwangsordnung für das jeweilige Individuum, sondern Maßstab, um den eigenen Freiheitsbereich zu bestimmen und damit wahrhaft leben zu können. Der abstrakte Begriff der Rechtspersönlichkeit sei demgegenüber wertlos:

„Nicht als Individuum, als Mensch schlechthin oder als Träger einer abstrakt-allgemeinen Vernunft habe ich Rechte und Pflichten und die Möglichkeit, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern als Glied einer sich im Recht ihre Lebensform gebenden

⁴⁶⁷ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 228f.

⁴⁶⁸ Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 15f.; vgl. auch oben Seite 61ff.

⁴⁶⁹ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, S. 232.

⁴⁷⁰ Siehe Seite 92ff.

*Gemeinschaft, der Volksgemeinschaft. Nur als in Gemeinschaft lebendes Wesen, als Volksgenosse, ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit.*⁴⁷¹

Das neue Moment, was das „Konkrete“ ausmacht, ist, dass der Begriff der Rechtsträgerschaft oder der Person im rechtlichen Sinne als Träger von Rechten und Pflichten, nicht länger allein konstruiert, also im Wege etwa der Inversionsmethode aus dem vorhandenen Rechtsstoff gebildet wird und dabei, schon infolge der notwendigen Zwischenschritte, abstrakt gefasst ist, sondern durch den unmittelbaren Bezug zur Lebenswirklichkeit der Volksgemeinschaft und der idealistischen Rechtsidee, die im Sinne Hegels ebenfalls wirklich ist, konkretisiert wird. Der Prozess der Konkretisierung wie er von Larenz vorgeschlagen wird, ist, da er über das vorhandene Rechtsmaterial hinausgeht, ein Instrument, um schon bei der Rechtsgewinnung ideologische Gedanken zu integrieren. Dieser Subjektivierungsprozess erfolgt weder auf der Rechtstatsachenseite noch auf der Rechtsfolgenseite, etwa im Prozess der Wertung oder der Ermessensausübung, sondern auf dem Weg zwischen diesen beiden Polen der Rechtsgewinnung. Der Kaschierungseffekt ist hier besonders groß, da bei einer juristischen Entscheidung eine Problematisierung der zu Grunde liegenden Methode selten stattfindet. Nicht zuletzt deshalb wurde das Problem der Methodenehrlichkeit gerade im Zuge der Hermeneutikdiskussion nach dem Zweiten Weltkrieg ein zentraler Topos in der juristischen Methodendiskussion.⁴⁷²

Im larenzschen Sinne ist der abstrakte Begriff der Person in der neuen Rechtswissenschaft auch deshalb kein sinnvoller Rechtsbegriff, weil er ob seiner Allgemeinheit nicht in der Lage ist, den unterschiedlichen Gliedstellungen des Subjekts innerhalb der Volksgemeinschaft gerecht zu werden. Der abstrakte Begriff der Rechtsfähigkeit beschrieb nur einen Mindestinhalt, der auch den letzten Grenzfall, für Larenz ist dies ein rassefremder Ausländer, mit einschließt.⁴⁷³ Innerhalb der Ordnung des Volkes richtet sich aber die Rechtsstellung des Subjekts danach, ob es Volksgenosse ist oder nicht. Aber auch in anderen Ordnungen ist seine Rechtsstellung davon abhängig, ob es dieser Ordnung angehört - oder nicht.⁴⁷⁴ Träger der besonderen Rechte und Pflichten, die sich etwa aus dem Reichserbhofgesetz ergeben, kann nur sein, wer der Ordnung der Bauern-

⁴⁷¹ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 241.

⁴⁷² Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970, S. 8ff., 122f.

⁴⁷³ Larenz, Zur Logik des konkreten Begriffs, in: DRW 5 (1940), 279, 289.

⁴⁷⁴ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 245f.

schaft auch tatsächlich angehört, da diese Befugnisse keine subjektiven Rechte im hergebrachten Sinne darstellen, sondern eine „Konkretionsweise des objektiven Rechts, der Gemeinschaftsordnung“⁴⁷⁵ sind. Diese neue Position verdeutlichte Larenz mit seinem neuen Sprachgebrauch. Das Subjekt hat keine Rechte, sondern steht in der Rechtsstellung und füllt sie aus,⁴⁷⁶ womit sich die Rechtsordnung konkretisiert und so verwirklicht. Der kaB umfasst damit alle tatsächlich möglichen Gliedstellungen eines Subjekts innerhalb der Volksgemeinschaft, konkretisiert diese und wird gleichzeitig durch die Wirklichkeit konkretisiert. Damit soll der kaB dieses Gefüge von Rechten und Pflichten nicht nur genauer abbilden als der abstrakte Begriff des subjektiven Rechts, sondern er erschafft die Rechtsstellung des Einzelnen erst.

Der kaB ist also wie das kOD ein gestalterischer Begriff⁴⁷⁷. Konsequenterweise unterscheidet Larenz bei Rechtsgeschäften zwischen Verträgen und Einigungen. Verträge sind nur solche Rechtsgeschäfte, die allein den Austausch von Gütern zwischen zwei Individuen betreffen,⁴⁷⁸ und deshalb in größerem Umfang der Privatautonomie unterliegen. Er stellte klar, dass es grundsätzlich keine Rechtsbeziehung gibt, die nur die beteiligten Rechtsgenossen betrifft und so aus dem Pflichtengefüge der Volksgemeinschaft insgesamt herausfällt, also rein privatrechtlich ist.⁴⁷⁹ Vielmehr sei nur die Pflichtgebundenheit, relativ gesehen, geringer als bei den Einigungen. Bei den Einigungen werden zwar Willenserklärungen abgegeben, aber die haben nur statusbegründende, nicht aber statusbestimmende Funktion. Der Inhalt des Rechtsverhältnisses ist abschließend durch die vorgegebene Ordnung bestimmt, so dass kein Platz mehr für eine inhaltsbestimmende Rechtsmacht des Individuums bleibt. Die Ordnung, in die ein Rechtsgenosse eintritt, überspielt die subjektive Freiheit und stellt ein Pflichtengefüge auf, welches das Subjekt in seinen Rechtsbeziehungen determiniert. Beispiele für solche Einigungen sind für Larenz die Ehe, die Adoption und auch der Arbeitsvertrag.

⁴⁷⁵ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 244.

⁴⁷⁶ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 245.

⁴⁷⁷ Genau dieser Punkt wurde auch in der Rechtswissenschaft kritisiert. Horneffer etwa bezeichnet die Abgrenzung zwischen Typus und Allgemeinbegriff als Willkür. Vgl. Horneffer, Über allgemeine und konkrete Begriffe in der Rechtswissenschaft, in: DRW 5 (1940), S. 154, 160. Die Replik von Larenz: Ders., Zur Logik des konkreten Begriffs, in: DRW 5 (1940), 279ff., 279.

⁴⁷⁸ Larenz, Neubau des Privatrechts, in: AcP 145 (1939), S. 98.

⁴⁷⁹ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225, 251.

Diese Willenserklärungen sind in der nationalsozialistischen Ideologie besonders bedeutsam, ihr Inhalt wird daher durch die Ordnung besonders bestimmt. Durch die Typenreihe, die gerade im Gegensatz zu abstrakten Begriffen, wie etwa der Willenserklärung, Abstufungen zulässt, kann der Unterschied zwischen einem rein privatrechtlichen Vertrag und einer Einigung erklärt werden. Damit ist der Weg frei für eine rein ideologische Ausgestaltung des Pflichtengefüges, in das der Rechtsgenosse eingebunden ist. La Torre nannte diese Konzeption der Rechtsstellung des Individuums feudal,⁴⁸⁰ was aber angesichts der rassistischen Grundannahme dieses Konzeptes nicht angemessen erscheint. Richtig ist aber an seiner Beobachtung, dass ein solches Konzept die als gesichert geglaubten Ergebnisse der Aufklärung weit von sich weist und das Subjekt wieder in die gliedschaftliche Bindung, die jenseits seines Einflusses liegt, zurückholt. Statt subjektiver Rechte hat das Individuum nur noch Rechtsstellungen inne, die – ausgehend vom Pflichtenkreis, in den es eingebunden ist – zielgebundene und pflichtbestimmte Befugnisse darstellen.⁴⁸¹

Diese Rechtsstellung ist aber nicht die Zusammenfassung der subjektiven Rechte, sondern beschreibt die Eingebundenheit des Individuums in das objektive Recht und legt seine Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft fest.⁴⁸² Nur in Erfüllung dieser Pflichten stehen ihm bestimmte Befugnisse zu. Dieses Konzept heißt für die Rechtsgewinnung, dass der relevante Pflichtenkreis der Maßstab ist, an dem die Entscheidung zu messen ist, da sich aus diesem Zusammenhang erst die Begriffe erschließen, die den Auslegungsvorgang zu leiten haben. Dadurch wurde eine Methode geschaffen, die unmittelbar und denknotwendig außerrechtliche Maßstäbe integriert. Einer Kryptosoziologie, die versteckt das gewünschte Ergebnis produziert, bedarf es dabei nicht mehr. Die Gemeinschaftsbindung des Individuums wird rechtlich durch die Anweisungen des Führers bestimmt und durch den Rechtsstab konkretisiert.⁴⁸³ Auf der Grundlage einer solchen Methode ist die unbegrenzte Auslegung des Rechts geradezu notwendig, da Larenz die untrennbare Verbindung von Recht und Politik in einem auf eine Weltanschauung gegründeten Staatswesen deutlich erkannte.⁴⁸⁴ In diesem Zu-

⁴⁸⁰ La Torre, *Nostalgia for the Homogenous Society*, Florenz 1993, S. 14ff.

⁴⁸¹ Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Dahm (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 225, 248.

⁴⁸² Larenz, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in: Dahm (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 225, 245.

⁴⁸³ Larenz, *Volksgeist und Recht*, in: ZDK I (1935), S. 40, 54f.

⁴⁸⁴ Larenz, *Volksgeist und Recht*, in: ZDK I (1935), S. 40, 54f.

sammenhang erscheint es auch eher als Schutzbehauptung,⁴⁸⁵ wenn Larenz angibt, sich insbesondere wegen seines Aufsatzes „Volksgeist und Recht“⁴⁸⁶ in Schwierigkeiten gebracht zu haben und zum Rektor der Kieler Universität einbestellt worden zu sein,⁴⁸⁷ da es in der Konsequenz seiner Arbeit gelegen habe, dass die Macht des Führers letztlich durch das Volk begrenzt sei, was mit dem Primat des Führerprinzips nicht zu vereinen sei.

IV. Zusammenfassung

Der Stand der Methodendiskussion in Rechtswissenschaft und Rechtslehre war am Vorabend der Machtergreifung der NSDAP geprägt von einer Verunsicherung, die sich aus dem verlorenen Weltkrieg und den damit einhergehenden wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und politischen Verhältnissen erklären lässt. Zunehmend wurde das Korsett, das die Begriffsjurisprudenz der Rechtsentwicklung vorgab, als zu eng und ungeeignet empfunden, die erlebten Veränderungen abzubilden und dem Recht die Möglichkeit der Weiterentwicklung zu geben.

Auch ohne den Ersten Weltkrieg zeichnete sich dies mit der Einführung des BGB ab. Durch den Kodex wurde der Begriffsjurisprudenz, die in weiten Teilen auf der Historischen Schule aufbaute, aber nicht bewusst deren ethisches Fundament übernahm, die Geschäftsgrundlage entzogen. Gleichzeitig wurde in der Rechtswissenschaft der Paradigmenwechsel in den Geisteswissenschaften nachvollzogen. Diese Faktoren führten dazu, dass ein Gegenentwurf zu der Begriffsjurisprudenz gezeichnet wurde. Zunächst in der Freirechtsbewegung, die sich weniger über ihren neuen Ansatz, als über ihre Frontstellung zur Begriffsjurisprudenz definierte. Zentraler Streitpunkt war die fehlende Treue zum geschriebenen Recht, wie es den Freirechtlern immer wieder nachgesagt wurde.

Nachdem diese erste große Auseinandersetzung über die rechtswissenschaftliche Methode geführt worden war, konnte sich auch die Interessenjurisprudenz platzieren. Im Vergleich zur Freirechtsbewegung verfügte sie über ein geschlossenes System, hatte aber ebenfalls das Ziel, die überholte und zunehmend auch überforderte Begriffsjurisprudenz abzulösen.

⁴⁸⁵ In diesem Sinn auch Mährlein, *Volksgeist und Recht*, Würzburg 2000, S. 189.

⁴⁸⁶ ZDK I (1935), S. 40ff.

⁴⁸⁷ R. Dreier, Karl Larenz über seine Haltung im „Dritten Reich“, in: JZ 1993, 454, 456.

Die Rechtsprechung folgte zeitversetzt diesen Auseinandersetzungen und sah sich vor allem durch die drängenden Fragen der Aufwertung der Währung mit einer Situation konfrontiert, die mit den bisherigen geschriebenen und ungeschriebenen Instrumenten des Rechts nicht zu bewältigen war. Sie suchte nun unter Lockerung der Bindung an das Gesetz ihr Heil in § 242 BGB.

Diese Entwicklungen bildeten gleichsam den Hintergrund, vor dem sich das Recht in einer zeitgeschichtlich stürmischen Phase fortentwickelte. Dies war letztlich der Boden, den die Nationalsozialisten und diejenigen, die Recht und Rechtswissenschaft im nationalsozialistischen Sinne umbilden wollten, vorfanden.

Als bestimmendes Moment der Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Methode im Nationalsozialismus können die Beseitigung des Positivismus und eine Hinwendung zu irrationalen Konzeptionen von Recht innerhalb der völkischen Gemeinschaft gesehen werden, die sich an den Determinanten Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führerprinzip orientierte. Diese Bezugspunkte wurden in zunehmendem Maße subjektiv und irrational besetzt. Auslöser war die zunehmende Verunsicherung der Gesellschaft und damit auch der Rechtswissenschaftler. Der Wechsel der Staatsform, die traumatische Niederlage im Krieg und die Phase des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Chaos hinterließen ihre Spuren und bereiteten das Feld für konservative Gegenentwürfe zur ungeliebten Republik. Diese Gegenbewegung, an deren Spitze sich die Konservative Revolution befand, suchte ihre Vorbilder in der Geschichte. Sie betonte, geprägt durch die Fronterfahrungen, den charismatischen Führer ebenso wie organische Gesellschaftsverständnisse unter Betonung des Nationalen und Rassischen in klarer Ablehnung zum positivistischen und liberalen Gesellschaftsentwurf. Die nationalsozialistische Ideologie, die ebenso wie die Strömungen innerhalb der Rechtswissenschaft der Weimarer Republik, kein monolithischer, fest gefügter Block war, sondern eine krude Mischung aus Allgemeinplätzen, wahltaktischen Floskeln und machttaktischer Kalküle darstellte, konnte dieses allgemeine intellektuelle Unbehagen hinsichtlich der Demokratie in einen festen Rahmen einbinden und der akademischen Elite, zumindest nach der Machtübernahme, eine Heimat bieten.

Gerade der Irrationalismus in der Rechtswissenschaft ermöglichte es, die bestehende Rechtsordnung formal unangetastet zu lassen und gleichwohl in einem weiten Maße der nationalsozialistischen Weltanschauung unmittelbaren Zugang bei der Rechtsanwendung zu bieten. Schmitt war dabei für den Begriff des kOD stil- wenn auch nicht schulbildend und schaffte es, durch seinen nur schlagwort-

artig in den Diskurs geworfenen Begriff des kOD eine gewisse Meinungsführerschaft in der Frage der angemessenen juristischen Methode zumindest für die Zeit bis zu seiner Kaltstellung 1936 zu erringen. Larenz hingegen, als Prototyp des ehrgeizigen Jungprofessors, entwickelte ein ganzes System, in dem Ordnungsstrukturen in einen philosophischen Kontext eingebettet wurden und in weiten Teilen, wenn auch teilweise in einer eher fragwürdigen Art und Weise an dem System Hegels ausgerichtet wurden. Schmitt steckte schon mit „Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens“ das Terrain ab, auf dem sich die völkische Rechtswissenschaft bewegen sollte. Bei aller Ähnlichkeit in der Terminologie sind Unterschiede zu sehen. Gerade was die philosophische Zementierung der eigenen Positionen anging, war Larenz durchaus originell und stand in dem Sinne nicht unter dem Einfluss von Schmitt,⁴⁸⁸ sondern nutzte dessen Thesen, die zumindest als Schlagwort in den Wortschatz der Rechtswissenschaftler eingingen, die sich als Teil der nationalsozialistischen Bewegung verstanden, als Türöffner. Der wesentliche Unterschied zwischen den beiden liegt vor allem darin, dass Larenz seine Gedanken auf einer eigenen Konzeption des Völkischen aufbaute, wohingegen Schmitt als Grundlage für sein Modell das bestehende politische System übernahm. Hier zeigt sich wieder der Charakter von Schmitt, der unabhängig von der Frage der Wissenschaftlichkeit, immer mit feinen Antennen für die normative Macht des Faktischen agierte und bewusst den Zugang zur Macht suchte.

Jedenfalls gab Schmitt mit dem Ordnungsdenken die Richtung vor, die die Rechtswissenschaft in den kommenden Jahren einschlug, wohingegen Larenz für den Versuch stand, eine neue völkische Rechtswissenschaft zu gründen, die zwar dem Nationalsozialismus verbunden war und ihm loyal gegenüberstand, aber gleichwohl einer idealistischen Tradition folgte und insbesondere versuchte, ein Gegengewicht zu den Idealen der Aufklärung seit Kant zu schaffen.

Beiden Konzepten ist eine starke Betonung der Gemeinschaft zu Eigen. Die Rechte des Subjekts werden nicht mehr als Abwehrrechte gegen den Staat verstanden. Der Einzelne soll außerhalb seiner Einbettung in die organische Gemeinschaft des Volkes nicht existieren. Erst aus dieser Stellung in der Gemeinschaft können sich die Rechte, vor allem aber die Pflichten des Individuums ergeben. Während Schmitt dieses Konzept nur ganz allgemein beschrieb, stellte Larenz auch die methodischen Implikationen dar, indem er die kaB und die dar-

⁴⁸⁸ So aber Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 11, 14; ihm vorsichtig zustimmend Thoss, Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung, Frankfurt am Main 1968, S. 43.

aus abgeleiteten Typen als neues Instrument zur Rechtsgewinnung anbot. Durch das Eingebundensein des Individuums in die völkische Gemeinschaft, die wiederum dessen Rechtsstellung determiniert, und durch die Ausgestaltung dieser Rechtsstellung durch die kaB, die dem Justizstab eine beträchtliche Freiheit lässt, führt diese Methode zwangsläufig zu einer direkten Abhängigkeit des Ergebnisses von der nationalsozialistischen Ideologie.

Bei einer Bewertung dieses Ergebnisses sollte nicht vergessen werden, dass weite Teile der Rechtswissenschaft schon vor der Machtergreifung des Nationalsozialismus die Zeit als reif für eine Fortentwicklung der Rechtswissenschaft über den Positivismus hinaus empfanden. In diesem Sinne kann der Konflikt auch als eine Fortsetzung der Auseinandersetzung um die Freirechtsbewegung gewertet werden, der durch äußere Umstände um eine politische Dimension angereichert wurde.⁴⁸⁹ Dabei ist die Frage berechtigt, inwieweit etwa die heute vom BGH praktizierte Wertungsjurisprudenz indirekt durch die im Nationalsozialismus konsequent praktizierte Lockerung der Bindung der Gerichte an das Gesetz ermöglicht oder zumindest begünstigt wurde.

⁴⁸⁹ In diesem Sinne ist etwa die Stellungnahme Wieackers in: ders., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Nachdruck der 2. Auflage, Göttingen 1967, Göttingen 1996, S. 515 FN 1, zu verstehen.

Kapitel 2 Das Reichserbhofgesetz im Spiegel rechtswissenschaftlicher Rechtsgewinnungstheorien

Die Methodendiskussion nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten wurde, jedenfalls für die klassischen Disziplinen der Rechtswissenschaft mit dem Ziel geführt, dem neuen Gesetzgeber Werkzeuge an die Hand zu geben,¹ um das Recht im Sinne einer Ideologie umzudenken und so die gesellschaftliche Kontrolle zu verstärken. Der funktionale Aspekt dieser Methoden ist jedenfalls unübersehbar und auf die Kontrolle eines gewachsenen Rechtssystems gerichtet, das dem ideologischen Selbstbild der Zeit nicht entsprach.

Dies kann so für die Rechtsgewinnung und die Methodenlehre im Bereich des Reichserbhofgesetzes (REG) schon deshalb nur eingeschränkt gelten, weil dieses Gesetz erst nach Januar 1933 erlassen wurde und, wie zu zeigen sein wird, auf Initiative von überzeugten Nationalsozialisten erging. Hier kann eine funktional verstandene Methodenlehre nur den Zweck haben, die Richterschaft sowie die ins Erbhofrecht involvierten Beamten, Notare oder Rechtsanwälte zu disziplinieren.

Inwieweit sich ein solcher Einfluss der Rechtstheorie auf die Rechtsprechung des Reichserbhofgerichts (REHG) überhaupt nachweisen lässt, wird in einem späteren Kapitel untersucht. Hier sollen zunächst der Regelungsgehalt und die verschiedenen Methoden der Rechtsgewinnung innerhalb des Erbhofrechts aufgezeigt werden. Dabei wird, soweit es für das Verständnis nötig ist, auch auf das heute vorherrschende Methodenverständnis eingegangen. Einen solchen Rückgriff braucht es, um einen einheitlichen Sprachgebrauch zu gewährleisten. Zudem können so mögliche Entwicklungslinien aufgezeigt werden.

¹ Vgl. dazu Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997.

I. Entstehung und Inhalt des Reichserbhofgesetzes

1. Die Entwicklung des Anerbenrechts bis 1933

Die landwirtschaftliche Gesetzgebung unter dem Nationalsozialismus wurde von einem merkwürdigen Zwiespalt geprägt. Einerseits wurde die Landwirtschaft schon früh als Schlüsselsektor bei den Planungen für einen neuen Krieg erkannt. Von daher wurden Anstrengungen unternommen, diesen Komplex in einem kriegstauglichen Umfang zu modernisieren und die Produktion zu rationalisieren. Andererseits war die Agrarpolitik ein Spielplatz für Naziideologen und Blut-und-Boden-Träumer. Gerade durch diese Zwiespältigkeit konnte die Gesetzgebung ihren wirtschaftspolitischen Anspruch nicht erfüllen.

Trotz aller Ideologismen war das REG vor allem ein Versuch, ein seit dem 19. Jahrhundert immer drängenderes Problem in der Landwirtschaft zu lösen. Der infolge der Realteilung unter den Bauern in vielen Landstrichen immer mehr zersplitterte Landbesitz der Klein- und Mittelbauern reichte, insbesondere bei der personalintensiv betriebenen Landwirtschaft ohne Maschinen, nicht, um die Bauern zu ernähren, womit sich die Versorgung der übrigen Bevölkerung nicht mehr ohne weiteres sicherstellen ließ. Für die militärischen Stäbe waren die Erfahrungen im Ersten Weltkrieg prägend,² als die Landwirtschaft den Bedarf an Lebensmitteln nicht mehr decken konnte. Neben dem Preisverfall auf dem Agrarsektor, der verhinderte, dass die Bauern in stärkerem Maße in neue Arbeitstechniken investieren konnten, wurden die bäuerlichen Erbbräuche als ein Faktor ausgemacht, der die Gesundung der Landwirtschaft verhinderte. Die freie Erbfolge in einigen Teilen des Reiches führte zu Zwergstellen und Splitterbesitz.

Warum in den verschiedenen Landschaften Deutschlands mal Realteilung, mal Anerbenrecht vorherrschte, konnte bislang noch nicht eindeutig geklärt werden, da die Erkenntnisse gerade über das germanische Erbrecht mager sind.³ Die damals verbreitete These, wonach die Grenze zwischen Anerbenrecht und Realteilungsgebiet auf der Rückzugslinie des germanischen Substrats vor dem römi-

² Vgl. dazu Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 399ff.

³ Kroeschell, Geschichtliche Grundlagen des Anerbenrechts, in: Agrarrecht 1978, S. 147, 148f.

schen Einfluss verläuft, ist wissenschaftlich nicht zu fundieren. Diese These wurde insbesondere im Nationalsozialismus vertreten,⁴ entsprang aber eher - ideologischen Wunschträumen als der Quellenlage.⁵ Bis ins 18. Jahrhundert hinein konnten die Bauern in der Regel nicht über den von ihnen bearbeiteten Boden frei verfügen, vielmehr hatten die Großgrundbesitzer erheblichen Einfluss auf die Nachfolge in die Höfe. Die Freiteilung des bäuerlichen Besitzes trat verstärkt erst gegen Ende des 18. Jahrhunderts im Zuge der Rezeption des Code Civil auf. Dieser sah, anders als die bisherigen bäuerlichen Sitten, die Naturalteilung des Besitzes vor. In Preußen wurde die Freiteilung des Grundbesitzes durch das Landeskulturedikt von 1811 vorgeschrieben und naturrechtlich begründet. In anderen Gebieten, etwa bei Staaten des ehemaligen Rheinbundes, wurden die napoleonischen Gesetze mehr oder weniger modifiziert übernommen. Die neuen Regelungen führten vor allem zu einer Kapitalisierung des Grundbesitzes, der nun in viel stärkerem Maße als vorher ein umlauffähiges Wirtschaftsgut wurde.⁶ Trotzdem wurde das freie Erbrecht der Bauern als wesentliches Element einer liberalen Gesellschaft angesehen. Daher wurde das freie Erbrecht als der Kernbestand der Bauernbefreiung gefeiert. § 165 der Paulskirchenverfassung von 1848 enthielt die Bestimmung, dass jeder Grundeigentümer unbeschränkt über sein Grundeigentum verfügen kann. Eine ähnliche Bestimmung ist auch in der preußischen Verfassung von 1850 in Art. 42 zu finden.⁷

Die folgenden Jahre waren dadurch geprägt, dass die Regierungen versuchten, die Teilung der Höfe jedenfalls dann zu unterbinden, wenn dadurch der Bestand der Wirtschaftseinheit gefährdet erschien. So erließ etwa Friedrich Wilhelm III. von Preußen am 20. Oktober 1834 eine entsprechende Kabinettsordre. Im Zuge dieser Auseinandersetzung wurden in zahlreichen Staaten zwischen 1874 und 1896 Anerbengesetze erlassen,⁸ die eine Anerbenregelung vorsahen, wenn es

⁴ Darré, Das Bauerntum als Lebensquell der nordischen Rasse, 2. Auflage, München 1933; Busse, Germanisches Bauernrecht, in: DR 1934, S. 497ff.

⁵ Zum relativ ideologiefrei dargestellten Stand der Forschung im Bereich des bäuerlichen Erbrechts vgl. Knubel, Das Wesen der Erbfolge nach dem Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 in rechtsvergleichender Darstellung zum älteren bäuerlichen Erbrecht, Düsseldorf 1934, S. 15-32.

⁶ Zum Einfluss des Liberalismus aus nationalsozialistischer Sicht vgl. Kunter, Die Stein-Hardenberg'sche Agrarreform und das Reichserbhofgesetz, Halle 1937, S. 16ff.

⁷ Zu der Entwicklung vgl. Kroeschell, Geschichtliche Grundlagen des Anerbenrechts, in: Agrarrecht 1978, S. 147, 152.

⁸ So 1873 Oldenburg, 1874 Hannover, 1882 Westfalen, 1883 Brandenburg und 1896 Schleswig-Holstein, vgl. Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 16.

sich auch um mittelbare Intestat-Anerben-Gesetze⁹ handelte. Um unter diese Gesetze zu fallen, musste der Hof zuvor in eine Höferolle aufgenommen worden sein.¹⁰ In Braunschweig (1874) und Lippe (1886) wurden unmittelbare Intestat-Anerben-Gesetze erlassen.¹¹ Sie erfassten kraft Gesetzes alle Höfe, konnten aber durch Testament vom Bauern umgangen werden. Der Erfolg dieser fakultativen Anerbengesetze blieb gering, die Zersplitterung nahm weiter zu. Die Lage verschärfte sich, als ab etwa 1870 der Preisverfall für landwirtschaftliche Produkte einsetzte und viele Bauern in den Ruin riss. Der Preissturz war umso prekärer, da sich viele Bauern zum Landkauf oder zur Erbabfindung der Geschwister hoch verschuldet hatten. In dieser Situation wurden eine einheitliche Anerbengesetzgebung und eine Beschränkung der Verschuldensfähigkeit bäuerlicher Betriebe diskutiert.

Trotz einiger Vorstöße, vor allem durch Preußen, wurde ein Reichsanerbengesetz im Zuge der Kodifikation des BGB aber nicht erlassen. Der Gesetzgeber vermied es weitgehend, Ausnahmen vom freien Erbrecht zu schaffen. § 64 EGBGB sah vor, dass die Länder bestehende Anerbengesetze bewahren und neue erlassen konnten. Noch 1924 erarbeitete eine Kommission landwirtschaftlicher Organisationen einen Entwurf für ein Reichsanerbengesetz und leitete es dem Reichsernährungsministerium zu. Der Entwurf, der als Rahmengesetz konzipiert war, sah die Einführung eines einheitlichen Anerbenrechts in allen Gebieten vor, in denen die Anerbensitte üblich war. Allerdings konnte auch hier die Geltung durch Testament aufgehoben werden. Der Entwurf wurde aber von den Ländern als zu weitgehend empfunden und daher abgelehnt.¹²

Auch die Agrarwissenschaft sah in einem Anerbengesetz keinen wirtschaftlichen Vorteil. Es wurde angeführt, die Bodenteilung wäre ein Ansporn für die Tüchtigsten.¹³

⁹ Durch eine Intestat-Regelung wird der Erbe bzw. Anerbe durch das Gesetz bestimmt. Eine gewillkürte Erbeinsetzung durch Testament ist dann nicht mehr möglich.

¹⁰ Zu dem bescheidenen Erfolg, den diese Gesetze, mit Ausnahme in den Gebieten um Hannover, hatten, vgl. Knubel, Das Wesen der Erbfolge nach dem Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 in rechtsvergleichender Darstellung zum älteren bäuerlichen Erbrecht, Düsseldorf 1934, S. 31f.

¹¹ Eine komplette Übersicht über die Gesetzgebung in diesem Bereich für den Zeitraum zwischen 1782 und 1910 findet sich bei Knubel, Das Wesen der Erbfolge nach dem Reichserbhofgesetz vom 29. September 1933 in rechtsvergleichender Darstellung zum älteren bäuerlichen Erbrecht, Düsseldorf 1934, S. 33f.

¹² Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 19.

¹³ Aereboe, Agrarpolitik, Berlin 1928, S. 260.

Trotz der Agrarkrise in den zwanziger Jahren, die die Landwirtschaft hart traf, obwohl die Inflation zuvor zu einer faktischen Entschuldung geführt hatte, wurde kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf gesehen. Vielmehr wurde durch agrarprotektionistische Maßnahmen versucht, der offensichtlichen Krise Herr zu werden.¹⁴ Erst unter den Nationalsozialisten sollte mit dem Preußischen bäuerlichen Erbhofrecht ein erneuter Vorstoß unternommen werden.

2. Die nationalsozialistische Blut-und-Boden-Ideologie

Neben der wirtschaftspolitischen Zielsetzung war das spätere REG ein Vehikel, um spezifisch nationalsozialistische Ideologie zu transportieren. Die angestrebte Reagrarisierung des Landes stand im Zusammenhang mit der „Wehrhaftmachung des deutschen Volkes“¹⁵. Dabei zeigte sich auch eine gewisse Scheu vor kapitalistischen Wirtschaftsstrukturen. Diese Ablehnung hegte vor allem der nationalbolschewistische Flügel der NSDAP der Brüder Strasser vor deren Kaltstellung.

Die Wirtschaftspolitik war auf die Autarkie des landwirtschaftlichen Sektors gerichtet. Aus rassenpolitischen Motiven wurde die Reagrarisierung ebenfalls gefördert, da die »nordische Rasse« als notwendig mit dem Bauernstand verbunden gesehen wurde.¹⁶ Deutlich versuchten die Funktionäre später, das REG als Fortsetzung der germanischen Odal- oder Allodverfassung¹⁷ zu präsentieren.¹⁸ In diesem Zusammenhang wurden zahlreiche Untersuchungen begonnen, die in

¹⁴ Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 20; zu den einzelnen Maßnahmen genauer: Fahle, Nazis und Bauern, Köln 1986, S. 41ff.

¹⁵ RK Hitler, anlässlich einer Ministerbesprechung in der Reichskanzlei zum Thema von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen am 8.2.1933 (BA-Koblenz, R 43 II, Bd. 536), zitiert nach Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 17.

¹⁶ Darré, Landvolk in Not, München 1932, S. 26ff.

¹⁷ Beide Begriffe sind im Sinne von Erbesitz, v.a. von Land, zu verstehen, der in der Sippe vererbt wird. In Norwegen wurde das Odal in der männlichen Linie vererbt. Die Sippenzugehörigen hatten zudem eine Art Vorkaufsrecht. Vgl. Goetz, Allod, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 1, Berlin 1971, Sp. 120f. und v. Olberg, Odal, in: Erler/Kaufmann (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Band 3, Berlin 1984, Sp. 1178ff.

¹⁸ Vgl. etwa Dölle, Lehrbuch des Reichserbhofrechts, 2. Auflage, München 1939, S. 6; Busse, Germanisches Bauernrecht, in: DR, 1934, S. 497, 498.

Norwegen noch rudimentär erhalten gebliebene Odalverfassung¹⁹ mit dem REG zu vergleichen und Gemeinsamkeiten aufzuzeigen.²⁰

Die NSDAP entdeckte die Bauern erst relativ spät. 1930 wurde unter Darré, dem späteren Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft, der »Agrarpolitische Apparat« der NSDAP gegründet, der die ländliche Klientel gewinnen sollte.²¹ Erst kurz vorher war Darré überhaupt in die Partei eingetreten, nachdem er am 1. April 1930 ein persönliches Gespräch mit Hitler geführt hatte und die beiden dort ihre Gemeinsamkeiten entdeckt haben sollen.²²

Darré war ein politischer Einzelgänger, der erst 1905 als Sohn einer deutsch-schwedischen Familie aus Argentinien zurück ins Reich kam und später Landwirtschaft studierte. In München nahm er Kontakt zu völkischen Gruppen auf und wurde insbesondere von dem Münchner Verleger J. F. Lehmann und dem Rasseforscher H. K. Günther finanziell unterstützt.²³ Über diese Kreise wurde er auch in die NSDAP eingeführt und wirkte 1930 bis 1933 erfolgreich als Agitator unter der Landbevölkerung. In seinen beiden Schriften „Das Bauerntum als Lebensquell der nordischen Rasse“ (1928) und „Neuadel aus Blut und Boden“ (1930) legte er sein Bekenntnis zum Bauerntum, fußend auf rassistischen Vorstellungen, ab. In dem ersten Werk versuchte er den wissenschaftlichen Nachweis, dass die nordische Rasse als Vorläufer der Indogermanen sesshafte Bauern und nicht Nomaden gewesen seien. Dieses nordische Bauerntum war für ihn das Ur- und Idealbild einer Gesellschaft, die allerdings von Judentum und Bolschewismus bedroht sei, die dem Wesen nach schmarotzende Nomaden seien, unfähig, sich eine eigenständige und sesshafte Existenz aufzubauen. Bei der Abwehr dieser Gefahren durch die »nordische Rasse« komme dem Bauern eine vornehme Rolle zu. Insbesondere das bäuerliche Erbrecht sei der Schlüssel zur Erhal-

¹⁹ Gesetz, betreffend das Odals- und Aasädesrecht vom 26. Juni 1821 und das Gesetz über ungeteilten Besitz vom 4. Juli 1927. Siehe dazu und zu Parallelen dieser Regelungen des REG in anderen Ländern: Buchenroth, Die Heimatzuflucht nach § 30 Absatz 3 Reichserbhofgesetz (REG) als Beispiel des anerbenrechtlichen Versorgungsprinzips in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2004, S. 49ff.

²⁰ Donat, Die Geschichte der Agrarverfassung des ostthüringischen Bauernstandes, Borna-Leipzig 1935; Schulte-Hürmann, Norwegischer Odelshof und deutscher Erbhof, Diss. Jur. Münster, 1942; von Leers, Odal, Das Lebensgesetz eines ewigen Deutschland, Goslar 1935; Frost, Das norwegische Bauernrecht. Odals- und Aasätesrecht, Jena 1938.

²¹ Kershaw, Hitler. 1889-1936, Frankfurt am Main 1999, S. 421; vgl. insgesamt: Gies, R. Walter Darré und die nationalsozialistische Bauernpolitik in den Jahren 1930-1933, Frankfurt am Main 1966; ders., NSDAP und landwirtschaftliche Organisationen in der Endphase der Weimarer Republik, in: VfZ 15 (1967), S. 341ff.

²² Vgl. Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 24.

²³ Vgl. dazu Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 20.

tung dieser Rasse. Die Auswahl des Hoferben soll schon immer ein Mittel der Auslese erbgesunden Nachwuchses gewesen sein, bis der Liberalismus und die Rezeption des römischen Rechts dem ein Ende bereitet hätten und so den Zusammenhang von Blut und Boden zerstörten.²⁴

In seinem zweiten Buch umriss er ein Programm zur »Aufnordung« des deutschen Volkes. Als ersten Schritt sah er vor, den Bauern durch eine Erbrechtsreform die Existenz zu sichern.²⁵

Zudem sollten in einem zweiten Schritt ausgewählte städtische Familien auf so genannten Hegehöfen angesiedelt werden und dort den Boden bewirtschaften. Der Hegehof sollte als Wirtschaftseinheit unteilbar sein und in männlicher Linie vererbt werden.²⁶ Im Grunde genommen sind mit diesen Ausführungen die Zielvorgaben des REG schon vorweggenommen.

Eine weitere Stütze der nationalsozialistischen Agrarpolitik waren die zahlreichen völkisch-bündischen Bewegungen, die sich nach dem verlorenen Krieg in der Weimarer Republik gegründet hatten. Insbesondere die Artamanen nahmen sich des Ziels der Reagrarisierung im Wege der Ostkolonisation an und gerieten schon relativ früh in den Dunstkreis der nationalsozialistischen Bewegung.²⁷ Auch Himmler, der spätere Reichsführer-SS, war ein Artamane. Seine Pläne zur Ostkolonisation, die er später gegen den Willen des Reichsministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (RMEL) betrieb, zeigen deutlich die Handschrift dieser Jugendbewegung,²⁸ die ab 1924 als Vorbereitung auf diese Ostkolonisation einen „freiwilligen Arbeitsdienst der Jugend auf dem Lande“ im Osten des Reiches organisierte. Himmler war in Bayern Gauleiter für diesen Bund, wo er auch Darré, den späteren Reichsernährungsminister und Chefideologen der Blut- und Boden-Herrlichkeit, kennen lernte.

Die Grenze zwischen wahltaktischen Manövern und ideologischen Prämissen ist in der Bauernpolitik der Nationalsozialisten nur schwer zu ziehen. Die NSDAP war, nachdem sie ihre Strategie dahingehend modifiziert hatte, legal an die Macht zu kommen, auf das Reservoir der ländlichen Wählerstimmen angewiesen. Auch Hitler erkannte schon früh die Bedeutung des Bauernstands für eine

²⁴ Darré, *Das Bauerntum als Lebensquell der nordischen Rasse*, 2. Auflage, München 1933, S. 458.

²⁵ Darré, *Neuadel aus Blut und Boden*, München 1930, S. 80.

²⁶ Darré, *Neuadel aus Blut und Boden*, München 1930, S. 90ff.

²⁷ Zu den Artamanen: Kater, *Die Artamanen – Völkische Jugend in der Weimarer Republik*, in: HZ 213 (1971), S. 577ff.

²⁸ Dazu Höhne, *Der Orden unter dem Totenkopf*, Gütersloh 1967, S. 48ff.

erfolgreiche »völkische« und »rassereine« Bevölkerungspolitik, so dass ideologische Momente auf die landwirtschaftliche Politik einen starken Einfluss hatten. Erst später, unter dem Eindruck der Versorgungsengpässe in der Ernährungswirtschaft, wurden härtere dirigistische Maßnahmen zur Steigerung der Produktivität ergriffen. Nicht zuletzt deshalb, weil eine autarke Landwirtschaft als erste Voraussetzung für eine militärische Expansionspolitik angesehen wurde.

3. Vom preußischen bäuerlichen Erbhofrecht zum REG

a) Das preußische bäuerliche Erbhofrecht

Nach der Machtübernahme behielt Darré eine Schlüsselstellung in der nationalsozialistischen Agrarpolitik. Allerdings konnte er erst am 29. Juni 1933 Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft werden, da er zunächst Hugenberg von der DNVP den Vortritt lassen musste, der zugleich auch Wirtschaftsminister war. Der damalige provisorische preußische Justizminister Hanns Kerrl nahm unmittelbar nach der Machtübernahme unter Umgehung des preußischen Landwirtschaftsministeriums Kontakt zu Darré auf, um ein preußisches Anerbengesetz zu erarbeiten. Das RMEL wurde nicht beteiligt. Im April 1933 traf sich Kerrl mit den engsten Mitarbeitern Darrés, Herbert Backe und Werner Willkens, sowie mit dem damaligen Ministerialdirektor Freisler und Ministerialrat Wagemann vom preußischen Justizministerium, um die Pläne für ein einheitliches Erbhofrecht voranzutreiben.²⁹ Wagemann und Backe sollten später auch Richter am Reichserbhofgericht werden. Trotz der Proteste von Hugenberg wurde am 17. Mai 1933 das preußische Erbhofgesetz (PrEHG)³⁰ erlassen, das am 1. Juni 1933 in Kraft trat. Es galt als mittelbares Intestatanerbenrecht obligatorisch für alle Gebiete, in denen bisher die geschlossene Vererbung der Höfe üblich gewesen war, sowie fakultativ für die bisherigen Realteilungsgebiete. Alle im Alleineigentum einer Person befindlichen und einheitlich von einer Hofstelle aus bewirtschafteten Höfe in der Größe von mindestens einer Ackernahrung sollten in den Anerbengebieten von Amts wegen, in den Realteilungsgebieten nur auf freiwilligen Antrag des Eigentümers, in eine Erbhöferolle eingetragen

²⁹ Vgl. Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 34f.

³⁰ PrGS, Nr. 34 v. 17.5.1933, S. 165.

und damit dem Gesetz unterstellt werden. Von der Bestimmung, dass bei nicht eingetragenen Höfen jeder Miterbe das Recht haben sollte, die Übernahme kraft Anerbenrechts zu verlangen, erhoffte man sich einen wirksamen Anreiz zur Ausbreitung der geschlossenen Vererbung in den bisherigen Realteilungsgebieten. Das Recht des Hofeigentümers, durch öffentliches Testament die Geltung des Erbhofrechts auszuschließen und nach eigenem Ermessen andere Erbregelungen, einschließlich der Aufteilung des Hofes, zu treffen, blieb aber unangestastet. Insoweit unterschied sich das Gesetz nicht von den bisherigen Anerbengesetzen. In anderen Punkten ging es aber weit über das bisher Diskutierte hinaus und war Ausdruck der Blut-und-Boden-Ideologie der beteiligten Ministerien. Die Zielsetzung des Gesetzes wurde, wie später im Vorspruch zum REG, durch die Autoren in den Wortlaut mit aufgenommen. § 63 PrEHG bestimmte:

„Das Gesetz hat den Zweck, die Bauernhöfe vor Überschuldung und schädlicher Zersplitterung im Erbgange zu schützen, um sie dauernd als Erbe der Familie in der Hand freier Bauern zu erhalten. Zugleich will das Gesetz auf eine gesunde Verteilung der landwirtschaftlichen Besitzgrößen hinwirken. Eine große Anzahl lebensfähiger kleiner und mittlerer Bauernhöfe, möglichst gleichmäßig über das ganze Land verteilt, ist für die Gesunderhaltung von Volk und Staat notwendig (...)“

Darüber hinaus wurde schon in § 1 Abs. 2 Satz 1 PrEHG zwischen dem Landwirt und dem Bauern unterschieden. § 2 Abs. 1 PrEHG bestimmte, dass ein Bauer nur ein deutscher Staatsbürger deutschen oder stammesgleichen Blutes sein könne. Hier ist die enge Verbindung des Gesetzes mit dem nationalsozialistischen Agrarprogramm offensichtlich. Schließlich enthielt das Gesetz Beschränkungen der rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht des Bauern über den Erbhof. Solche Verfügungsgeschäfte mussten von den Anerbengerichten, die bei den Amtsgerichten zu bilden waren, genehmigt werden. Unproblematisch war eine solche Genehmigung nur bei Übergabeverträgen, mit denen Altbauern ihre Höfe an ihre Kinder übertrugen. Die Gerichte hatten über die Erteilung der Veräußerungsgenehmigung und unter bestimmten Umständen bei der Bestimmung des Hoferben einen starken Einfluss. Ein Novum war dabei, dass an den Anerbengerichten zwei Bauern als Laienrichter dem Berufsrichter beisaßen. In dem Verfahren stand der Rechtsweg zu dem Landeserbhofgericht (LEHG) offen, das beim OLG Celle gebildet worden war.³¹

Die weichenden Erben sollten nicht mehr eine am Ertragswert ausgerichtete Abfindung erhalten, sondern nur noch ein Recht auf eine angemessene Ausbildung sowie eine ebenfalls unter Berücksichtigung der finanziellen Lage des Hofes angemessene Ausstattung, bzw. Aussteuer bei Verlassen des Hofes. Ihnen stand

³¹ Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 37.

daneben das Recht der Heimatzuflucht zu, sollten sie unverschuldet in Not geraten, § 17 PrEHG³². Das Gesetz sah ebenfalls die Möglichkeit vor, die Ehefrau und die Töchter des Bauern in der Erbfolge zurückzusetzen oder gar nicht zu berücksichtigen. Allerdings stand ihnen, abweichend vom späteren REG, das einen Verkauf des Hofes an Dritte nur ganz ausnahmsweise vorsah, in Anlehnung an das norwegische Odalsrecht ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, § 20 PrEHG. Zum damaligen Zeitpunkt galt § 64 EGBGB immer noch, daher konnte das Recht des Bauern, den Anerben frei zu bestimmen, nur geringfügig eingeschränkt werden, § 14 PrEHG. Insgesamt war der Kreis der möglichen Anerben im Vergleich zum REG noch sehr großzügig bestimmt, § 12 PrEHG.

Es zeigte sich aber bald, dass sich der erwünschte Erfolg nicht einstellte.³³ Dies lag vor allem daran, dass das Gesetz noch zahlreiche Lücken enthielt, so dass die Bauern es leicht umgehen konnten. Gerade in Gebieten, in denen die Realteilung üblich war, duldeten die Bauern keinen Eingriff in ihre Erbbräuche. Ähnliches Verhalten wurde aber auch aus traditionellen Anerbengebieten berichtet. Zur Umgehung des Gesetzes konnte der Bauer beispielsweise seinen Hof zur Sicherstellung einer angemessenen Abfindung hypothekarisch belasten oder durch Errichtung eines öffentlichen Testaments eine abweichende Erbfolgeregelung anordnen. Grundmann berichtet, dass zahlreiche Notare die Bauern zu einem solchen Schritt ausdrücklich ermutigten und sie entsprechend berieten.³⁴ Dies nahm solche Ausmaße an, dass das preußische Justizministerium die Notare unter Androhung von disziplinarischen Maßnahmen anwies, die Auslegungsregel des § 63 PrEHG und den dort niedergelegten Geist des Gesetzes strikt zu beachten.³⁵

b) Die Entstehung des REG

Eine zweite Chance, seine Pläne unter besseren Vorzeichen zu verwirklichen, erhielt Darré nach dem 29. Juni 1933, als er Reichsminister für Ernährung und

³² Zum Heimatzufluchtsrecht im PrEHG und REG umfassend: Buchenroth, Die Heimatzuflucht nach § 30 Absatz 3 Reichserbhofgesetz (REG) als Beispiel des anerbenrechtlichen Versorgungsprinzips in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2004.

³³ Farquharson, *The Plough and the Swastika. The NSDAP and Agriculture in Germany 1928-1945*, London 1976, S. 109; Grundmann, *Agrarpolitik im „Dritten Reich“*, Hamburg 1979, S. 37.

³⁴ Grundmann, *Agrarpolitik im „Dritten Reich“*, Hamburg 1979, S. 38.

³⁵ PrJM-AV v. 6.7.1933 (I 7453) betr. Bäuerliches Erbhofrecht und Notare, in: *Justizministerialblatt*, Nr. 34, 1933, S. 233.

Landwirtschaft werden konnte. Hugenberg musste, in Erkenntnis, dass seine Einrahmungspolitik gescheitert war, nach dem Verbot der politischen Parteien vom 21. Juni 1933 als Wirtschafts- und Ernährungsminister zurücktreten. Anders als Hugenberg konnte sich Darré in der Agrarpolitik eine ungleich größere Machtposition ausbauen und so seinen Plänen für das REG neuen Schub geben. Am 15. Juli 1933 wurde das „Gesetz über die Zuständigkeit des Reiches für die Regelung des ständischen Neuaufbaus in der Landwirtschaft“³⁶ erlassen. Darin erhielt das Ministerium die Ermächtigung, den Reichsnährstand zu gründen, um so unmittelbaren Einfluss auf eine gleichgeschaltete ständische Organisation zu haben. Der Reichsnährstand sollte die einflussreichen ländlichen Verbände ablösen und so helfen, den Widerstand gegen die Umstrukturierung des Agrarsektors zu minimieren.³⁷ Der Reichsnährstand sah eine Zwangsmitgliedschaft für alle Betriebe, die in der Ernährungswirtschaft tätig waren, vor und war, mit Darré als Reichsbauernführer an der Spitze, nach dem Führerprinzip organisiert. Weitere einflussreiche Organe waren die Landes- und Kreisbauernführer (LBF bzw. KBF). Unter der Geltung des REG zeigte sich ihr Einfluss daran, dass sie bei den Verfahren vor den Anerbenbehörden, die wie schon unter dem PrEHG bei den Amtsgerichten gebildet wurden, Antragsrecht erhielten.

Während Darré noch im Juli öffentlich erklärte, dass er zwar ein Reichsrahmengesetz für das Erbhofrecht erlassen wolle, gleichzeitig aber versprach, nur die Höfe unter die Regelung fallen zu lassen, bei denen die Eigentümer zustimmen,³⁸ arbeitete zur gleichen Zeit sein Ministerium unter der Leitung des designierten Staatssekretärs Herbert Backe an dem Entwurf des REG.³⁹ Nachdem Hitler seine grundsätzliche Zustimmung gegeben hatte und das Gesetz am 1. Oktober 1933 auf dem ersten Reichserntedanktag in der Reichsbauernstadt Goslar verkünden wollte,⁴⁰ wurde fieberhaft an der zeitgerechten Umsetzung gearbeitet, damit diese Zielvorgabe eingehalten werden konnte. Das REG wurde am 30. September 1933 verkündet.⁴¹

³⁶ RGBl. I, 495.

³⁷ Vgl. Fadle, Nazis und Bauern, Köln 1986, S. 78f.

³⁸ Darré, Ein grundsätzlich neuer Weg in der ländlichen Siedlung, in: Völkischer Beobachter v. 20.7.1933.

³⁹ Vgl. Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 40f.

⁴⁰ Vernehmung Reischles im Nürnberger „Wilhelmstraßen-Prozess“, BA: All Proz 1 LVI A 163, 2389f., nach Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 41.

⁴¹ RGBl. I, 685ff.

4. Inhalt und Methodik des REG

Der Kerngehalt des REG sowie der Zweck des Gesetzes wurden schon klar in der Präambel niedergelegt. Dort heißt es:

„Die Reichsregierung will unter Sicherung alter deutscher Erbsitte das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes erhalten. Die Bauernhöfe sollen vor Überschuldung und Zersplitterung im Erbgang geschützt werden, damit sie dauernd als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern verbleiben. Es soll auf eine gesunde Verteilung der landwirtschaftlichen Besitzflächen hingewirkt werden, da eine große Anzahl lebensfähiger kleiner und mittlerer Bauernhöfe, möglichst gleichmäßig über das ganze Land verteilt, die beste Gewähr für die Gesunderhaltung von Volk und Staat bildet.

Die Reichsregierung hat daher das folgende Gesetz beschlossen. Die Grundgedanken des Gesetzes sind:

Land- und forstwirtschaftlicher Besitz in der Größe von mindestens einer Ackernahrung und von höchstens 125 Hektar ist Erbhof, wenn er einer bauernfähigen Person gehört. Der Eigentümer heißt Bauer. Bauer kann nur sein, wer deutscher Staatsbürger, deutschen oder stammesgleichen Blutes und ehrbar ist. Der Erbhof geht ungeteilt auf den Anerben über. Die Rechte der Miterben beschränken sich auf das übrige Vermögen des Bauern. Nicht als Anerben berufene Abkömmlinge erhalten eine den Kräften des Hofes entsprechende Berufsausbildung und Ausstattung; geraten sie unverschuldet in Not, so wird ihnen die Heimstatt gewährt. Das Anerbenrecht kann durch Verfügung von Todes wegen nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden. Der Erbhof ist grundsätzlich unveräußerlich und unbelastbar.“

Die Zielvorgaben des ersten Abschnitts sind eine Einbruchsstelle für die völkische Blut-und-Boden-Ideologie. Bezeichnend ist, dass hier Forderungen aus dem Agrarprogramm der NSDAP von 1930⁴² wiedergegeben werden und – im Vergleich zum PrEHG – bewusst anstatt des Begriffs Familie auf die Sippe abgestellt wird.

Im zweiten Teil der Präambel wird bei der Vorstellung des wesentlichen Gesetzesinhalts deutlich, dass damit über die bisherigen Anerbengesetze hinausgegangen werden sollte. Vor allen Dingen wurde durch das REG ein Zwangsanerbengericht eingeführt, das – mit gewissen Übergangsfristen – unterschiedslos für bisherige Realteilungs- und Anerbengebiete gelten sollte und die rechtsgeschäftliche Verfügungsmacht des Bauern nicht unerheblich einschränkte. Ein im Vergleich, abgesehen vom PrEHG, ebenfalls neuer Ansatz war, das Anerbenrecht nur für solche Höfe zu statuieren, die wenigstens eine Ackernahrung darstellten, § 2 Abs. 1 REG. Einer Ackernahrung entsprach, abhängig von der Ertragslage

⁴² „Parteiämtliche Kundgebung über die Stellung der NSDAP zum Landvolk und zur Landwirtschaft“ vom 6. März 1930, abgedruckt bei Feder, Das Programm der NSDAP und seine weltanschaulichen Grundlagen, 146.-155. Auflage, München 1934, S. 9-14.

und der Bodengüte, eine Hofgröße von mindestens 7,5 ha.⁴³ Erbhöfe durften eine Größe von 125 ha nicht überschreiten, § 3 Abs. 1 REG. Allerdings konnte nach § 4 REG hinsichtlich der Höchstgrenze eine Ausnahme durch den Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft bewilligt werden. Damit sollten die Nebenerwerbshöfe sowie kapitalistisch verfasste Großbetriebe von der Neuregelung ausgeschlossen werden. Neben der hinreichenden Größe eines Anwesens war nach § 1 REG weitere Voraussetzung zum Entstehen eines Erbhofs, dass sich das Anwesen im Alleineigentum einer Person befand, die im Sinne des § 11 REG bauernfähig war. Für Höfe, die sich im gemeinschaftlichen Eigentum von Ehegatten befanden, galten zunächst nach der ersten Durchführungsverordnung (DVO I),⁴⁴ später nach der Erbhofrechtsverordnung (EHRV)⁴⁵, Ausnahmen, um den erwünschten Zweck zu erreichen, möglichst viele Höfe in Erbhöfe umzuwandeln. Allerdings durften die Höfe nicht ständig durch Verpachtung genutzt werden, § 1 Abs. 3 REG. Schließlich wurden die Höfe von Amts wegen in eine Erbhöferolle eingetragen (§ 1 Abs. 3 REG), was aber lediglich rechtserklärende und nicht rechtsbegründende Wirkung hatte und daher die Führung des Grundbuchs nicht ersetzte, §§ 52, 53 REG.

Neben diesen formalen Voraussetzungen für die Entstehung eines Erbhofs waren vor allem noch subjektive Voraussetzungen des Eigentümers konstitutiv. Dieser war berechtigt, den „Ehrentitel“ Bauer zu tragen (§ 11 Abs. 1 REG). Andere Eigentümer land- oder forstwirtschaftlicher Flächen durften nur als Landwirte bezeichnet werden, § 11 Abs. 2 REG. Bauer konnte nur sein, wer die deutsche Staatsangehörigkeit innehatte (§ 12 REG) und deutschen oder »stammesgleichen« Blutes war, was einen Nachweis seiner Abstammung bis zum 1. Januar 1800 einschloss, § 13 Abs. 1, 3 REG. In diesem Zusammenhang wurden auch Anforderungen an die persönlichen Fähigkeiten des Bauern gestellt. Er musste fähig sein, den Hof ordnungsgemäß zu bewirtschaften, und ehrbar sein, § 15 Abs. 1 REG. Soweit diese persönlichen Eigenschaften nicht mehr gegeben waren, konnte der Hof einem Dritten auf Antrag des Landesbauernführers zur

⁴³ Dies ist der Richtwert, den die DVO I (v. 19.10.1933, RGBl. I, 749) zum REG für die Aufnahme eines Hofes in die gemeindlichen Verzeichnisse annimmt. Hopp kommt bei einer Bewertung der Rechtsprechung der Anerbenbehörden 1940 zu dem Schluss, dass die Rechtsprechung der Anerbenbehörden zeige, wenn sie Ackernahrung nicht als fest definierbaren Begriff nutzt, dass sie Verhältnisse des Einzelfalles berücksichtige und damit am Leben orientiert, konkret bleibe. Vgl. Hopp, *Der Erbhof im Lichte richterlicher Rechtsschöpfung*, in: Freisler/Hedemann (Hrsg.), *Kampf für ein deutsches Volksrecht: Richard Deinhardt zum 75. Geburtstag*, Berlin 1940, S. 87, 89.

⁴⁴ Vom 19. Oktober 1933, RGBl. I, 749.

⁴⁵ Vom 21. Dezember 1936, RGBl. I, 1069.

Verwaltung und Nutznießung übertragen werden (so genannte Abmeierung⁴⁶). Wenn ein Ehegatte oder Anerben nicht vorhanden oder nicht bauernfähig waren, bestimmte § 15 Abs. 3 REG, dass das Eigentum auf einen Dritten übertragen werden konnte, wobei die Sippe des Bauern vorrangig berücksichtigt werden sollte. Neben der unübersehbaren völkischen und rassistischen Komponente dieser Regelungen sollte vor allem durch die Einteilung der im Agrarbereich tätigen Bevölkerung in Bauern und sonstige Landwirte der ideologische Anspruch erfüllt werden, dass die Bindung des Bauern an Grund und Boden nicht eine rein kapitalistische ist, sondern Ausdruck der Generationen übergreifenden Bindung der Bauernsippe an die eigene Scholle. Wegen der Sippengebundenheit und anderer Einschränkungen, wie dem Belastungsverbot, wurde das Erbhofeigentum nicht als bürgerlich-rechtliches Eigentum, das allein den Schranken des § 903 BGB unterlag, begriffen. Innerhalb des REG wurde dem Eigentum als Vollrecht die Pflicht der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung entgegengesetzt. Damit sollte zum einen der Auftrag des Bauernstands herausgestrichen werden, als »Blutquelle« und Ernährer des Volkes zu dienen. Zum anderen war dieses Eigentumsverständnis Ausdruck der Ansicht, dass der das Eigentum innehabende Bauer nur Treuhänder für seine Sippe sei.⁴⁷

Erst der dritte Abschnitt des Gesetzes regelte die Anerbenfolge. § 19 REG bestimmte, dass der Erbhof aus dem persönlichen Nachlass des Bauern angenommen bleiben und ungeteilt auf den Anerben übergehen solle. Damit wurde das Erbrecht des bürgerlichen Rechts ausgeschaltet. Im Gegensatz zu allen anderen Anerbengesetzen, auch dem preußischen, konnte der Bauer die Geltung der Erbfolgeregelung weder aufheben noch beschränken, § 24 REG. § 20 REG legte die Anerbenordnung fest. In der ersten Ordnung standen die Söhne und Sohnesöhne des Bauern, in der zweiten Ordnung stand der Vater, in der dritten Ordnung die Brüder und deren Söhne und Sohnessöhne. Erst in der vierten Ordnung kamen die Töchter und deren Söhne und Sohnessöhne, in der fünften Ordnung standen die Schwestern und deren Söhne und Sohnessöhne. In der sechsten Ordnung standen die übrigen weiblichen Abkömmlinge des Bauern. Da das REG das Ziel hatte, den Erbhof in der Linie des Bauern zu halten,⁴⁸ wurden die weib-

⁴⁶ Der Begriff der Abmeierung kam weder im PrEHG noch im REG vor, wurde aber spätestens seit 1934 zunehmend verwendet. Freisler etwa nutzt diesen Begriff im Vorwort zur zweiten Auflage von Wagemann/Hopp, Reichserbhofgesetz, erschienen 1933, vgl. Wagemann/Hopp, Reichserbhofgesetz, 3. Auflage, Berlin 1935, S. 46.

⁴⁷ Vgl. dazu etwa Saure, Das Reichserbhofgesetz, 5. Auflage, Berlin 1938, S. 24.

⁴⁸ Vgl. etwa Vogels, Das Reichserbhofgesetz, 4. Auflage, Berlin 1937, S. 315; Saure, Das Reichserbhofgesetz, 5. Auflage, Berlin 1938, S. 31.

lichen Verwandten rigoros bei der Anerbenfolge diskriminiert. Hinsichtlich der Rangfolge der Söhne galt, soweit kein entgegenstehender Erbbrauch in der Gegend bestand, Jüngstenrecht. Soweit die freie Bestimmung des Erben oder Realteilung Brauch gewesen war, konnte der Bauer den Anerben in der jeweiligen berufenen Ordnung selbst bestimmen. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes konnte der Bauer nach Entscheidung des Anerbengerichts von der gesetzlichen Rangfolge abweichen. Die Bevorzugung des Jüngsten hatte vor allem den Zweck, dass der Hof erst möglichst spät übergeben werden sollte, um so die Ausstattung der übergangenen Geschwister zu erleichtern. Diese strenge Regel wurde gesetzlich durchbrochen. Offensichtlich sollten die Härten des neuen Gesetzes und der Eingriff in die alten Bräuche in einer Übergangszeit abgemildert werden. § 21 Abs. 7 REG sah vor, dass beim ersten Erbfall nach dem 11. Oktober 1933 auch die Töchter des Bauern noch vor den übrigen Ordnungen als Anerbinnen berufen sein konnten, soweit Anerben der ersten Ordnung nicht vorhanden waren. Soweit ein wichtiger Grund vorlag, konnten die Töchter den Söhnen nach einem Beschluss durch die Anerbengerichte vorgezogen werden, § 25 Abs. 3 REG.

Um den Hof in der männlichen Linie der Bauernsippe zu halten, war die Ehefrau in jedem Fall von der Anerbschaft ausgeschlossen. Der Bauer konnte ihr lediglich den Hof zur Nutznießung übertragen, bis der berufene Anerbe sein 25. Lebensjahr vollendet hatte. Dies galt, abweichend von den überkommenen Bräuchen, auch dann, wenn die Ehe kinderlos blieb. Selbst dann hatte die Witwe keinen Anspruch auf den Hof, sondern nur auf ein Altenteil, § 31 REG. Dabei war es unerheblich, ob der Erbhof im Alleineigentum des Mannes stand, oder ob es sich um einen Ehegattenerbhof handelte, wo der Hof im Miteigentum stand, - oder eine eheliche Gütergemeinschaft gegeben war. Mit der zweiten Durchführungsverordnung (DVO II)⁴⁹ wurden auch solche Höfe Erbhöfe, bei denen nur eine Wirtschaftseinheit bestand, sich also Teile des Hofes jeweils im Alleineigentum eines der Ehegatten befanden. Die damit verbundenen Härten sind offensichtlich.

Wenig ausgewogen war auch die Regelung hinsichtlich der Geschwister des Anerben. Hier wurde in die Erbbräuche der bisherigen Anerbengebiete massiv eingegriffen. Die früher übliche Abfindung bzw. Mitgift in Geld für die übergangenen Geschwister wurde gestrichen. Ihre Ansprüche beschränkten sich auf Erziehung und angemessenen Unterhalt bis zur Volljährigkeit (§ 30 Abs. 1 REG), eine Ausbildung für einen dem Stand des Hofes entsprechenden Beruf -

⁴⁹ Vom 19. Dezember 1933, RGBl. I, 1096.

oder eine Ausstattung bei der Selbstständigmachung oder Verheiratung (§ 30 Abs. 2 REG) sowie schlussendlich das Recht zur „Heimatzuflucht“ im Falle unverschuldeter Not, § 30 Abs. 3 REG⁵⁰. Wirtschaftspolitisch gesehen mag diese Regelung einen gewissen Sinn gehabt haben, da die Höfe in der Regel hoch belastet wurden, um die Abfindung für die Geschwister aufbringen zu können. Auf der anderen Seite führte diese Regelung zu beträchtlichen Ungerechtigkeiten. Die Geschwister leisteten oft jahrzehntelang auf dem Hof Arbeit, ohne eine angemessene Entlohnung zu erhalten, so dass die Abfindung eher als nachträgliche Lohnauszahlung zu werten war. Diese Regelung führte häufig dazu, dass die Geschwister in die Stadt zogen, womit die Intention des REG eigentlich konterkariert wurde.

Insgesamt bedeutete das REG einen erheblichen Eingriff in die Erbbräuche der damaligen Zeit. Allerdings hatten die Bauern in der Übergangszeit noch einen gewissen Spielraum bei der Gestaltung des Erbgangs, der Härten zumindest abfederte. Dies setzte aber voraus, dass sich die Bauern aktiv um ihre Rechte kümmerten und sich von Anwälten und Notaren beraten ließen, was nicht immer den Gepflogenheiten der Bauern entsprach. Insbesondere in den Realteilungsgebieten, die nach Schätzungen zwischen 1/5 und 1/3 des Reichsgebiets ausmachten,⁵¹ wurde die hergebrachte Ordnung in diesem Gebiet empfindlich untergraben.

Der vierte Abschnitt des REG enthielt Verfügungsbeschränkungen über den Erbhof und Eingriffe in die Vertragsfreiheit der Bauern. Gerade hier unterschied sich das REG von allen bisherigen Ansätzen zur agrarpolitischen Steuerung. Die Regelungen griffen die radikalen Thesen Gustav Ruhlands⁵² auf, der zeitweilig Theoretiker des Landbundes gewesen war und vehement die Abschaffung kapitalistischer Strukturen in der Landwirtschaft forderte und dabei die ständischen Momente stark betont wissen wollte.

⁵⁰ Umfassend dazu: Buchenroth, Die Heimatzuflucht nach § 30 Absatz 3 Reichserbhofgesetz (REG) als Beispiel des anerbenrechtlichen Versorgungsprinzips in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2004.

⁵¹ Vgl. dazu Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 47, insbesondere FN 64, wo er die Schätzungen Aereboes und Abels aufgreift. Vgl. dazu: Aereboe, Agrarpolitik, Berlin 1928, S. 259, und Abel, Agrarpolitik, 2. Auflage, Göttingen 1958, S. 150.

⁵² Ruhland, System der politischen Ökonomie, 3 Bd., Leipzig, Berlin 1903-1908; vgl. zur Rezeption Ruhlands im Nationalsozialismus: Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 30ff.; Haushofer, Ideengeschichte der Agrarwirtschaft und Agrarpolitik im deutschen Sprachgebiet, Bd. 2: Vom Ersten Weltkrieg bis zur Gegenwart, Bonn 1958, S. 202; Bülow, Gustav Ruhland. Ein deutscher Bauerndenker im Kampf gegen Wirtschaftsliberalismus und Marxismus, Berlin 1936.

Erklärtes Ziel war auch hier, den Bauern und seine Sippe fest an die Scholle zu binden und ihn, so Saure, aus der kapitalistischen Wirtschaftsordnung herauszulösen.⁵³ Von daher wurden die Erbhöfe in § 37 Abs. 1 REG im Grundsatz für unveräußerlich und unbelastbar erklärt. Ausnahmen davon waren nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, wobei eine Genehmigung durch das Anerbengericht notwendig war, § 37 Abs. 2 REG. Der einzige explizit genannte wichtige Grund war ein Übergabevertrag mit dem Anerben, § 37 Abs. 3 REG, der ebenfalls der Genehmigung durch das Anerbengericht bedurfte.

Diese Regelung hatte erhebliche Probleme bei der Beschaffung von Krediten zur Folge. Zwar wurde durch das REG weitgehend sichergestellt, dass eine Kreditaufnahme für die Abfindung der Geschwister des Anerben in aller Regel nicht mehr erforderlich war, gleichwohl blieb die Kapitalbeschaffung zur Anschaffung von Arbeitsgeräten oder zum Zukauf von Nutzflächen zur Abrundung des Besitzes weiterhin nötig. Gegen den Widerstand der Kreditwirtschaft wurde das Verbot der dinglichen Belastung des Erbhofs durchgesetzt und durch § 38 REG ergänzt, der auch das Betreiben der Zwangsvollstreckung in den Erbhof grundsätzlich für unzulässig erklärte. Öffentlich-rechtlich Forderungen konnten aber unter Einhaltung des Verfahrens nach § 39 Abs. 2, 3 REG vollstreckt werden. Dabei musste der Gläubiger einen Monat vor Beginn der Vollstreckung die beabsichtigte Maßnahme beim Kreisbauernführer (KBF) anzeigen. Darauf konnte dieser innerhalb einer Frist die Forderung befriedigen, woraufhin die Forderung auf den Reichsnährstand überging. Erst wenn der KBF diese befreiende Schuldübernahme ablehnte, konnte in die wirtschaftlichen Erzeugnisse des Erbhofs vollstreckt werden, soweit sie nicht für die nächste Ernte erforderlich waren. Eine Vollstreckung in den Erbhof selbst war ausgeschlossen. In § 59 REG wurde dieses Verfahren auch für private Gläubiger übernommen. Eine gewisse Sicherung erfuhr dieses System dadurch, dass im Falle der Misswirtschaft die Abmeierung des verschuldeten Bauern eingeleitet werden konnte.

Der 5. Abschnitt des REG betraf die Gerichtsorganisation.⁵⁴ Das Verfahren vor den Anerbenbehörden wurde im REG selbst nicht geregelt, sondern in der DVO I und später in der EHVfO. Der Ausdruck Anerbenbehörden entstand in Anlehnung an die damals übliche Terminologie in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und bezeichnet die Gesamtheit der im Erbhofverfahren beteiligten Gerichte, auch

⁵³ Saure, Das Reichserbhofgesetz, 5. Auflage, Berlin 1938, S. 86.

⁵⁴ Im Überblick: Weitzel, „Bauerngerichte“ und Prozessrechtsreform 1933 – 1945, in: Buchholz/Mikat/Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung in der rechtsgeschichtlichen Forschung. Ekkehard Kaufmann zum 70. Geburtstag, Paderborn 1993, S. 361ff.

soweit sie nicht im gerichtlichen Verfahren, sondern etwa als Registerstelle tätig werden. Die Anerbengerichte sind nach dem REG zum einen die Gerichte der ersten Instanz, zum anderen aber auch die (Gerichts-) Behörde als solche. Die Anerbengerichte (AeG) wurden bei einem Amtsgericht für einen oder mehrere Amtsgerichtsbezirke errichtet, § 41 REG. Die Erbhofgerichte (EHG) wurden für ein Land oder für einen Teil eines Landes bei einem Oberlandesgericht errichtet, § 43 Abs. 1 REG. Sie konnten auch als selbstständiges Gericht errichtet werden, § 66 DVO I, und hatten dann den Rang eines OLG. Das EHG für Preußen wurde als Landeserbhofgericht (LEHG) in Celle errichtet. Die Aufsicht über das LEHG führten dessen Präsident und der preußische Justizminister. Das REHG wurde beim RMEL errichtet und konnte auch außerhalb Berlins Sitzungen abhalten, § 6 Abs. 1 Satz 2 EHVfO. Der Präsident des REHG war der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft. Das REHG hatte drei Senate. Die Senate bestanden jeweils aus drei Berufsrichtern und zwei Bauern als Beisitzern, § 6 Abs. 2 EHVfO.

Erste Instanz war immer das AeG, das mit einem Berufsrichter und zwei Bauern als Beisitzern besetzt war, § 41 Abs. 2 REG. Die örtliche Zuständigkeit ergab sich nach der Lage der Hofstelle, § 42 Abs. 1 REG. Gegen Beschlüsse des AeG war die sofortige Beschwerde gegeben, § 48 REG. In zweiter Instanz entschied das EHG, § 48 Abs. 3 REG. Soweit der Beschluss des EHG einen neuen, selbstständigen Beschwerdegrund enthielt, war schließlich die sofortige weitere Beschwerde vor dem REHG zulässig, § 49 REG. Soweit Gegenstand des Verfahrens die Erbhofeigenschaft eines Hofes, die Übertragung eines Erbhofs nach § 15 Abs. 3 REG, die Bauernfähigkeit eines Eigentümers, Fragen des vorherrschenden Erbbrauchs, die Bestimmung des Anerben durch den Erblasser oder die Veräußerung des Erbhofs waren, war der KBF befugt, die sofortige Beschwerde einzulegen, § 48 Abs. 2 REG. In diesen Fällen konnte der LBF dann auch die sofortige weitere Beschwerde einlegen, § 49 Abs. 2 REG. Ansonsten waren nur die Verfahrensbeteiligten berechtigt, Rechtsmittel einzulegen.

In § 47 Satz 2 REG war vorgesehen, dass die Entscheidungen des REHG der Bestätigung durch das RMEL bedürfen. Bei der Abfassung der DVO wurde aber davon abgesehen, eine entsprechende Vorschrift einzufügen. Hinsichtlich des Gangs des Verfahrens bestimmte § 11 DVO I bzw. § 11 EHVfO, dass bei Verfahren vor den Anerbenbehörden das Verfahren des FGG sinngemäß Anwendung findet.⁵⁵ Damit kam die ZPO nur dann zur Anwendung, wenn das FGG

⁵⁵ Zu der Rolle des Verfahrens vor den Anerbenbehörden im Kontext der Diskussion um eine Prozessrechtsreform: Weitzel, „Bauerngerichte“ und Prozessrechtsreform 1933 – 1945, in: Buchholz/Mikat/Werkmüller (Hrsg.), Überlieferung, Bewahrung und Gestaltung

ausdrücklich auf sie verwies, oder wenn sich die Anwendung ihrer Grundsätze aus der Natur der Sache ergab.⁵⁶ Wie im FGG diente das Verfahren vor den Anerbenbehörden weniger der Durchsetzung privater Interessen, sondern vielmehr der Wahrung öffentlicher Interessen. Die Anerbenbehörden wurden dabei überwiegend auf Antrag tätig.

Ob im Verfahren eine mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, lag im Ermessen des Gerichts, § 13 DVO I. Es galt der Amtsermittlungsgrundsatz, und die Gerichte waren in ihrer Beweiswürdigung frei. Den Beteiligten war allerdings rechtliches Gehör zu gewähren, § 12 DVO I. Dazu gehörte auch der jeweilige Bauernführer, soweit ihm ein Antragsrecht zukam.⁵⁷ Auch über Art und Umfang der Beweisaufnahme konnte frei entschieden werden, § 17 DVO I. Die Sitzungen waren grundsätzlich nicht öffentlich. Den Bauernführern war die Anwesenheit aber zu gestatten. Gleiches galt, wenn eine Person ein berechtigtes Interesse nachweisen konnte, § 10 DVO I.

Die Bauernführer wurden umfänglich in das Verfahren vor den Anerbenbehörden integriert, um zu gewährleisten, dass bei den Verfahren der Zweck des REG hinreichend Berücksichtigung finde.⁵⁸ Ihre Stellung im Verfahren wurde mit der des Staatsanwalts im Strafprozess verglichen, der ebenfalls die öffentlichen Belange wahren sollte und in diesem Sinn das Verfahren betreiben konnte.⁵⁹

Die Entscheidungen der Anerbenbehörden erwuchsen in formelle und materielle Rechtskraft, auch wenn es zu der Zeit strittig war, ob Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit der materiellen Rechtskraft fähig seien.⁶⁰

a) Die Gesetzgebungstechnik

Das REG war ungewöhnlich kurz und umfasste nur insgesamt 61 Paragraphen. In der zeitgenössischen Literatur wurde dies mit dem ungeheuren Zeitdruck begründet, unter dem die Verfasser angesichts der drängenden Probleme der Bau-

in der rechtsgeschichtlichen Forschung. Ekkehard Kaufmann zum 70. Geburtstag, Paderborn 1993, S. 361, S. 371ff.

⁵⁶ Vgl. Bergmann, Das Erbhofverfahren, München 1934, S. 31.

⁵⁷ Vgl. Bergmann, Das Erbhofverfahren, München 1934, S. 50.

⁵⁸ Vgl. Bergmann, Das Erbhofverfahren, München 1934, S. 77f.

⁵⁹ Vgl. Bergmann, Das Erbhofverfahren, München 1934, S. 79.

⁶⁰ Vgl. dazu Bergmann, Das Erbhofverfahren, München 1934, S. 113 m. w. N.

ernschaft standen.⁶¹ Allerdings ist schon weiter oben darauf hingewiesen worden, dass diese Eile vor allem dem Willen Hitlers geschuldet war,⁶² das REG zum Reichserntetag als zusätzliches propagandistisches Stilelement verkünden zu können.

Es ist nicht zu übersehen, dass mit dem REG neue gesetzestechnische Wege gegangen wurden. So wurden die Grundgedanken des Gesetzes in einer Präambel vorangestellt, die über § 56 REG zum Maßstab der Auslegung durch den Richter erklärt wurde. Die folgenden Paragraphen beschränkten sich häufig darauf, diese Grundgedanken zu wiederholen. Darüber hinaus hatten die beteiligten Ministerien über die Ermächtigungsnorm des § 61 REG, insbesondere dessen Abs. 2, einen ungewöhnlichen Spielraum, den materiellen Gehalt des Gesetzes zu verändern. § 61 REG lautet:

- (1) *Der Reichsminister der Justiz und der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft sind ermächtigt, gemeinschaftlich die zur Durchführung dieses Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen und allgemeinen Verwaltungsvorschriften zu erlassen.*
- (2) *Sie können hierbei, soweit sie es zur Erreichung des Zweckes dieses Gesetzes für erforderlich halten, auch Vorschriften ergänzenden oder abweichenden Inhalts treffen, insbesondere auch die in § 60 Abs. 2 bezeichneten Vorschriften aufheben oder abändern.*

Es wurde ein vereinfachtes Gesetzgebungsverfahren geschaffen, bei dem die beteiligten Ministerien die volle Kontrolle über die Frage der Erforderlichkeit einer Gesetzesänderung hatten. Unter diesen Gesichtspunkten wurde das REG schon damals als bloßes Rahmengesetz bezeichnet.⁶³

Grundmann ist der Ansicht, dass die meisten dieser im Wege des § 61 REG erlassenen Vorschriften hauptsächlich als Antwort auf politische und wirtschaftliche Probleme zu verstehen seien, die ihren Grund selbst erst im Erlass des REG hatten.⁶⁴ Dies ist insofern richtig, als versucht wurde, Lücken zu schließen, mit deren Hilfe Bauern, die des Schutzes in der Zwangsvollstreckung nicht bedurften, versuchten, sich dem REG zu entziehen. Es darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die wirtschaftlichen Leitlinien der nationalsozialistischen Agrarpolitik im Laufe der Zeit wandelten. Stand zunächst noch die Versorgung der Bevölkerung mit Lebensmitteln im Vordergrund, wurde später vor allem die

⁶¹ Vgl. Scheibe, Die Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes, Leipzig 1936, S. 36f.

⁶² Siehe FN 40.

⁶³ Darré, Reichserbhofgesetz und Agrarpolitik, in: DJ 1934, S. 852; Gülland, Das Reichserbhofrecht, Berlin 1935, Nr. 364; Scheibe, Die Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes, Leipzig 1936, S. 37.

⁶⁴ Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 50.

Agrarwirtschaft als integraler Bestandteil der auf militärische Konfrontation ausgerichteten Außen- und Innenpolitik wahrgenommen. Dazu war die Ermächtigung des § 61 REG bestens geeignet. § 61 REG kann daher als sehr flexibles Instrument für eine Verwaltung gelten, die keinen rechtsstaatlichen und demokratischen Beschränkungen wie dem Vorbehalt oder Vorrang des Gesetzes mehr unterworfen war.

Zunächst wurde von dieser Kompetenz durch drei Durchführungsverordnungen Gebrauch gemacht.⁶⁵ Später wurden diese Verordnungen in der Erbhofverfahrensordnung⁶⁶ und der Erbhofrechtsverordnung⁶⁷ (EHRV) zusammengefasst,⁶⁸ wobei auch inhaltliche Änderungen vorgenommen wurden. Im Wesentlichen ging die DVO I in der EHVfO auf, wohingegen die DVO II und III in der EHRV zusammengefasst wurden. Neben diesen Kernnormen erging noch eine Zahl von Ausführungsvorschriften.⁶⁹

b) Die wirtschaftspolitische Zielsetzung des REG

Wirtschaftspolitisch hatte das REG vor allem die Folge, dass die Bodenmobilität in seinem Geltungsbereich nahezu abgeschafft wurde. Dies bewirkte, wie die Agrarökonomie durchaus erkannte, letztlich, dass langfristig die Einkommensdisparität zwischen der übrigen Volkswirtschaft und dem Agrarsektor stieg. Nur über die Mobilisierung des Bodens konnten die Bauern ihre Güterproduktion an das volkswirtschaftliche Optimum angleichen.⁷⁰ Die Mobilisierung des Bodens war notwendig, um etwa Kredite zur Abrundung des jeweiligen Besitzes oder zur Investition in Maschinen zu erlangen. Diese Immobilität des Bodens wurde mit der Grundstücksverkehrsbekanntmachung vom 26. Januar 1937⁷¹ weitgehend auf nicht erbhofgebundenen Landbesitz ausgedehnt. Durch diese Verord-

⁶⁵ DVO I vom 19. Oktober 1933, RGBl. I, 749; DVO II vom 19. Dezember 1933, RGBl. I, 1096; DVO III vom 27. April 1934, RGBl. I, 349.

⁶⁶ Vom 21. Dezember 1936, RGBl. I, 1082.

⁶⁷ Vom 21. Dezember 1936, RGBl. I, 1069.

⁶⁸ Eine Synopse findet sich bei Vogels, *Das Reichserbhofgesetz*, 4. Auflage, Berlin 1937, S. 125ff.

⁶⁹ Eine Übersicht für den Zeitraum bis 1937 findet sich bei Vogels, *Das Reichserbhofgesetz*, 4. Auflage, Berlin 1937, S. 129ff.

⁷⁰ Vgl. dazu Bergmann, *Der bäuerliche Familienbetrieb – Problematik und Entwicklungstendenzen*, in: ZAA 17, (1969), S. 215, 222; von Kruedener, *Zielkonflikt in der nationalsozialistischen Agrarpolitik*, in: ZWS, 1974, S. 335, 341.

⁷¹ RGBl. I, 609.

nung⁷² wurden der rechtsgeschäftliche Verkehr mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken über 2 ha⁷³ sowie deren Zwangsvollstreckung genehmigungspflichtig gemacht. Die Genehmigung konnte insbesondere versagt werden, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Verkehrswert und Kauf- bzw. Pachtpreis bestand. Trotz solcher protektionistischer Maßnahmen stiegen die Grundstückspreise für landwirtschaftliche Nutzflächen an. Unter Zugrundelegung einer Indexzahl von 100 für das Jahr 1910/12 wurde für 1928/30 ein Wert von 100-105 errechnet, für 1938 jedoch ein Indexwert von 148-183. Dies hatte auch die Folge, dass Pachtland für die Abrundung des Besitzes nur in sehr geringem Maße zur Verfügung stand.⁷⁴ Durch den Umstand, dass eine erhebliche Anzahl von landwirtschaftlichen Betrieben unter das Regime des REG fiel,⁷⁵ verknappte sich das Angebot von Boden zusätzlich.

Besonders problematisch war das Gebot der Unbelastbarkeit des Erbhofs. Diese Frage wurde vom RMEL zunächst nicht als sonderlich problematisch angesehen, da durch das REG gewährleistet schien, dass der Anerbe größere Abfindungssummen an seine Geschwister künftig nicht mehr zu zahlen haben würde.⁷⁶ Wegen der fehlenden Mobilität des Bodens schien auch die hypothekarische Sicherung von Darlehen zum Ankauf von Grundstücksflächen kein relevantes Problem. Schließlich ging das RMEL davon aus, dass die neue ständische Ordnung den Bauern stabile und angemessene Preise garantieren könnte, so dass diese hinreichende Rücklagen für Investitionen und saisonal bedingte Engpässe bilden könnten. Sollte der Bauer dennoch einen kurzfristigen Kredit benötigen, so sollte er Personalkredit in Anspruch nehmen. Die Banken sollten dabei insofern abgesichert sein, dass sich der Bauer im Falle von Misswirtschaft mit ei-

⁷² Zur Entstehungsgeschichte vgl. Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 79.

⁷³ Durch die AusfVO vom 22.4.1937, RGBl. I, 34, wurde die Mindestgröße für einige ostdeutsche Bezirke auf 5 ha herauf- und für einige west- und mitteldeutsche Bezirke auf 0,5 ha herabgesetzt.

⁷⁴ So hatten zwar 34,7% aller Erbhöfe Land zugepachtet, die zugepachtete Fläche machte aber nur 6,6% der Betriebsfläche aller Erbhöfe aus, vgl. Statistik des Deutschen Reiches, Bd. 560, Berlin 1943, S. 48. Insbesondere kleinere Erbhöfe zwischen 10 und 20 ha machten von der Zupacht Gebrauch: In dieser Gruppe hatten 40,6% der Höfe Land zugepachtet, das 7,6% ihrer Betriebsfläche ausmachte, vgl. Statistik des Deutschen Reiches, ebenda.

⁷⁵ Eine Statistik, aufgeteilt nach Gerichtsbezirken, findet sich bei Hopp, Zahlen zur Anerbengerichtsbarkeit, in: DJ 1936, S. 510, 513.

⁷⁶ Die Abfindungen verursachten in der Vorkriegszeit bis zu 75% der landwirtschaftlichen Gesamtverschuldung. Vgl. Moesser, Das deutsche Bodenkreditproblem. Begriffliche Grundlagen, theoretisches System, praktische Probleme und organisatorischer Aufbau des bankmäßig organisierten Bodenkredits in Deutschland, Berlin 1934, S. 77.

nem Abmeierungsverfahren konfrontiert sehen würde. In der Theorie wurde der Personalkredit als die einzige Form des Kredites, die der Ordnung des REG entspräche, begrüßt.⁷⁷ In der Praxis führte dies zu einer faktischen Kreditsperre, die gerade die Bauern behinderte, die bereit waren, ihre Betriebe zu modernisieren. Zudem verlangten Kaufleute von den Bauern zunehmend die Barzahlung ihrer Waren. Durch das weitere Lavieren des RMEL, das einen Eingriff in den Grundbestand des REG aus ideologischen Gründen zu verhindern wünschte, kam es nicht zu einer Regelung, die gesunden Erbhöfen den Zugang zu zinsgünstigen mittel- oder langfristigen Krediten ermöglichte.⁷⁸ Dies hatte nicht zuletzt die Folge, dass die Mechanisierung der Landwirtschaft nicht durchzuführen war und weiter auf arbeitsintensive und nicht ertragsoptimierte Produktionsmethoden zurückgegriffen werden musste. Zwar schaffte die Regierung es, die Investitionen für die Mechanisierung bis 1938 zu steigern, aber im internationalen Vergleich zeigt sich, dass die deutsche Landwirtschaft beträchtlich rückständiger war, als etwa die Landwirtschaften der USA oder Großbritanniens.⁷⁹

Zu den finanziellen Problemen der Bauern bei der Beschaffung von Maschinen kam die Priorität, die die Regierung der Produktion von Rüstungsgütern zu Lasten der Produktion von landwirtschaftlichen Maschinen einräumte. Die Rückständigkeit in der Produktionstechnik verschärfte die Krise der Landwirtschaft, da infolge der forcierten Industrialisierung bald ein erheblicher Arbeitskräftemangel in der Landwirtschaft festzustellen war.⁸⁰ Die Landflucht erklärt sich vor allem dadurch, dass das Lohnniveau in der Industrie deutlich höher war. Diesem Missstand konnte das RMEL auch nicht mit dirigistischen Maßnahmen⁸¹ abhelfen.

⁷⁷ Busse, Der Personalkredit in der Ordnung des Erbhofes, in: DGWiR, 1935, S. 65f.

⁷⁸ Vgl. dazu Grundmann, Agrarpolitik im „Dritten Reich“, Hamburg 1979, S. 91ff.

⁷⁹ Vgl. dazu Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 308.

⁸⁰ Vgl. dazu von Kruedener, Zielkonflikt in der nationalsozialistischen Agrarpolitik, in: ZWS, 1974, S. 335, 346, der bis 1938 von einer Abwanderungsquote von 15%, was etwa 400.000 Beschäftigten entspricht, ausgeht; umfassend: Corni/Gies, Brot, Butter, Kanonen, Berlin 1997, S. 280ff.

⁸¹ So wurde durch das Gesetz zur Regelung des Arbeitseinsatzes vom 15. Mai 1934, RGBl. I, 381, den Industriebetrieben untersagt, Arbeitskräfte einzustellen, die in den vorherigen drei Jahren in der Landwirtschaft beschäftigt waren. Darüber hinaus wurden die Betriebe verpflichtet, alle schon eingestellten Landarbeiter wieder zu entlassen. Das Gesetz vom 26. Februar 1935, RGBl. I, 310, ermächtigte den Präsidenten der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung, alle Arbeiter, die unter Umgehung des Gesetzes vom 15. Mai 1935 in der Industrie beschäftigt waren, der Landwirtschaft wieder zuzuführen. Gleichzeitig wurde das Arbeitsbuch eingeführt, das erlaubte, die Bewegungen der Arbeiter zu kontrollieren.

Die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen sorgten dafür, dass die von Darré zu verantwortende Agrarwirtschaft nicht die in sie gesteckten Erwartungen erfüllen konnte. Trotz der propagierten »Erzeugungsschlacht« konnte die Autarkie der Agrarwirtschaft nicht entscheidend verbessert werden. Die Volkswirtschaft blieb im erheblichen Umfang auf Importe von Lebensmitteln, Fetten und Ölen angewiesen. Der Wert dieser Einfuhren stieg von 912,6 Mio. RM in 1933 auf 1165,5 Mio. RM in 1939 an.⁸² Im weiteren Verlauf verlor Darré zunehmend an Rückhalt, was nicht zuletzt auf den wachsenden Einfluss Görings zurückging, der als Leiter der Vierjahresplan-Behörde überall dort ein Mitspracherecht verlangte, wo potenziell kriegswichtige Rohstoffe erzeugt oder abgebaut wurden. 1942 erreichte Göring, dass Darré gegen Backe als Minister ausgetauscht wurde. Backe war Staatssekretär im RMEL, aber gleichzeitig auch Leiter der Geschäftsgruppe Ernährung in der Vierjahresplan-Behörde und arbeitete mit Göring eng zusammen.

Zusammenfassend zeigt sich, dass ein grundlegender Zielkonflikt zwischen dem ideologisch ausgelegten Entwurf des REG und den Erfordernissen einer modernen Agrarwirtschaft bestand. Das Problem wurde mit der Umstellung auf eine Kriegswirtschaft immer eklatanter. Trotz dieser Unzulänglichkeiten wurde nicht in den Kernbestand des REG eingegriffen. Die einzige wesentliche Änderung erfuhr das REG erst 1943, als das Oberkommando der Wehrmacht eine Änderung der Anerbfolge zugunsten der Töchter der Bauern verlangte, da durch den Krieg innerhalb kurzer Zeit zwei Erbfälle hintereinander eintreten konnten, womit nach der bestehenden Rechtslage der Hof an eine Seitenlinie verloren gehen konnte, was die Soldaten erheblich beunruhigte.⁸³ Die Rechtsstelle des seit 1942 von Backe geführten RMEL legte auf Grund dieser Eingaben im Januar 1943 den Entwurf der „Verordnung zur Fortbildung des Erbhofrechts und zur Verbesserung der Rechtsstellung der Bäuerin“ (EHFV)⁸⁴ vor. Dieser Entwurf wurde vom Reichsjustizministerium (RMJ) auf einer Erbhofrechtstagung, die vom 15.-19. Februar 1943 in Salzburg stattfand, den dort anwesenden Erbhofrichtern vorgestellt. Die EHFV trat am 1. Oktober 1943 in Kraft.⁸⁵ Diese auf die Kriegserfordernisse zurückgehende Modifikation blieb die einzige Änderung des REG, obwohl sich dessen völkischer, auf Autarkie gerichteter Ansatz als ungeeignet erwies, die bestehenden Strukturdefizite in der Landwirtschaft zu beseitigen. In einem gewissen Maße lieferte das Scheitern der Agrarreform ein weiteres Ar-

⁸² Die Zahlen nach Corni/Gies, *Brot, Butter, Kanonen*, Berlin 1997, S. 274.

⁸³ OKW an RMJ v. 24. September 1942, BA: R 22/2173.

⁸⁴ RMEL an RMJ v. 13. Januar 1943, BA: R 22/2173.

⁸⁵ RGBl. I, 549.

gument, das innerhalb der NS-Führung genutzt werden konnte, um die Pläne einer Expansion nach Osten in die Tat umzusetzen.

II. Die Rechtsgewinnung

Rechtsgewinnung ist hier als ein Prozess zu verstehen, bei dem das jeweils geltende Recht auf einen Einzelfall angewendet wird.⁸⁶ Das geltende Recht ergibt sich aus den Rechtsquellen, die im jeweiligen Rechtssystem als bindend angesehen werden. Erst durch sie können die Rechtssätze erkannt werden, die auf den im Streit befindlichen Sachverhalt Anwendung finden, wobei sich als Folgeschritt die Frage der zulässigen Auslegung eines solcherart gewonnenen Rechtssatzes ergibt. In einem weiteren Schritt sind die bis heute umstrittenen Problemfelder der Rechtsgewinnung zu untersuchen: die Rechtsfortbildung durch die Gerichte und die Lückenfüllung.

Im Gang der Untersuchung sollen die verschiedenen Elemente der Rechtsgewinnung, die auch im Nationalsozialismus Gegenstand einer teilweise heftigen methodischen Debatte waren, dargestellt werden. Von Interesse sind dabei alle Eckpfeiler, die eine spezifische Rechtsordnung aufstellt, um den Richter im Falle einer Lücke im Gesetz zu einer mit der Rechtsordnung zu vereinbarenden Entscheidung zu führen. Dies ist dann von Bedeutung, wenn er gehindert ist, durch einfache Subsumtion einen Streitfall zu entscheiden. Dies galt gerade im Bereich des REG, da die Gerichte hier nicht auf Präjudizien zurückgreifen konnten, gleichwohl aber schwierige Wertungsentscheidungen mit nachhaltigen Folgen für die Beteiligten zu treffen hatten. Zusätzlich trat oft die Frage auf, wie die politischen und ideologischen Vorstellungen der neuen Machthaber bei der Entscheidung des Gerichts Berücksichtigung finden konnten. In einer solchen Situation konnte sich zeigen, ob die Gerichte ob des auf ihnen lastenden ideologischen Konformitätsdrucks Zuflucht in einer bloßen Dezision suchten oder methodischen Vorgaben folgen wollten. Insbesondere ist von Interesse, inwieweit die Ordnungskonzeptionen, die unter dem Nationalsozialismus entwickelt wurden, eine dem REG angepasste Lösung boten. Daneben ist auch die Frage von Bedeutung, ob das Ordnungsdenken den Status einer Rechtsquelle erreicht oder ob ihm zumindest eine rechtsquellenähnliche Funktion zugesprochen werden kann. Dabei kann vor allem auf die Habilitationsschrift Busses, ein Binder-Schüler, der auch Larenz nahe stand, zurückgegriffen werden, die den Ord-

⁸⁶ Vgl. etwa Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, S. 373.

nungsbegriff, wenn auch mit einem ihm eigenen Schwerpunkt, für das REG zu entfalten suchte.

Wo es dem Verständnis der Streitpunkte förderlich erscheint, wird bei der Herausarbeitung wesentlicher Linien der Diskussion um Fragen der Rechtsgewinnung nach In-Kraft-Treten des REG auch auf den Stand der heutigen Diskussion Bezug genommen.

1. Die Rechtsquellen

In der Rechtstheorie wird der Begriff der Rechtsquelle häufig als zu vereinfachend aufgefasst und sein Wert nur als Metapher begriffen.⁸⁷ Es wird vielfach differenziert zwischen Rechtserzeugungsquellen, Rechtswertungsquellen und Rechtserkenntnisquellen.⁸⁸

Rechtserzeugungsquellen sind alle tatsächlichen und natürlichen Gegebenheiten, aus denen Recht hervorgeht. Dies können neben ethischen und moralischen - Überzeugungen auch klimatische und religiöse Gegebenheiten sein. Sie sind die Kräfte, aus denen schließlich Rechtssätze hervorgehen.⁸⁹ Diese Maßstäbe sind aber selbst noch keine Rechtssätze, sondern verdichten sich erst zu solchen, wenn weitere Faktoren hinzutreten. Messlatte für die Transformierung des

⁸⁷ Vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 282.

⁸⁸ In anderen Darstellungen vermischen sich die einzelnen Schritte untereinander. Wolff - etwa geht von Rechtserkenntnisquellen als Oberbegriff aus, wobei er neben den gesetzten Rechtsquellen noch Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen nennt, die er dem Rechts- und dem Machtprinzip entnimmt. Als Beispiele für verfassungsgestaltende Grundentscheidungen nennt er die Verfassungsgrundsätze, die dem Art. 20 GG entnommen werden. Die politisch-rechtlichen Rechtsquellen, die nicht notwendig gesetzt zu sein brauchen, sind aber den Rechtsgrundsätzen untergeordnet, die dem ethisch-rechtlichen Bereich angehören, letztlich also aus einem Naturrecht hervorgehen, vgl. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Bachof/Draht (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht. Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, S. 33ff. Dazu auch: R. Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, FS für H.-J. Wolff, München zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 3ff., insbesondere S. 11ff.

⁸⁹ Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 50f.; Ross, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929, Aalen 1989, S. 91ff.; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 282.

Rohmaterials in Rechtssätze sind die Rechtswertungsquellen, die der soziologische Geltungsgrund für die aus den Rechtserzeugungsquellen ermittelten Grundsätze sind.⁹⁰ Je nach Präferenz des Autors können dies auch der Volksgeist, das Rechtsbewusstsein, die Vernunft, allgemeine Prinzipien der Gerechtigkeit oder, bei Naturrechtlern, die Natur der Sache sein.⁹¹ Erst die Rechtserkenntnisquellen können anwendbare Rechtssätze erkennbar werden lassen, sie sind der „Erkenntnisgrund für etwas als Recht“⁹². Sie sind Handlungsanweisungen und Maßstäbe, die Verhaltensmuster und Maßstäbe für staatliches Handeln festlegen und die rechtliche Entscheidung von Konflikten regeln, unabhängig davon, ob sie kodifiziert sind oder nicht.⁹³

Wegen der Art. 20 Abs. 3 und 97 GG ist nach heutigem Verständnis der Rechtsanwender an die so gewonnenen verbindlichen Rechtssätze gebunden, so dass als ihre Aufgabe genannt werden kann, Gerichte und die übrigen Rechtsanwender in die Lage zu versetzen, bei der Rechtsgewinnung die Entscheidung aus dem geltenden Recht abzuleiten.⁹⁴ Besondere Beachtung verdient hierbei die Frage, wie mit vorhandenen Rechts- oder Gesetzeslücken umzugehen ist.

Um den Prozess der Rechtsgewinnung in der Anwendung des REG beurteilen zu können, ist zunächst ein Überblick über die zu diesen Fragen bestehenden Ansichten in der Literatur erforderlich.

a) Das heutige Rechtsquellenverständnis

Das heutige Verständnis der Rechtsquelle beruht im Wesentlichen auf dem von Merkl⁹⁵ entwickelten und später von Kelsen⁹⁶ zum anerkannten Bestand der

⁹⁰ Vgl. Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 282.

⁹¹ Nachweise dazu bei Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, S. 51f.

⁹² Ross, Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929, Aalen 1989, S. 291f.; R. Dreier, Probleme der Rechtsquellenlehre, in: Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, FS für H.-J. Wolff, München 1973, S. 18.

⁹³ Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 283.

⁹⁴ Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage, Köln 2001, S. 514.

⁹⁵ Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, in: Jur. Blätter 1918, S. 425ff.

⁹⁶ Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960, S. 62ff.

Rechtswissenschaft weiterentwickelten Stufenbau der Rechtsordnung,⁹⁷ der heute im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 20 Abs. 3 und 97 GG verstanden wird.⁹⁸ Problematisch erscheint die Einordnung von Gewohnheitsrecht und der richterlichen Rechtsschöpfung. Nach herrschender Ansicht ist auch das Gewohnheitsrecht⁹⁹ als eine Rechtsquelle anzusehen, wobei allerdings dessen Bedeutung nur noch sehr gering ist. Hinsichtlich des Richterrechts besteht ein nur schwer zu überwindender Konflikt zwischen verfassungsrechtlichen Vorgaben und der Macht des Faktischen.

Nach der Selbsteinschätzung der höchsten deutschen Gerichte liegt die „Aufstellung allgemeiner Rechtsgrundsätze in der Natur der Tätigkeit der höheren Gerichte“.¹⁰⁰ Der Bundesgerichtshof wurde noch deutlicher:

*„Darüber ist jedenfalls unter Juristen kein Zweifel möglich, daß in allen übersehbaren Zeiträumen das verwirklichte Recht stets eine Mischung von Gesetzesrecht und Richterrecht gewesen ist und daß dasjenige Recht, das sich in den Erkenntnissen der Gerichte verwirklicht hat, sich niemals in allem mit demjenigen Recht gedeckt hat, das der Gesetzgeber gesetzt hatte. Zur Erörterung steht immer nur das Maß, nicht das Ob eines Richterrechts“.*¹⁰¹

Es ist weithin umstritten, wo die Grenze zwischen Rechtsauslegung und Rechtsanwendung einerseits und schöpferischer Rechtssetzung andererseits verläuft. Wo sich der Gesetzgeber seinen Aufgaben zur Gesetzgebung nicht stellte, etwa im Bereich der Staatshaftung und des Arbeitskampfrechts, wurden die tragenden Säulen der Rechtsordnung durch Richterrecht aufgestellt. Weitere Beispiele für eine Lückenschließung durch den Richter sind die Entwicklung der zivilrechtlichen Institute der pFV und der cic. Bei den letztgenannten Beispielen verdichtete sich die schöpferische Leistung der Gerichte zu einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, so dass die Grenze zum Gewohnheitsrecht zumindest nahe gerückt war. Anderes gilt aber für andere Schöpfungen, etwa den Schadensersatz in Geld für Verletzungen des Persönlichkeitsrechts oder das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Trotz aller Theorienstreite in der modernen

⁹⁷ Für eine eingehende Auseinandersetzung mit der Stufenbautheorie vgl. Behrend, Untersuchungen zur Stufenbautheorie Adolf Merkl's und Hans Kelsens, Berlin 1977.

⁹⁸ Vgl. nur v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Auflage, München 2000, Art. 20 Abs. 3, RN 255.

⁹⁹ v. Mangoldt/Klein/Starck-Sommermann, Das Bonner Grundgesetz, Band 2, 4. Auflage, München 2000, Art. 20 Abs. 3, RN 255; Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 301; Ein dogmengeschichtlicher Abriss über die Stellung und Begründung des Gewohnheitsrechts in den verschiedenen methodischen Schulen findet sich bei Freitag, Gewohnheitsrecht und Rechtssystem, Berlin 1976, S. 42ff.

¹⁰⁰ BVerfGE 26, 327, 337.

¹⁰¹ Mitteilungen zum Jahresbericht des BGH 1966, in: NJW 1967, S. 816f.

Rechtsdogmatik über solche Fragen besteht aber eine faktische Rechtssatzqualität. Die jeweiligen Senate entwickelten eine gefestigte Rechtsprechung, an die die Untergerichte nicht zuletzt im Wege der Gerichtsorganisation gebunden sind.

In Anbetracht des Grundsatzes der Gewaltenteilung wird solchem Richterrecht die Rechtssatzqualität ab¹⁰² und ihm insoweit eine nur gesetzvertretende Funktion zugesprochen¹⁰³, auch wenn dies den tatsächlichen Gegebenheiten nur sehr beschränkt entspricht.¹⁰⁴ Letztlich ist dies ein verfassungsrechtlich nicht endgültig gelöstes Problem, das sich einer Lösung in Anbetracht der praktischen Notwendigkeit im Rechtsalltag weiterhin entziehen wird. Im Unterschied zur Weimarer Republik wird diese Frage aber durchaus als verfassungsrechtliches Problem wahrgenommen und nicht, wie dort, von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis allein als methodisches Problem thematisiert.¹⁰⁵

b) Das Rechtsquellenverständnis im Dritten Reich

Nach der Machtübernahme der Nationalsozialisten galt die Weimarer Reichsverfassung formell weiter fort. Das Parlament, als zumindest formell immer noch gesetzgebende Gewalt im Staat, hatte aber keine Relevanz mehr.¹⁰⁶ Mit der

¹⁰² Vgl. etwa Starck, Die Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung, in: Verhandlungen der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Augsburg vom 1. bis 4. Oktober 1975, VVDStRL34 (1976), Berlin 1976, S. 71ff.; Fischer, Die Weiterbildung des Rechts durch die Rechtsprechung, Karlsruhe 1971; Hirsch, Richterrecht und Gesetzesrecht, in: JR 1966, S. 334ff.; mit anderer Tendenz allerdings Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band III, Heidelberg 1988, S. 300; deutlicher: Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Berlin 1993, S. 228ff.

¹⁰³ Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III, Tübingen 1976, S. 403ff.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 429.

¹⁰⁴ Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, Berlin 1968, S. 243ff., spricht insoweit von präsumtiver Verbindlichkeit, da auf Grund der faktischen Verbindlichkeit durch die Vermutung der Richtigkeit des Präjudizes eine rechtsquellenähnliche Bindungswirkung eintritt; ähnlich Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1970, S. 184f.

¹⁰⁵ Vgl. dazu Nörr, Zwischen den Mühlsteinen, Tübingen 1988, S. 30.

¹⁰⁶ So konnte etwa Huber in: Verfassungsrecht des Großdeutschen Reichs, 2. Auflage, Hamburg 1939, S. 44, schreiben:

„Zum Wesen der Revolution gehört, daß die bisherige Verfassung vernichtet wird, und daß zugleich eine neue Grundordnung an ihre Stelle tritt. Die nationalsozialistische Revolution hat die Weimarer Verfassung als Gesamtsystem beseitigt; sie hat zugleich die völkische Verfassung aufgerichtet.“

WRV galt Art. 102 WRV formell weiter fort, so dass auch der nationalsozialistische Richter an das Gesetz gebunden blieb. Trotz allem setzte schon bald eine lebhaft Diskussions mit dem Ziel ein, die vom Richter bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigenden Rechtsquellen erheblich auszuweiten. In weiten Teilen der Verwaltung wurde mittels Erlassen regiert. Es war der erkennbare Wille der politischen Führung, an diesem Zustand auch nichts Grundlegendes zu ändern.¹⁰⁷ Vielmehr wurde um diesen faktischen Zustand eine verfassungsrechtliche Theorie gesponnen. Aus dem Führerprinzip sollte danach notwendigerweise die Einheit der Gewalten im Staate folgen:

„Die Totalität des politischen Wollens und Handelns, wie sie im nationalsozialistischen Staat verwirklicht ist, läßt eine solche Zerlegung der staatlichen Gewalt nicht zu; sie verlangt grundsätzlich und ausnahmslos die Einheit der Staatsgewalt. (...) Die im Nationalsozialismus wiedererstandene politische Führung ist die Gesamtgewalt, die alle Einzelfunktionen und Kompetenzen zusammenhält und gegenüber allen organisatorischen Trennungen und begrifflichen Unterscheidungen die Einheit der Staatsgewalt verbürgt.“¹⁰⁸

Die hergebrachten Rechtsquellen wurden auch ideologisch abgelehnt, da die Fixierung auf gesetztes Recht unter Zugrundelegung einer positivistischen Rechtsquellenlehre nach dem damaligen Verständnis nur als Ausfluss des mit der Machtübernahme überwunden geglaubten positivistischen Rechtsdenkens galt, das im Sinne des Nationalsozialismus fortentwickelt werden musste.¹⁰⁹ Im Übrigen wurde das System der Gewaltenteilung, in dem der Legislative die primäre Gesetzgebung, der Exekutive im Wege des Ordnungsrechts nur eine abgeleitete zustand, als ein veraltetes Prinzip des Liberalismus angesehen,¹¹⁰ durch das dem Bürger im Verfahren der *checks and balances* die individuelle Freiheit bewahrt werden sollte. Dies wirkte im Nationalsozialismus allerdings unzeitgemäß, schon allein, weil es nur noch Volksgenossen geben sollte.

Determinanten des neuen Rechtsquellenverständnisses waren die weiter oben dargelegten Grundsätze,¹¹¹ die dem »völkischen Rechtsdenken« immanent waren. Da das Recht danach als Verkörperung der artgemäßen Lebensweise der

¹⁰⁷ Worin sie auch durch die Rechtswissenschaft bestärkt wurde. So bezeichnet Carl Schmitt das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 als das „vorläufige Verfassungsgesetz des neuen Deutschlands“, das auf dem „guten Recht der deutschen Revolution“ beruht, ders., Staat – Bewegung – Volk, Hamburg 1933, S. 7.

¹⁰⁸ Huber, Die Einheit der Staatsgewalt, in: DJZ 1934, Sp. 950, 954.

¹⁰⁹ Vgl. nur Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22.

¹¹⁰ Stratenwerth, Verordnung und Ordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937, S. 129.

¹¹¹ Siehe Seite 32ff.

»Artgenossen« erscheint, wurde diese auch als die ursprüngliche Rechtsquelle¹¹² angesehen. Der auf der Hand liegende Zirkelschluss, wie denn das Recht als Modus des Volksempfindens selbst primäre Rechtsquelle sein kann, erschien offensichtlich wenig problematisch. Wie bereits bei Larenz¹¹³ wurde dieser Volkswille durch die Führerentscheidung ausgedrückt. Daher wurde unter einem Gesetz nicht mehr ein formaler Gesetzgebungsakt des Parlaments verstanden. Das Gesetz war nunmehr „Plan und Wille des Führers“¹¹⁴ oder, anders gewendet, im förmlichen Verfahren gesetztes Volksrecht obersten Ranges.¹¹⁵

Es wurde versucht, den Führerbefehl ideengeschichtlich auf eine Entwicklungslinie mit der Einzelanordnung oder dem Privileg zu stellen, wobei sich die Legitimität im Nationalsozialismus nicht durch die Übereinstimmung des Rechtssatzes mit dem natürlichen Recht, sondern mit dem direkten Bezug auf den Volkswillen ergab.¹¹⁶

Daneben bestand nach wie vor das Gewohnheitsrecht als eigenständige Rechtsquelle. Dieser besonderen, auf den Führerstaat zugeschnittenen Rechtsquellenlehre ist eigentümlich, dass der offizielle Führerbefehl als Rechtsquelle anerkannt wurde.¹¹⁷ Dabei war man sich durchaus der Schwierigkeit bewusst, zwischen einem in diesem Sinne mit Rechtssatzqualität ausgestatteten Rechtsbefehl und einer nur gelegentlichen Äußerung unterscheiden zu müssen. Die Aufgabe zu differenzieren, durch welchen Ausspruch geltendes – in der Regel vornationalsozialistisches – Recht durch einen Führerbefehl aufgehoben oder bestätigt wurde, sollte dem Richter zukommen.¹¹⁸ In der Rechtspraxis stellte sich dies allerdings als äußerst problematisch heraus und sorgte für erhebliche Verwirrung. Dies ging so weit, dass das RMJ in einer Kolumne der DJ, in der Sachbearbeiter der Ministerien Stellungnahmen abgeben konnten, durch einen Mitarbeiter feststellen ließ, dass nicht jede Äußerung von Regierungskreisen eine amtliche Auslegung bestehender Gesetze sei. Vorausgegangen war eine Entscheidung eines sächsischen LG zur Frage der Pfändbarkeit von Radiogeräten. In dieser Ent-

¹¹² Vgl. Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22.

¹¹³ Larenz, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40, 57ff.

¹¹⁴ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22.

¹¹⁵ Stratenwerth, Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937, S. 137.

¹¹⁶ Scheuner, Gesetz und Einzelanordnung, in: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Universität Jena (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Hübner zum siebzigsten Geburtstag, Neudruck der Ausgabe Jena 1935, Aalen 1981, S. 190, 199, 212.

¹¹⁷ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22.

¹¹⁸ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22, 23.

scheidung bezog es sich auf eine Ansprache des preußischen Justizministers und stellte sich auf den Standpunkt, der Inhalt dieser Rede sei wie ein Gesetz zu werten.¹¹⁹

Die übrigen Dokumente der »Bewegung« als Manifeste des Volksempfindens, wie z.B. Hitlers „Mein Kampf“, seine sonstigen Reden und Äußerungen sowie das übrige nationalsozialistische Schrifttum stellten in diesem Zusammenhang Rechtserkenntnisquellen und keine Rechtsquellen im strengen Sinne dar. Wären es Rechtsquellen im strengen Sinne, so käme den Gerichten damit die Rolle zu, über den konkreten Inhalt solcher programmatischen Aussagen der »Bewegung« zu entscheiden, womit vor allem dem Reichsgericht die Rolle des „Hüters der Verfassung“ zugekommen wäre.¹²⁰ Solche Beschränkungen konnte es in einem Führerstaat nicht geben. Allerdings hinderte der Status des Parteiprogramms die Gerichte nicht, dieses als wichtige Auslegungsquelle zu nutzen.¹²¹ Einzelne Programmsätze, wie etwa der Satz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“¹²², seien, so wurde argumentiert, schon derart zu einem Bestandteil der Volksüberzeugung geworden, dass sie als Rechtsquelle angesehen werden könnten. Rothenberger sah es ausdrücklich als verfrüht an, eine verfassungsrechtliche Theorie hinsichtlich der Merkmale zu entwerfen, die einen Führerbefehl von einer bloßen gelegentlichen Äußerung oder einer Rechtserkenntnisquelle unterschied.

Insgesamt ist dieser Abriss einer nationalsozialistischen Rechtsquellenlehre ein Beispiel dafür, wie zugunsten der am reinen Machterhalt ausgerichteten Regierungsstrukturen unter Aufgabe jeglicher rationaler Argumente und Inkaufnahme offensichtlicher Zirkelschlüsse ein – äußerst dünner – rechtsstaatlicher Anstrich über die Diktatur getüncht wurde. Interessant ist auch die große Freiheit, die dem Richter danach zukommen sollte. Immerhin durfte er eigenständig entscheiden, ob ein Führerwort Rechtssatzqualität hat, Rechtserkenntnisquelle ist oder als rein politischer Ausspruch gänzlich zu vernachlässigen ist. Eine eindeutige Grenze sah Rothenberger erst dort, wo es um die Frage ging, inwieweit vernationalsozialistisches Recht noch anzuwenden ist oder nicht. Werde nach allen Auslegungsmethoden ein Ergebnis erzielt, das dem Volksempfinden nicht entspreche, so bleibe es dem Richter dennoch verwehrt, diese Norm nicht anzu-

¹¹⁹ Krug, Rechtspflege und Rechtspolitik (Wochenschau), in: DJ 1934, S. 933.

¹²⁰ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, S. 22, 23.

¹²¹ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, S. 22, 23.

¹²² Vgl. zu dem hinter dem Satz stehenden Prinzip insgesamt Stolleis, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.

wenden, da eine solche Normverwerfungskompetenz in einem Führerstaat allein dem Führer zustehe.¹²³

In diesen Komplex wurde auch die Rechtsverordnung dogmatisch neu verortet. Einigen Stimmen zufolge sei mit der Machtübernahme die begriffliche Unterscheidung zwischen Gesetz (im formellen Sinn) und Verordnung obsolet geworden. Eine solche Trennung der Gewalten setze zwei verschiedene rechtsetzende Organe voraus. Im Führerstaat bestehe eine solche Kompetenzabgrenzung nicht länger. Daher seien beide Formen der Rechtsetzung gleichwertige »Führungsakte«.¹²⁴ Die überkommenen Begrifflichkeiten seien nur der Form halber beibehalten worden. Lange etwa führte zu dieser Frage aus, dass es auf eine solche Unterscheidung nicht länger ankomme, da es im völkischen Staat einer dem liberalen Staat eigentümlichen Misstrauensabstufung zwischen qualifizierten Gesetzgebungsakten, Gesetzen und Verordnungen nicht länger bedürfe.¹²⁵

Nach anderer Deutung stellt das Gesetz zwar die vornehmste Erscheinungsform eines Rechtssatzes dar, aber nicht dessen einzige. Wenn das Gesetz oberstes Volksrecht sei, so bedürfe es auch einer zweiten Stufe. Diese zweite Stufe sei die Verordnung als Rechtsgestaltungsform der Unterführung, die aber dennoch auf dem Willen des Führers beruhe.¹²⁶ Dies ist nur die Umdeutung der herkömmlichen Unterscheidung zwischen originärer und delegierter Normsetzungskompetenz, allerdings mittels einer neuen Begrifflichkeit in den politisch opportunen Kontext gesetzt. Diese Verkleidung wird auch durch die Forderung Stratenwerths unterstrichen, nur solchen Kundgaben der Unterführung Rechtssatzqualität zuzusprechen, die in einem formalen Verfahren erlassen und veröffentlicht wurden.¹²⁷ Auch wenn Stratenwerth den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes als liberalistisch ablehnte, forderte er im Ergebnis nichts anderes, wenn er betonte, dass Verordnungen nicht formellen Gesetzen zuwiderlaufen dürfen, soweit nicht eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung dazu vorliege.¹²⁸ Al-

¹²³ Rothenberger, Die Rechtsquellen im neuen Staate, in: DJZ 1936, Sp. 22, 24.

¹²⁴ Höhn, Das Gesetz als Akt der Führung, in: DR, 1935, S. 433, 435; Diener, Besprechung zu Ule, Das besondere Pflichtenverhältnis und der Wandel der Staatsidee, RVerwBl. 34, S. 649, in: DR 1934, S. 446; Fauser, Das Gesetz im Führerstaat, in: AÖR 26 (1935), S. 129, 136.

¹²⁵ Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934, S. 39.

¹²⁶ Stratenwerth, Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937, S. 137f.

¹²⁷ Stratenwerth, Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937, S. 140.

¹²⁸ Stratenwerth, Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich, Berlin 1937, S. 143.

lerdings nahm er nicht zu der in diesem Zusammenhang bedeutsamen Frage Stellung, inwieweit dies auch für vernationalsozialistisches Recht gelten solle.¹²⁹ Auf der anderen Seite ergab sich eine Ausweitung der Normsetzungskompetenz mittels Verordnungen dadurch, dass in einer Reihe nationalsozialistischer Gesetze die jeweiligen Ministerien ausdrücklich dazu ermächtigt wurden, auch Vorschriften zu erlassen, die das formelle Gesetz inhaltlich ergänzten.¹³⁰ Von dieser Art der Verordnungsermächtigung wurde übrigens auch im § 61 Abs. 2 REG Gebrauch gemacht.

Eine Zusammenschau dieser Ansätze ergibt das Bild, dass der Theorie zufolge zwar die Anschauung der völkischen Rechtsgemeinschaft als alleiniger Maßstab der Normsetzung angesehen wurde, diese aber einer gewissen Positivierung bedurfte, sei es in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung, sei es durch eine sonstige Kundgabe des Führers.¹³¹ Damit entfernten sich solche Ansätze von der überkommenen Lehre nur so weit, wie es nötig war, um die Freiheit des Führers vom Recht zu integrieren. Dieses eher strategische Verhältnis zum Instrument der Rechtsetzung führte zu einer Indifferenz der Form von Recht¹³² und damit auch gegenüber dem Recht selbst. Zu beachten ist, dass diese Beobachtung vornehmlich für die Zeit vor dem Ausbruch des 2. Weltkrieges gilt. Nach Kriegsbeginn löste sich jeder an formalen Kriterien orientierte Gesetzesbegriff zusehends auf und wich dem Führerwillen als Rechtsquelle.¹³³

2. Die Auslegung

Nach der Feststellung des Sachverhalts und der Bestimmung der potenziell relevanten Rechtssätze folgt in einer Rechtsordnung, die durch kodifiziertes Recht geprägt ist, im Allgemeinen die Auslegung des Normtextes. Hierbei wird untersucht, ob der Normtext den der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt

¹²⁹ Siehe Seite 155ff.

¹³⁰ Eine Zusammenstellung findet sich bei Stratenwerth, *Verordnung und Verordnungsrecht im Deutschen Reich*, Berlin 1937, S. 145.

¹³¹ Vgl. von Hantelmann, *Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze*, Würzburg 1937, S. 51.

¹³² Dazu: H. Dreier, *Rechtszerfall und Kontinuität*, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 235, 248ff.

¹³³ Vgl. dazu: Pauly, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, in: *Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000*, in: *VVDStRL* 60 (2001), Berlin 2001, S. 73, 92ff.

mit umfasst. Es wird versucht, die Bedeutung eines Texts zu entschlüsseln. Im Sinne der Rationalisierung der richterlichen Entscheidung muss eine solche Auslegung zwangsläufig Regeln unterstehen, die es ermöglichen, diese zu reproduzieren und zumindest einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen,¹³⁴ um zu verhindern, dass eine willkürliche Entscheidung Rechtskraft erlangt.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Gesetze immer auch Ausdruck der jeweiligen – nur in dem historischen Kontext sich vollends erschließenden – subjektiven Ordnungsvorstellungen des Gesetzgebers sind. Diese Vorstellungen bleiben im Laufe der Zeit hinter der sich ändernden Lebenswirklichkeit zurück und müssen, um als Regelungsunterlage für eine Entscheidung dienen zu können, an die bestehende Lebenssituation angepasst werden. Das Spannungsverhältnis zwischen Aktualität und Allgemeingültigkeit ist durch einen richterlichen Entscheidungsakt in einer Art und Weise zu lösen, die beiden Komponenten gerecht wird. Gleichzeitig muss dieses Verfahren hinreichend rational sein, damit eine Plausibilitätskontrolle möglich bleibt. Diese Spannung spiegelt sich bis heute in dem Streit der Methodenlehre um den Vorzug der so genannten objektiven oder subjektiven Auslegung wider.¹³⁵

a) Das klassische Auslegungsverständnis

Der bis heute als gültig angesehene Kanon der Gesetzesauslegung geht auf Savigny zurück,¹³⁶ der die verschiedenen Auslegungsmodi 1840 klassifizierte und dabei die grammatische, die logische, die historische und die systematische Auslegung nannte.¹³⁷ Nach Savigny ist das grammatische Element der Auslegung die „Darlegung der von dem Gesetzgeber angewendeten Sprachgesetze“. Das logische Element bezieht sich auf die „Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile desselben zueinander ste-

¹³⁴ Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt am Main 1995, S. 82ff.; Seiler, *Höchstrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht*, Baden-Baden 1997, S. 18f.

¹³⁵ Vgl. dazu Seiler, *Höchstrichterliche Entscheidungsbegründungen und Methode im Zivilrecht*, Baden-Baden 1997, S. 26ff.

¹³⁶ Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, S. 436f.; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Tübingen 1976, S. 668; kritisch Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 343, der statt von Auslegungsmethoden von leitenden Gesichtspunkten spricht, denen ein jeweils unterschiedliches Gewicht zukommt.

¹³⁷ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 213.

hen“. Das historische Element drückt die „Bezogenheit des Gesetzes auf den Rechtszustand aus, wie er zur Zeit des Erlasses des Gesetzes hinsichtlich der konkreten Materie, die durch das Gesetz geregelt wird, besteht“. Das systematische Element schließlich nimmt Bezug „auf den inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“. ¹³⁸ Dabei ergibt sich ein Vorrangproblem. ¹³⁹

Savigny sprach sich deutlich für den Vorrang der historischen Auslegung aus und lehnte die objektive Auslegung ab. Den Gesetzeszweck wollte Savigny - ebenfalls ganz außer Betracht lassen. Erst später ließ er die Berücksichtigung des Gesetzeszwecks zu, gleichwohl empfahl er äußerste Vorsicht bei dessen Heranziehung. ¹⁴⁰

Nach modernem Verständnis ist die grammatische Auslegung am Wortsinn der Norm orientiert. In diesem Zusammenhang ist zu unterscheiden, ob es auf das aktive Sprachverständnis des historischen oder aktuellen Gesetzgebers oder des Normadressaten ankommt, was je nach Theorie anders entschieden wird. Dabei ist neben der Analyse der möglichen Bedeutungen eines Wortes, die über den Rückgriff auf anerkannte Wörterbücher und Lexika erfolgen kann, zu klären, auf welcher Sprachebene der Gesetzgeber ein Wort benutzt hat. Allerdings wird sich – außer vielleicht in der juristischen Fachsprache – nie ein vollständiger Konsens über den Bedeutungsinhalt eines Wortes finden lassen. Ein solcher Konsens wird in aller Regel nur hinsichtlich eines – mehr oder minder – vagen Begriffskerns festgestellt werden können. Hinsichtlich des Begriffshofs versagt diese Methode angesichts der Ambivalenz sprachlicher Begriffe. ¹⁴¹ Gänzlich unzulänglich ist dieses Vorgehen aber bei der Inhaltsbestimmung ausfüllungsbedürftiger Wertbegriffe, wie sie vor allem bei Generalklauseln gebraucht werden. Die Grenzen einer textinternen Interpretation sind dann erreicht. In Anbetracht dieser Schwierigkeiten kann eine Wortsinninterpretation nur im Verbund mit weiteren Kriterien Erfolg versprechend sein.

Weitere Elemente der Norminterpretation sind der Bedeutungszusammenhang und die Systematik, in die ein Normsatz eingebettet ist. Neben dem unmittelba-

¹³⁸ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 214.

¹³⁹ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 215.

¹⁴⁰ Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 220.

¹⁴¹ Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung, Berlin 1996, S. 134.

ren grammatischen und syntaktischen Kontext, in den ein Wort eingebettet ist, fällt darunter auch die Analyse des Zusammenhangs mit anderen Rechtssätzen. Wenn nach der grammatischen Methode mehrere mögliche Bedeutungen eines Wortes ermittelt wurden, so kann über eine Analyse des Kontexts eine gewisse Anzahl dieser Bedeutungen wieder ausgeschlossen werden, da sie in dem unmittelbaren Kontext keinen Sinn ergeben. Insoweit entspricht dieses Auslegungselement dem logischen Element bei Savigny. Andere fassen darunter auch die leitenden Ideen der Zeit, in der die Norm erlassen wurde.¹⁴² Anders als die grammatische Auslegung lässt sich diese Auslegungsmethode zumindest teilweise auf ausfüllungsbedürftige Wertbegriffe anwenden, etwa wenn ein solcher ausfüllungsbedürftiger Begriff kontextuell mit einer Typenreihe, die als Beispiel für diesen Begriff dienen soll, verbunden ist. Dies ist etwa bei dem Mordmerkmal „sonstige niedrige Beweggründe“ im Verhältnis zu den übrigen Mordmerkmalen des § 212 StGB der Fall. In anderen Fällen können andere Normen Aufschluss über den Sprachgebrauch des Gesetzgebers bieten, so dass Argumente für eine entsprechende Auslegung gewonnen werden können.

Die systematische Auslegung ist von dem Gedanken getragen, dass ein Gesetz, aber auch eine gegebene Rechtsordnung als Ganzes ein geschlossenes System darstellt, das inhaltlich aufeinander aufbaut und sich gegenseitig inhaltlich bedingt,¹⁴³ so dass es zum Verständnis einer Norm notwendig ist, die übrigen Normen des Gesetzes und der Rechtsordnung zu untersuchen. Dabei ist besonders zu beachten,

„daß einzelne Rechtssätze, die der Gesetzgeber in einen sachlichen Zusammenhang gestellt hat, grundsätzlich so zu interpretieren sind, daß sie logisch miteinander vereinbar sind. Denn es ist davon auszugehen, daß der Gesetzgeber sachlich Zusammenhängendes so geregelt hat, daß die gesamte Regelung einen durchgehenden, verständlichen Sinn ergibt.“¹⁴⁴

Diese Bewertungen stehen in aller Regel nicht unverbunden neben der Wortsinnsinterpretation, sondern diese beiden Elemente wirken beim Interpretieren – zumindest unreflektiert – zusammen. Daher besteht eine Abhängigkeit von anderen Auslegungskriterien. Eine Auslegung bedarf daher in aller Regel noch weiterer, textexterner Anhaltspunkte, um eine richterliche Entscheidung zu tragen.

¹⁴² Vgl. etwa Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, S. 334.

¹⁴³ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 264; Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999, S. 218; Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Wien 1982, S. 447f.

¹⁴⁴ BVerfGE 48, 246, 247.

Solche anerkannten textexternen Anhaltspunkte bieten die historische und die teleologische Auslegung. Das relevante Problem ist im Rahmen der Auslegung, welches Ziel die Auslegung überhaupt verfolgen soll. Bei dieser Frage geht es weniger darum, ob eine bestimmte textexterne Auslegungsmethode an sich ihre Berechtigung hat, sondern darum, was das legitime Ziel der Auslegung sein soll, also ob der Wille des Gesetzgebers oder der normative Sinn des Gesetzes leitend für die Auslegung ist.¹⁴⁵ Angesichts der Tendenz in der Rechtsprechung, die jeweils vorrangige Auslegungsmethode anhand der favorisierten Entscheidung eines Einzelfalles zu wählen, hat dieser Streit im Laufe der Zeit einiges von seiner praktischen Bedeutung eingebüßt.

Stark vereinfacht liegt eine subjektive Theorie der Auslegung von Normtexten dann vor, wenn sie auf den wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers, den dieser beim Erlass einer Norm hatte, der sich aber unter Umständen so nicht im Wortsinn des Normsatzes wieder finden lässt, abstellt. Objektive Theorien hingegen zielen auf den normativen Sinn, der einem Normsatz entweder bei Erlass oder im Zeitpunkt der Entscheidung entnommen werden kann.¹⁴⁶

In der heutigen Diskussion stehen diese Theorien nicht in einem unversöhnlichen Gegensatz. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die Grenze zwischen Auslegung und richterlicher Rechtsfortbildung je anders gezogen wird, womit dann auch der Gegenstand einer Unklarheit mal in der einen, mal in der anderen Kategorie diskutiert wird. So wurde bei Enneccerus-Nipperdey¹⁴⁷ etwa eine strikt subjektive Theorie vertreten, aber sehr scharf die Auslegung von der Rechtsfortbildung geschieden, die wiederum dem Geist des Gesetzes¹⁴⁸, also seinem objektivem Grundgehalt, verpflichtet ist.

¹⁴⁵ Bydliniski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, S. 428; allerdings gehen andere Autoren davon aus, dass die Unterscheidung letztlich nur die Frage beinhaltet, ob die historisch-subjektive oder die objektiv-teleologische Auslegung im Rahmen des Auslegungskanons die vorzugswürdigere ist. Dies schon deshalb, weil durchaus Fälle denkbar sind, wo die objektiv-teleologische Auslegung allein nicht ans Ziel kommt. In diesem Sinne ist Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 2. Auflage, München 1974, S. 53ff., zu verstehen. Dies gibt den eigentlichen Konflikt dieser Ansichten nur sehr grob wieder. In diesem Sinne auch Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Tübingen 1976, S. 663, FN 59.

¹⁴⁶ Vgl. dazu Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, Bad Homburg, Berlin u.a. 1970; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Tübingen 1976, S. 662.

¹⁴⁷ Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, S. 326.

¹⁴⁸ Enneccerus/Nipperdey, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 1. Halbband, 15. Auflage, Tübingen 1959, S. 339.

Das BVerfG bekennt sich zur objektiven Auslegungstradition, indem es den objektivierten Willen des Gesetzes als Auslegungsziel darstellt. Um dieses Ziel zu erreichen, sind die Methoden des Kanons grundsätzlich gleichberechtigt.¹⁴⁹ Die Bedeutung der historischen Auslegung wird zunehmend eingeschränkt und nur noch als ein Hilfsmittel der objektiven Theorie angesehen. Allerdings ließ das BVerfG in den zitierten Entscheidungen die Frage offen, ob an den entstehungszeitlichen oder geltungszeitlichen Sinngehalt¹⁵⁰ der Norm angeknüpft werden soll. Die Grenzen der richterlichen Auslegung ergeben sich nach dem BVerfG dabei aus dem eindeutigen Wortlaut und Sinn einer Rechtsnorm.¹⁵¹

b) Die Auslegung im Nationalsozialismus

Der Streit um die sachgerechte Interpretation von Normen, wie er oben für die moderne Rechtswissenschaft angerissen wurde, besteht, seit sich die Jurisprudenz von der Pandektenwissenschaft zu emanzipieren begann. Nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten verschärfte sich der Wettbewerb um die Methode, die am besten mit den geänderten politischen Prämissen übereinstimmte. Diese Frage gewann eine größere Bedeutung, weil die neue Führung schon aus Zeitmangel die Mehrheit der bestehenden Gesetze nicht auf einen Schlag ändern konnte, selbst wenn sie auf Grund machttaktischer Überlegungen oder ideologischer Erwägungen dazu geneigt gewesen wäre.

Die Zielbestimmung, die vollständige Durchdringung des Rechtswesens mit der nationalsozialistischen Ideologie, hatte Schmitt schon 1934 vorgelegt:

„Das gesamte heutige deutsche Recht, einschließlich der weitergeltenden, positiv nicht aufgehobenen Bestimmungen, muß ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein. (...) Jede Auslegung muß eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein.“¹⁵²

Dieser Anspruch wurde auch in der zeitgenössischen Literatur zur Ausbildung von Richtern nochmals bekräftigt. In den „Leitsätzen über die Stellung und Aufgaben des Richters“ findet sich zur Frage der Auslegung:

¹⁴⁹ Vor allem BVerfGE 1, 299, 312; 11, 126, 129f

¹⁵⁰ Diese Terminologie stammt von Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg, Berlin u.a. 1970, S. 17.

¹⁵¹ BVerfGE 9, 89, 104f.; 78, 20, 24; Schulze-Fielitz, Art. 20 (Rechtsstaat) RN 93, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, Tübingen 1998.

¹⁵² Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, in: JW 1934, S. 713, 717.

*„Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere im Parteiprogramm und den Äußerungen des Führers ihren Ausdruck findet.“*¹⁵³

Die weltanschaulichen Grundlagen des Nationalsozialismus sollten nach dem Anspruch der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft grundlegend für die Auslegung werden, oder wie es Rüthers formulierte, „die Einlegung an die Stelle der Auslegung treten“¹⁵⁴. Diese Einlegung war gleichzeitig auch ein Akt der politischen Gestaltung durch den Rezipienten, da in den vernationalsozialistischen Rechtsnormen ein spezifisch nationalsozialistischer Sinn nicht gefunden werden konnte. Auf der anderen Seite wäre es dem Konzept des Führerstaats zuwidergelaufen, wenn den Richtern die Freiheit gegeben wäre, autonom über die verbindliche Auslegung zu entscheiden. In diesem Spannungsverhältnis bewegte sich der Streit um die nationalsozialistische Auslegungsmethode.

aa) Das methodische Konzept der Auslegung im Nationalsozialismus

Bei einer Analyse der methodischen Werkzeuge der Auslegung von Rechtsnormen müssen die Auslegungsgrundsätze für vernationalsozialistisches und nationalsozialistisches Recht getrennt betrachtet werden, da sich die zeitgenössische Wissenschaft auf Grund des Führerprinzips daran gehindert sah, Recht, das nach der Machtergreifung erlassen wurde, mit denselben Mitteln umzudeuten, wie Recht, das noch aus der Zeit der WRV stammte. Ein Druck, solches Recht im Sinne der neuen »Weltanschauung« umzudeuten, bestand nicht. Rüthers bezeichnete die vorgefundene Trennung als Methodendualismus und sieht darin ein wichtiges Mittel, um die Bindung des Richters an das Gesetz zu lockern und damit die Öffnung der Rechtsanwendung für weltanschauliche Zielsetzungen zu erreichen.¹⁵⁵ In einer solchen Abstufung von Recht in der Praxis zeigt sich zugleich deutlich das eher strategische Verhältnis zum Recht. Die Prämisse von der Allgemeingültigkeit von Recht wird aufgelöst.¹⁵⁶

¹⁵³ Dahm/Eckhardt/Höhn/Ritterbusch/Siebert, Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, in: DRW I (1936), S. 123f.

¹⁵⁴ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 176.

¹⁵⁵ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 177.

¹⁵⁶ H. Dreier sieht unter dem Nationalsozialismus Mechanismen, die zu einem Rechtszerfall führen. Diese Beobachtung kann auch für die unterschiedliche methodische Herangehensweise an vernationalsozialistisches und nationalsozialistisches Recht gelten. Vgl. dazu H. Dreier, Rechtszerfall und Kontinuität, in: Der Staat 43 (2004), S. 235ff.

Die neue völkische Ordnung stand auf den vorgefundenen rechtlichen Grundlagen der Weimarer Republik. Aus Gründen der Rechtssicherheit und des bürokratischen Aufwands konnten die bestehenden Rechtsnormen, soweit sie mit der nun herrschenden Ideologie unvereinbar waren, nicht immer formell aufgehoben werden. Die formelle Außerkraftsetzung wurde nur bei zentralen verfassungsrechtlichen Bestimmungen gewählt, vor allem mit der Reichstagsbrandverordnung¹⁵⁷ und dem Ermächtigungsgesetz¹⁵⁸. Bei dem einfachgesetzlichen Recht musste ein anderer Weg gefunden werden, nicht länger vertretbare Normen aus dem Rechtsleben zu entfernen. Diese Anpassung wurde im Wesentlichen von der richterlichen Praxis und der rechtswissenschaftlichen Literatur getragen. Allerdings gab es nicht wenige Vorbehalte, den Gerichten ein umfassendes Prüfungsrecht hinsichtlich der Anwendbarkeit vernationalsozialistischen Rechts zu geben. Diese Vorbehalte, die, nicht zuletzt wenn sie aus Kreisen des Justizministeriums kamen, auch der Versuch waren, die eigene Deutungshoheit zu erhalten, machten ihre Kritik zunächst an der Unvereinbarkeit des richterlichen Prüfungsrechts mit dem Führergrundsatz fest. Nur Hitler als Führer, unterstützt durch seine Unterführer, war danach berufen, eine umfassende Rechtserneuerung durchzuführen. Daher war die Praxis zunächst auf das Feld der Auslegung aller bestehenden Normen verwiesen, wenn sie ihrem Auftrag, eine völkische Rechtspflege zu schaffen, gerecht werden wollte.¹⁵⁹

Einigkeit herrschte jedenfalls darüber,¹⁶⁰ dass die Gerichte an nationalsozialistisches Recht absolut gebunden waren, da der Führerwille, der durch diese Gesetze ausgedrückt wurde, die Manifestation des Willens der Volksgemeinschaft war. Ein richterliches Prüfungsrecht, ob ein solches Gesetz dem Volksempfinden entsprach, konnte deshalb ebenfalls nicht in Betracht kommen.¹⁶¹ Diese Bindung ist aber, wie gleichwohl klargestellt wurde, nicht Ausfluss des liberalen

¹⁵⁷ Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 24. März 1933, RGBl. I, 83.

¹⁵⁸ Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933, RGBl. I, 141.

¹⁵⁹ Vgl. dazu Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 138f.

¹⁶⁰ Hildebrandt, *Rechtsfindung im neuen deutschen Staate*, Berlin 1935, S. 64, 87; Huber, *Die Einheit der Staatsgewalt*, DJZ 1934, Sp. 950, 959; Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 32ff.; von Hantelmann, *Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze*, Würzburg 1937, S. 41; Schmitt, *Der Weg des deutschen Juristen*, in: DJZ 1934, Sp. 691, 693.

¹⁶¹ Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, Tübingen 1934, S. 34; Bull, *Gemeinnutz und „geltendes“ Recht*, in: DR 1935, S. 179.

Gewaltenteilungsgrundsatzes und der damit einhergehenden Bindung des Richters an Recht und Gesetz, sondern eine Konsequenz des Führerprinzips.¹⁶²

Für die noch geltenden vernationalsozialistischen Normen kam zunächst aus der Richtung der Interessenjurisprudenz ein Vorschlag, mit den Mitteln der Lückenausfüllung und der Gebotsberichtigung Wertungswidersprüche zwischen der neuen und alten Rechtsmaterie im Sinne der Weltanschauung zu beseitigen¹⁶³ und so die neuen Rechtsgedanken in den Rechtsstoff einzuführen. Allerdings war dabei die von Heck übernommene strenge Gesetzesbindung ein Hemmschuh. Nach dieser Auffassung lag die Kompetenz zur Gebotsberichtigung beim Gesetzgeber, der nach dieser Lehre allein dazu berufen war, Wertungswidersprüche im Wege der Gesetzgebung zu regeln. Dazu war die Führung nicht willens und auch nicht imstande. Nach diesem Ansatz konnte der Richter auf dem Boden der Interessenjurisprudenz nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die relevante Norm mit neueren Gesetzen oder anerkannten Gemeinschaftszielen in einem unlösbaren Widerspruch stand,¹⁶⁴ von dem geltenden Recht abweichen. Denn dieses geltende Recht – so wurde ebenfalls argumentiert – wurde immerhin durch die neue Führung zumindest konkludent bestätigt, da es nicht ausdrücklich aufgehoben wurde. Diese Ansicht stieß dann an ihre Grenzen, wenn die subjektive Zielsetzung des historischen Gesetzgebers klar zu erkennen war, aber gerade diese Zielsetzung der nationalsozialistischen Weltanschauung diametral entgegenstand. Dann erwies sich diese Methode als zu unflexibel, um in der Rechtspraxis Erfolg zu haben. Ein weiteres Problem stellte die zunehmende Diskreditierung Hecks und der Interessenjurisprudenz als liberalistisch und damit untragbar für die nationalsozialistische Rechtslehre, dar. Diese Faktoren führten dazu, dass sich diese Gedanken nicht durchsetzen konnten.

Die Vertreter der subjektiven Theorie bei der Auslegung von Rechtsnormen, zu denen auch die Vertreter der Interessenjurisprudenz, allen voran Heck selbst, zählten, wiesen trotz allem auf die Eignung ihrer Methode hin. Insbesondere sollten durch die ausgeprägte Bindung des Richters an das geltende Gesetz eine verstärkte Disziplinierung und ein Einschwören des Rechtsstabs auf die ideologischen Ziele des Nationalsozialismus erfolgen. Diese methodisch garantierte

¹⁶² von Hantelmann, Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze, Würzburg 1937, S. 41, 50; Freisler, Richter, Recht und Gesetz, in: DJ 1934, S. 1333; Huber, Die Einheit der Staatsgewalt, in: DJZ 1934, Sp. 950, 959.

¹⁶³ Hierbei ist insbesondere der Versuch Heinrich Stolls zu nennen: Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, in: DJZ 1933, Sp. 1229, 1931ff.; vgl. zu einer umfassenden Würdigung Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 139ff.

¹⁶⁴ Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936, S. 15ff.

Gesetzestreue sollte in besonderem Maße dem Führerprinzip zur Durchsetzung verhelfen, da bei Befolgung der Leitlinien ein Abweichen vom Führerwillen gar nicht mehr möglich sei. Die objektive Auslegung hingegen wurde als für eine solche Gleichschaltung schädlich bezeichnet:

„Völlig unmöglich scheint mir eine derartige [objektive, d. Verf.] Auslegungsmethode für einen autoritären Führerstaat; denn auf vertrauendem Gehorsam beruhende Disziplin, die Zielsicherheit der Gesetzgebung wäre damit in Frage gestellt (...).“¹⁶⁵

Für die Interessenjurisprudenz wurde weiter ins Feld geführt, dass eine Erforschung der subjektiven Ziele des historischen Gesetzgebers besonders deutlich zeige, wo und inwieweit vornationalsozialistisches Recht nicht mit der neuen Weltanschauung übereinstimme und daher eine Korrektur bei der Rechtsanwendung notwendig sei.¹⁶⁶ Dort wo eine zu große Abweichung bestehe, könne der neue Gesetzgeber, oder korrigierend der Richter, zur Wahrung der Rechtseinheit eingreifen. Zudem sei der nationalsozialistische Staat der eigene und authentische Interpret seiner Gesetze, die er, etwa durch Präambeln, auch selber auslege und den Zweck aufzeige. In einem solchen Fall sei der Richter nicht befugt, im Wege einer eigenen Auslegung den Zweck des Gesetzes zu erforschen.¹⁶⁷ Trotzdem setzte sich diese Richtung in der zivilrechtlichen Rechtsprechung nicht durch.¹⁶⁸

Stattdessen wurde verstärkt versucht, ein richterliches Prüfungs- und Ablehnungsrecht hinsichtlich vornationalsozialistischer Normen damit zu begründen, dass Normen, die der nationalsozialistischen Ideologie nicht entsprachen, durch die erfolgte Revolution außer Kraft gesetzt worden seien und nur solche Normen fortgälten, die ausdrücklich oder konkludent durch Führerbefehl zu weiter geltendem Recht bestimmt worden seien. Der Richter hatte danach kein eigentliches formales Prüfungsrecht, sondern konnte nur erkennen, welche Normen durch die Revolution außer Kraft gesetzt waren und welchen Rechtssatzqualität zukam.¹⁶⁹ In letzter Konsequenz konnte dieser Ansicht zufolge ein Gericht eine

¹⁶⁵ Stoll, Juristische Methode, praktische Forderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz, Berlin 1934, S. 83, 99.

¹⁶⁶ Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 87f.; Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936, S. 12, 16ff.

¹⁶⁷ Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936, S. 18.

¹⁶⁸ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 148ff.

¹⁶⁹ Hildebrandt, Rechtsfindung im neuen deutschen Staate, Berlin 1935, S. 67; Küchenhoff, Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, Berlin 1934, S. 37.

Norm also immer schon dann nicht anwenden, wenn diese nach Erkenntnis des Richters im Widerspruch zu den Grundsätzen des Nationalsozialismus stand.¹⁷⁰

Ein solcher formaler Ansatz ging Teilen der zeitgenössischen Literatur in der Konsequenz zu weit, und so wurden in die Diskussion Elemente der objektiven Auslegung eingebracht. Es wurde etwa argumentiert, die nationalsozialistische Führung habe entweder ausdrücklich oder konkludent die Normen der WRV beseitigt, aber angesichts des Ausmaßes an drohender Rechtsunsicherheit dies nicht bei den einfachgesetzlichen Normen, insbesondere dem Privatrecht getan.¹⁷¹ Aber auch dies hatte zur Konsequenz, dass der Richter ohne jede Bindung ein Gesetz für nicht mehr anwendbar erklären konnte. So wurde stattdessen gefordert, dass die richterliche Macht, geltendes Recht nicht anzuwenden, auf solche Fälle zu beschränken sei, in denen die Anwendung der im Widerspruch mit dem Nationalsozialismus stehenden Norm nach dessen Wertmaßstäben zu unerträglichen Ergebnissen führen würde.¹⁷² Die schon genannten „Leitsätze über Aufgaben und Stellung des Richters“ formulierten dies unter der Ziffer 4 schließlich so:

„Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde.“¹⁷³

Ein Wertungsmaßstab ist damit jedoch nicht gegeben. Dem Richter blieb es in jedem Einzelfall überlassen herauszufinden, wann dem gesunden Volksempfinden durch die Anwendung einer Norm Unbill angetan wurde. Diese Sicht entließ allerdings den Gesetzgeber aus der Pflicht, die bestehende Rechtsordnung umfassend zu reorganisieren und schaffte es, unter Lockerung der Bindung des Richters an das Gesetz, ideologische Wertungen in die Gesetzesanwendung und Auslegung einzubringen und diesen Prozess noch als Rechtsgewinnung zu verschleiern.

¹⁷⁰ So Küchenhoff, Nationaler Gemeinschaftsstaat, Volksrecht und Volksrechtsprechung, Berlin 1934, S. 37; Bull, Die Bindung an das Gesetz, in: AcP 139 (1933), S. 337, 341.

¹⁷¹ von Hantelmann, Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze, Würzburg 1937, S. 14, dieser geht aber nicht auf den Kern dieser Lehre ein, wonach nicht ganze Gesetze durch eine Novellierung bestätigt werden, sondern im Zweifel immer nur einzelne Normen dieser Gesetze, so dass sein formales Argument recht farblos wirkt.

¹⁷² Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 34f.; ders., Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 25f.; Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 86f.

¹⁷³ Dahm/Eckhardt/Höhn/Ritterbusch/Siebert, Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, in: DRW I (1936), S. 123f.

Methodisch wird bei diesem Auslegungsmaßstab das Auslegungsziel objektiv-teleologisch bestimmt. Allerdings soll hier die Norm bei der Prüfung der Frage, ob sie noch gilt und wie sie auszulegen ist, in einen politisch bestimmten Zusammenhang gestellt werden, der schon von außen an die Gerichte und den relevanten Text herangetragen wurde. Bei dieser Zielsetzung ist es nicht verwunderlich, dass die in der Weimarer Republik argwöhnisch betrachtete objektive Auslegung sich an dieser Stelle dem System empfehlen konnte. Gerade dort wurde die Unterscheidung zwischen dem Willen des historischen Gesetzgebers und dem Willen des Gesetzes besonders betont. Fußend auf seiner Vorstellung einer der völkischen Gemeinschaft immanenten Rechtsidee,¹⁷⁴ bezog vor allem Larenz für eine objektive Auslegung Position:

„Für die Tätigkeit des Richters ist die Spannung bestimmend, die sich immer wieder zwischen dem dauernd gesetzten und dem sich fortentwickelnden Rechtswillen der Gemeinschaft ergibt. Diese Spannung dadurch zu überwinden, daß er unbeschadet seiner Bindung das Gesetz immer wieder auf den Gemeinwillen bezieht und aus ihm heraus auslegt, ist die nicht zu entbehrende Leistung des Richters für die Volksgemeinschaft, um derentwillen seine Tätigkeit nicht geringer zu bewerten ist als die des Gesetzgebers. Es ergibt sich hieraus, daß weder eine rein logische und systematische noch eine rein historische Auslegung der Aufgabe des Richters genüge tun kann. Er hat vielmehr bei der Auslegung des Gesetzes nicht nur die Bedeutung zu beachten, die es zur Zeit seiner Entstehung gehabt hat, sondern den jetzigen Stand der Gesetzgebung und Rechtsprechung, das heutige Wertebewusstsein der Gemeinschaft zu berücksichtigen, um die gegenwärtige Bedeutung des Gesetzes zu erkennen. So wird er besonders nach dem Durchbruch einer Revolution die früher entstandenen, einstweilen noch weiter geltenden Gesetze aus dem Geiste der neuen Ordnung auslegen und ergänzen.“¹⁷⁵

Allerdings wurde auch bei einer solch großen Freiheit für den Richter die Wortsinngrenze als absolut angesehen.¹⁷⁶ In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich der überwiegende Teil der Literatur nicht auf eine bestimmte Auslegungsmethode festlegen wollte, sondern sich strategisch zwischen den beiden Extrempolen Larenz und Heck bewegte und eher eine Entscheidung im Einzelfall suchte. Dies fiel dann besonders leicht, wenn sich in dem anzuwendenden Gesetz über Generalklauseln eine Korrektur im Sinne der nationalsozialistischen Anschauung anbot.

Diese Argumentation zeigt sich auch bei den folgenden Entscheidungsbesprechungen von Bull.¹⁷⁷ Gegenstand seiner Erörterungen sind zwei Fälle des OLG

¹⁷⁴ Siehe Seite 91ff.

¹⁷⁵ Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934, S. 32f.

¹⁷⁶ Vgl. von Hantelmann, Anwendung vernationalsozialistischer Gesetze, Würzburg 1937, S. 45.

¹⁷⁷ Bull, Die Bindung an das Gesetz, in: AcP 139 (1933), S. 337ff.

Königsberg¹⁷⁸ bzw. des LG Kassel¹⁷⁹. Das OLG Königsberg hatte in einer Beschwerdeentscheidung sachlich entschieden, obwohl das LG und das AG als Vorinstanzen sachlich gleich entschieden. Nach § 568 Abs. 2 ZPO ist dies unzulässig. Bull sah darin eine unzulässige Abweichung von der Bindung an das Gesetz.

In der zweiten Entscheidung ging es um die Verurteilung eines Beamten auf Unterhalt für seine geschiedene Frau in Form einer Geldrente. Das Gericht wendete den eigentlich bei Geldrenten zwingenden § 760 Abs. 2 BGB mit der Begründung nicht an, dass eine Vorauszahlung für drei Monate die Kräfte des Beamten übersteigen würde. Ausdrücklich nannte es die Entscheidung eine Fortentwicklung des Gesetzes. Bull sah auch hier eine unzulässige Nichtbeachtung des Gesetzes als gegeben an. Zwar sei das Ergebnis nicht zu beanstanden, aber dieses hätte auch durch Auslegung des Gesetzes erreicht werden können.¹⁸⁰ Bull sprach sich also für eine Bindung des Richters auch an das vernationalsozialistische Gesetz aus, soweit es nicht mit den Zielen des Nationalsozialismus unvereinbar ist. Allerdings relativierte er seine Aussage selbst wieder, wenn er fordert:

„Für den deutschen Richter muß im Vordergrund seines Bewusstseins stehen nicht das Gefühl, dem Gesetz, wie es vor ihm steht, unterworfen zu sein, sondern die vom Kammergericht¹⁸¹ als Ausnahme behandelte Frage, ob das im einzelnen Fall als anzuwendendes in betracht kommende Gesetz noch unserer Anschauung, unserer geläuterten Rechtsüberzeugung entspricht, erst diese Auffassung von seinen Aufgaben in unserer Zeit macht ihn zum Wahrer, Walter und Kündler des Rechts im Dritten Reich.“¹⁸²

Die objektive Methode kam dabei sicherlich den Zielen der politischen Führung entgegen, die eine flexible Lösung durch Aufweichung der Bindung des Richters an das überkommene Gesetz zu schätzen wusste. So ist z.B. auffallend, dass Gürtner und Freisler 1933 noch eine unbedingte Bindung des Richters an das

¹⁷⁸ Urteil v. 23.1.1934, in: DJZ 1934, Sp. 348.

¹⁷⁹ Urteil v. 23.1.1934, in: JW 1934, S. 783.

¹⁸⁰ Bull, Die Bindung an das Gesetz, in: AcP 139 (1933), S. 337, 341.

¹⁸¹ Bull bezieht sich auf die Entscheidung des 1. Strafsenats des Kammergerichts in DJ 1934, 193 vom 10.11.1933, wo es – unter Zustimmung der Literatur – der Ansicht einiger Untergerichte eine Abfuhr erteilt, dass vernationalsozialistische Gesetze schon deshalb im Einzelfall nicht angewendet werden können, weil sie den Ansichten der Reichsregierung nicht entsprechen. Das Kammergericht legt dar, dass die Ereignisse die Bindung des Richters an das Gesetz nicht beseitigen, soweit die Gesetze nicht wesentlichen Grundsätzen des nationalsozialistischen Gedankenguts zuwiderlaufen. Dem Gesetzgeber obliegt es, Reformen durchzuführen. Zur Beseitigung einer möglichen Spannung zwischen Recht und Billigkeit hat der Richter nur das Institut der Gnade zur Verfügung. Vgl. dazu auch Krug, Rechtspflege und Rechtspolitik (Wochenschau), in: DJ 1934, S. 53 und Baumbach, Rundschau, in: DJZ 1934, Sp. 55, 56.

¹⁸² Bull, Die Bindung an das Gesetz, in: AcP 139 (1933), S. 337, 342.

Gesetz forderten, selbst wenn es mit der »Weltanschauung« unvereinbar sein sollte.¹⁸³ Im weiteren Zeitablauf traten sie aber immer weiter hinter ihre Forderungen zurück.¹⁸⁴ Hier ist wieder der sich generell durch die Methodenlehre des Nationalsozialismus ziehende Faktor zu erkennen, dass die Auseinandersetzung vor allem mit ideologischen Worthülsen geführt wurde. Durchgesetzt hat sich letztlich aber die Methode, die – ohne den Machtanspruch der politischen Führung zu gefährden – unter dem Deckmantel der Wissenschaft und Rechtsstaatlichkeit eine günstige Einbruchstelle für die nationalsozialistische Ideologie zu schaffen vermochte. Die Einheit der Rechtsordnung war demgegenüber ein Gut, das im Stellenwert weit unten rangierte. Es wurde nur vereinzelt versucht, sie als eigenständige Rechtsposition aufrechtzuerhalten.¹⁸⁵

bb) Die Funktion der Präambeln

Eine Besonderheit der nationalsozialistischen Gesetzgebung war die Vorliebe für Präambeln, in denen der Zweck des Gesetzes erläutert wurde. Während etwa in der Weimarer Republik allenfalls der WRV eine ausführliche Präambel vorangestellt worden war, war sie unter dem Nationalsozialismus ein beliebtes Instrument zur Verdeutlichung des gesetzgeberischen Standpunkts.¹⁸⁶ Im Kaiserreich und in der Weimarer Republik wurde den Präambeln keinerlei rechtliche Bedeutung zugemessen. Dies galt auch für die WRV und die Deutsche Reichsverfassung von 1871. Die Rechtssatzqualität wurde mit dem formalen Argument abgelehnt, dass eine Präambel vor der eigentlichen Verkündungsformel stehe und in aller Regel so allgemein gefasst sei, dass aus ihr ein Rechtsbefehl, wie er für eine Norm als zwingend angesehen wurde,¹⁸⁷ gar nicht herausgelesen werden könne.

¹⁸³ Gürtner, Richter und Rechtsanwalt im neuen Staat, in: DJ 1934, S. 369, 370; Freisler, Recht, Richter und Gesetz, in: DJ 1933, S. 694, 695.

¹⁸⁴ Freisler, Recht und Gesetzgeber, in: DJ 1936, S. 153, 155.

¹⁸⁵ Dazu Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935, S. 89f.

¹⁸⁶ Eine Auflistung der Gesetze und Verordnungen zwischen 1933 und 1939, denen eine Präambel vorangestellt war, findet sich bei Dietze im Anhang von: Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939. Er kam dabei bis zum 28. März 1939 auf insgesamt 87 Gesetze und Verordnungen.

¹⁸⁷ Vgl. etwa Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1, 4. Auflage, Tübingen 1901, S. 118; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Auflage, Berlin 1933, S. 31.

Die zeitgenössische rechtswissenschaftliche Literatur des Nationalsozialismus bewertete die Rolle, die Präambeln in der Rechtsanwendung zukam, grundsätzlich neu und versuchte, sie für die Rechtsgewinnung fruchtbar zu machen. Dies geschah in ausdrücklicher Abgrenzung zur »liberalistischen« Rechtswissenschaft des Kaiserreiches und der Weimarer Republik. Dort, so wurde argumentiert, seien durch die Gleichsetzung von Recht und Gesetz außerjuristische Wertungen, wie sie etwa in einer Präambel vom Gesetzgeber niedergelegt werden, aus dem Gesichtskreis der Rechtsanwender und der Rechtswissenschaft verschwunden.¹⁸⁸ Bedingt durch das liberalistische Legalitätsverständnis sei es für den damaligen Gesetzgeber ausreichend gewesen, wenn ein Gesetz in einem formell ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen war. Eine darüber hinausgehende Begründungsobliegenheit, der noch in den absolutistischen Gesetzen durch die Präambeln genüge getan worden sei, sei dem liberalistischen Gesetzgeber, nicht zuletzt wegen seiner Ferne zum Volk, fremd geblieben. Damit verkümmerten auch die Präambeln zu rein feierlichen Einleitungsworten bzw. juristisch unbedeutenden Floskeln.¹⁸⁹

Die Bedeutung der Präambeln für den nationalsozialistischen Gesetzgeber hingegen lässt sich aus der Verortung des Staats in der völkischen Gemeinschaft erklären. Er ist weder absolut im Sinne der alten Regime noch ohnmächtig und dem Volk entfremdet wie der »demoliberalen« Gesetzgeber, sondern organisch mit der völkischen Gemeinschaft verwachsen. Aus diesem organischen Verständnis heraus ist es die Pflicht des Gesetzgebers, das zum Gesetz zu erheben, was dem Volk nützt, und das als Unrecht zu bezeichnen, was ihm schadet.¹⁹⁰ Daher ist der Staat auch berechtigt, durch Gesetze Werturteile zu fällen. Die Präambeln haben dabei die Funktion, diese Werturteile und Pläne dem Volk mitzuteilen und zu erklären:

¹⁸⁸ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 25.

¹⁸⁹ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 26f.

¹⁹⁰ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 29, unter Bezugnahme auf Frank, in: ders. (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, Einleitung, S. XIV. Im Übrigen fällt bei dieser Schrift durch ihren ganzen Duktus auf, dass sie die Terminologie der Kieler Schule und insbesondere Larenz' Kritik der rechtswissenschaftlichen Abstraktheit der Begriffe und dessen Verständnis des Staates als organischen Teil des Volkes immer wieder aufgreift. Allerdings erschien die Schrift auch in der Schriftenreihe des Instituts für Politik und Internationales Recht an der Universität Kiel unter der Herausgeberschaft von Prof. Ritterbusch, dem damaligen Rektor der Kieler juristischen Fakultät und tragenden Mitglied der Kieler Schule. Zu dessen Rolle vgl. Eckert, Was war die Kieler Schule?, in: Säcker (Hrsg.), Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus, Baden-Baden 1992, S. 152ff.

„Denn der staatliche Gesetzgeber erblickt in den Volksgenossen weder unmündige Kinder noch unfreie Untertanen die eine ständige Bevormundung nötig hätten, sondern eine schöpferisch tätige Gefolgschaft, die das Gesetz des nationalsozialistischen Staates als ihr eigenes Gesetz empfindet und freudig mit ausgestaltet.

Als bedeutsames Mittel der Volksführung kann das Gesetz an Durchschlagskraft und Erfolg nur gewinnen, wenn es zusätzlich zu seinen Einzelbestimmungen noch seinen Gesamtsinn zusammenhängend dem Volke darlegt. Diese Aufgabe erfüllen – neben anderen – die Gesetzesvorsprüche. Sie erläutern die Absichten des Gesetzgebers und knüpfen damit ein neues Band des Vertrauens zwischen Staat und Volk.“¹⁹¹

Die Präambeln sollten Brücken zwischen Weltanschauung und Recht sein und zugleich verdeutlichen, dass das Recht im Nationalsozialismus als eine Wertordnung aufgefasst werde.¹⁹²

„Sie verkörpern damit deutlich den Wandel vom weltanschaulich-neutralen Reglement zum werterfüllten, charaktervollen Recht,“¹⁹³

wie es im Duktus der Zeit hieß. Auch von Autoren, die in den Präambeln einen eigenständigen gesetzgeberischen Akt sahen, wurde ihr Wert vor allem im erzieherischen Bereich gesehen,¹⁹⁴ da so dem Volk die wesentlichen Gedanken eines Gesetzes nahe gebracht werden können. Es wurde klargestellt, dass dies eine freiwillige Maßnahme des Gesetzgebers sei, da auf Grund des Führerprinzips eine Rechtfertigung von Rechtssätzen vor dem Volk grundsätzlich nicht in Betracht komme.

Die Präambel sollte aber auch eine Funktion innerhalb der Rechtsgewinnung haben. Allerdings gab es deutliche Stimmen, die den Präambeln auch im Nationalsozialismus keine wie auch immer geartete rechtliche Bedeutung zuerkennen wollten. Soweit die Präambeln nach dem klassischen Muster durch die Verkündungsformel von den eigentlichen Rechtsnormen abgetrennt waren, wurde eine rechtliche Bedeutung, angelehnt an die herrschende Auffassung der Staatslehre in der Weimarer Republik zur Präambel der WRV, abgelehnt, weil der Gesetzgeber durch die inhaltliche Trennung des Vorspruchs vom Normtext die unterschiedliche rechtliche Qualität unterstreiche und ihn deshalb auch nicht als verbindlichen Rechtssatz verstanden wissen wolle.¹⁹⁵ Bei dem REG setzen sich die Autoren nicht mit dem Verweis des § 56 REG auf die in der Präambel niederge-

¹⁹¹ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 30f.

¹⁹² Pracht, Der Gesetzesvorspruch, Erlangen 1937, S. 21f.

¹⁹³ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 37.

¹⁹⁴ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 63ff.; Pracht, Der Gesetzesvorspruch, Erlangen 1937, S. 105ff.

¹⁹⁵ Vogels, Das Reichserbhofgesetz, 4. Auflage, Berlin 1937, S. 179; Meukel/Aubele, Das Reichserbhofgesetz, 2. Auflage, München, Berlin 1937, S. 18; Wenzel/Friedrich, Das Reichserbhofgesetz, Berlin 1934, S. 10.

legten Grundsätze auseinander, obwohl hier die Trennung zwischen Vorspruch und Normtext aufgehoben wird. Über § 56 REG werden die Grundsätze der Präambel – jedenfalls bei der Auslegung – wieder materiell-rechtlich bedeutsam, wie weiter unten zu zeigen sein wird.

Schmitt betonte die Rolle der Leitsätze über den erzieherischen Gedanken hinaus für die Rechtspraxis und stellte Bedenken hinsichtlich der Rechtssatzqualität solcher Präambeln als Positivismusverdächtig bloß. Er sah vielmehr in der Verquickung von Weltanschauung und Norm ein gelungenes Beispiel für eine neue, nationalsozialistische Gesetzgebungstechnik, die sich gerade von der formalen Strenge des Positivismus ab- und zur konkreten Ordnung hinwende:

„Für die bisherige positivistische Kodifikation war ein vorangestellter „Allgemeiner Teil“ mit abstrakten Allgemeinbegriffen charakteristisch. Die Leitsätze hingegen sind kein allgemeiner Teil im Sinne dieses früheren Gesetzgebungsstils; sie sind keine - abstrakten, ausgeklammerten Begriffe, sondern konkrete Richtlinien, die in einer authentischen Weise den Plan und die Zielrichtung des Gesetzgebers mitteilen und dadurch sowohl die Handhabung und Auslegung der ihnen folgenden Normierungen, wie auch die geistige Haltung und Gesinnung des mit ihnen befassten Juristen bestimmen. Aus ihnen ergeben sich die Voraussetzungen, unter denen eine praktische oder theoretische Beschäftigung mit einem solchen Gesetz allein zu juristisch richtigen Ergebnissen kommen kann. (...) Die Methode der Leitsätze überwindet auch die für das bisherige positivistische Denken typische Gegensätzlichkeit von „bloßem Programm“ und „positivem Recht“. (...)“

Die Leitsätze des heutigen Gesetzgebers sind unmittelbar und in intensivster Weise positives Recht. Sie sind auch echte Revisionsnormen. Sie geben dem Richter eine neue Bindung und eine neue Freiheit.“¹⁹⁶

Damit ist in aller Deutlichkeit gesagt, dass Präambeln die Gerichte in einer rechtlich verbindlichen Weise an die Weltanschauung des Nationalsozialismus binden sollten. Klarstellend führte Dietze dazu aus, dass die Präambeln Rechtsquellen und nicht bloße Rechtserkenntnisquellen seien.¹⁹⁷ Die eigentliche Gesetzeskraft der jeweiligen Präambel bestimmt sich dabei aus der formalen Gestalt. Die stärkste rechtsverbindliche Kraft haben solche Sätze, die bereits die wesentlichen Inhalte des jeweiligen Gesetzes vorwegnehmen.¹⁹⁸ Danach folgen diejenigen, die den wesentlichen Zweck des Gesetzes umreißen, und schließlich zuletzt die, die nur den besonderen Anlass, der zum Erlass des Gesetzes geführt hat, berichten.¹⁹⁹ Dieser Einteilung zufolge sollten Präambeln der ersten Gruppe die gleiche Rechtskraft wie die eigentlichen Normen des Gesetzes entfalten, da

¹⁹⁶ Schmitt, Kodifikation oder Novelle, in: DJZ 1935, Sp. 919, 922f.

¹⁹⁷ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 81.

¹⁹⁸ Dazu zählte Dietze insbesondere die Absätze 4 bis 8 der Präambel des REG.

¹⁹⁹ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 86.

sie „den jeweils bestimmenden Substanzwert des Volkes vor Willkür und Zersetzung“²⁰⁰ schützen. Die zweite Gruppe erläutert den Plan und Zweck, den der Gesetzgeber mit dem jeweiligen Gesetz verbunden wissen will. Sie ist daher ein wichtiges Kriterium bei der Auslegung des jeweiligen Gesetzes:

„Der Richter, der nach dem in der Präambel niedergelegten Zweck des Gesetzes entscheidet, bewegt sich im Rahmen des Gesetzes, zu dem die Präambel hinzugehört, und er beweist hierin seine Bindung an das Gesetz.“²⁰¹

Damit steht der Zweck eines Gesetzes bei seiner Anwendung im Mittelpunkt. Der Richter hat, trotz aller Aufrufe zur Bindung an das Gesetz, die Freiheit, die Übereinstimmung seiner Auslegung mit dem Gesetzeszweck festzustellen, da die Grundsätze, wie sie etwa die Präambel zum REG formuliert, nicht eindeutig sind und sich erst auf dem Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung beurteilen lassen.

Die Gleichsetzung der Präambeln mit dem positiven Recht wurde in dieser Rigidität nicht von allen vertreten. Selbst diejenigen, die die Bedeutung der Präambeln immer wieder herausstrichen, gingen in der Regel auf die Formulierung zurück, dass die überkommene positivistische Sicht, wonach Recht gleich Gesetz ist, nicht länger stimmt. Die Präambeln sind nach diesem Verständnis zwar als Recht, nicht aber als unmittelbar und positiv geltendes Gesetz zu verstehen. Nach dieser Auffassung umfasst der Begriff des Rechts auch die ungeschriebene Rechtsauffassung des Volkes. Diese Rechtsauffassung wird in der Präambel verkörpert und vom Führer bzw. seinen Unterführern durch die Verkündung manifestiert. Diese Unterführer sind gleichzeitig zu ihrer Umsetzung berufen. Daher sind Präambeln dem ungeschriebenen Recht zuzurechnen und damit grundsätzlich höherrangig zu bewerten als das positivierte Recht. Gleichzeitig braucht das in der Präambel verkörperte Recht das Gesetz, um sich Geltung in der Gemeinschaft zu schaffen. Daher hat die Präambel eine weitere Brückenfunktion, nämlich zwischen dem Recht und dem Gesetz. Dies muss sich auf die Stellung der Präambel in der Anwendung der Gesetze niederschlagen.²⁰² Im Wege der Auslegung hat der Richter die Erwägungen des Gesetzgebers, die in den Präambeln niedergelegt sind, zu berücksichtigen. Allerdings darf er nicht

²⁰⁰ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 87f.

²⁰¹ Dietze, Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht, Berlin 1939, S. 91f.; ähnlich: Lühr, Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden?, in: DRiZ 1934, S. 33, 34.

²⁰² Pracht, Der Gesetzesvorspruch, Erlangen 1937, S. 114f. Hier lassen sich im Übrigen Anklänge an das dialektische Verständnis Larenz' vom Recht in der Volksgemeinschaft finden, das dessen Abhandlung, Volksgeist und Recht, in: ZDK I (1935), S. 40ff., durchzieht.

allein die Präambel zur tragenden Begründung einer Entscheidung verwenden, da für ihn zuvörderst die Bindung an das Gesetz besteht.²⁰³

Damit wurde die Präambel auf die Stufe einer Rechts- oder zumindest Rechts-erkenntnisquelle gehoben und konnte so als Einbruchstelle für weltanschauliche Erwägungen dienen. Der Streit zwischen der objektiven und der subjektiven Auslegungsmethode war damit obsolet geworden, da der Gesetzgeber eine authentische Interpretationsanleitung für seinen im Gesetz verkörperten Willen lieferte. Auf diese Weise konnte die Kontrolle der Gerichte über einen Appell an die Bindung an das Gesetz einhergehen mit einer allgemeinen Lockerung dieser Bindung zugunsten ideologischer Erwägungen. Wenn, wie es Schmitt gefordert hatte, die Auslegung aus den Präambeln im vollen Umfang revisibel war,²⁰⁴ konnte in geradezu idealer Weise der faktische Erwartungsdruck an die Gerichte, im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung zu entscheiden, mit einem ‚rechtsstaatlichen‘ Druck, die Bindung an das Gesetz zu achten, kombiniert werden. Die Gefahr missliebiger Urteile, zumindest in Fällen von grundsätzlicher Bedeutung, wurde durch die mögliche Einschaltung weiterer Instanzen minimiert, und das Regime konnte sich aus den selbst erlassenen Normen heraus legitimieren. Lediglich die Mitwirkung von Rechtswissenschaft und -praxis war dazu erforderlich. Im REG war es besonders leicht, diese Mitwirkung einzufordern, da sich durch die hier gewählte Gesetzestechnik Präambel und materieller Gesetzesgehalt in geradezu idealer Weise für eine solche ideologische Durchdringung ergänzten.

3. Die Rechtsfortbildung

Wie bei der Diskussion der zulässigen Rechtsquellen angeklungen, stellt die Frage nach den Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung heute eine der großen Streitfragen in der juristischen Methodendiskussion dar. Auch im Nationalsozialismus war die Frage nach den Grenzen einer solchen Rechtsfortbildung virulent.

Rechtsfortbildung durch die Gerichte setzt dort ein, wo mit der Auslegung bestehender Rechtstexte eine Entscheidung nicht mehr getroffen werden kann. An solchen Stellen zeigt sich das Phänomen, dass die bestehende, positiv normierte Gesamtheit des Rechts ob der sich ändernden gesellschaftlichen Determinanten

²⁰³ Pracht, *Der Gesetzesvorspruch*, Erlangen 1937, S. 115.

²⁰⁴ Schmitt, *Kodifikation oder Novelle*, in: *DJZ* 1935, Sp. 919, 922f.

nicht ausreicht, um alle Streitfragen erschöpfend zu beantworten. An dieser Frage scheiterte schon die Kodifikationsbewegung seit der Aufklärung. Auch die Begriffsjurisprudenz musste schließlich einsehen, dass die Lückenlosigkeit²⁰⁵ der Rechtsordnung nur eine Fiktion sein kann, die den wahren gesellschaftlichen Gegebenheiten nicht hinreichend Rechnung trägt. Wenn die Gerichte in einem solchen Fall eine Entscheidung treffen, verlassen sie den Boden der Anwendung bestehender Gesetze und schaffen, jedenfalls im Endeffekt, neues Recht. Die Gefahr, die von einer solchen Auflockerung der Gesetzesbindung ausgehen kann, wurde schon früh erkannt. Zu Beginn der Kodifikationsbewegung des 18. und frühen 19. Jahrhunderts wurde versucht, den Gerichten hier enge Schranken aufzulegen. So erließ der französische Revolutionsrat am 24. August 1790 ein Gesetz, wodurch die Gerichte bei möglichen Gesetzeslücken verpflichtet wurden, eine Anfrage an den Gesetzgeber zu richten.²⁰⁶ In den absolutistisch verfassten Staaten Preußen und Österreich herrschten strikte Interpretationsverbote. In Preußen hatte der Richter im Zweifel seine Frage der königlichen Gesetzeskommission vorzulegen und sich im Übrigen streng an den Wortlaut zu halten.²⁰⁷ Da sich diese Regelungen als nicht praktikabel erwiesen, wurden sie recht schnell abgeschafft.²⁰⁸

Im Nationalsozialismus hingegen war die richterliche Rechtsfortbildung und Gesetzesablehnung ein wesentliches Werkzeug zum Umdenken hergebrachter Rechtsbegriffe im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie.²⁰⁹ Hier wurde der Richter gerade nicht in seiner gesetzesfernen Rechtsfortbildung behindert, sondern gefördert und ermuntert, was zu einer nahezu beliebigen Manipulation der Rechtsprechung im Sinne des ideologisch Gewünschten führte.

²⁰⁵ Vgl. dazu Seite 16f.

²⁰⁶ Vgl. dazu Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, in: ZZP 81 (1968), S. 79ff.

²⁰⁷ PrALR, Einleitung §§ 46-48, für Österreich §§ 24-27 ABGB von 1786.

²⁰⁸ In Preußen wurden die Richter schon vier Jahre nach In-Kraft-Treten des PrALR von der Vorlagepflicht befreit, in Österreich 1811 und in Frankreich durch Art. 4 der Einleitung zum Code Civil von 1804, umfassend dazu: Conrad, Richter und Gesetz im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat, Graz 1971, S. 12ff.; Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, in: ZZP 81 (1968), S. 79ff.

²⁰⁹ Umfassend Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 136ff.

a) Die Rechtsfortbildung in der modernen Methodenlehre

In einer Rechtsordnung kann es vorkommen, dass eine Entscheidung für einen Sachverhalt begehrt wird, für den sich im Wege der Auslegung keine anwendbare Norm finden lässt. Die Gerichte sind trotzdem zu einer Entscheidung verpflichtet. Dieser Grundsatz des Verbots der Rechtsverweigerung ist ein immanenter Bestandteil der europäischen Rechtstradition.²¹⁰ Das BVerfG nahm zu diesem Verbot der Rechtsverweigerung in der Soraya-Entscheidung Stellung.²¹¹

Ein mit der Rechtsfortbildung im Lückenbereich verwandtes Phänomen ist die richterliche Gesetzesberichtigung. Hier besteht eine gesetzliche Regelung, unter die sich der zu entscheidende Fall ohne größere Schwierigkeiten subsumieren lässt. Dem zur Entscheidung berufenen Gericht erscheinen jedoch die Rechtsfolgen der zu subsumierenden Norm auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles unvertretbar. Dies ist kein Fall einer Rechtsfortbildung, erst recht keine Rechtsfindung, sondern es liegt eine Rechtsumbildung durch Gesetzesablehnung vor.²¹² Im Nationalsozialismus war die Gesetzesablehnung der Gerichte ein wesentliches Moment, das die Bindung an bestehendes, vornationalsozialistisches Recht entscheidend auflöste, ohne dass dazu eine umfangreiche gesetzgeberische Tätigkeit erforderlich wurde.²¹³

Im Allgemeinen wird unter einer Gesetzeslücke eine planwidrige Unvollständigkeit der Gesetzesordnung, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung, verstanden.²¹⁴ Von „echten“ Lücken sind solche abzugrenzen, die planvoll eingefügt wurden, um der wissenschaftlichen Auseinandersetzung nicht vorzugreifen. Wichtigstes Beispiel sind hierfür die Generalklauseln, die auch als „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“²¹⁵ bezeichnet wurden. Hecks Begriff der „Delegationsnormen“²¹⁶ kommt der methodischen Funktion solcher Generalklauseln näher. Die Gerichte übernehmen die Funktion eines Ersatzgesetzgebers mit ausdrücklicher Billigung des eigentlich zuständigen parlamentarischen Gesetzgebers. Im Gegensatz zur Ausfüllung bestehender Gesetzeslücken

²¹⁰ Vgl. etwa Art. 4 des französischen Code Civil von 1804; Insgesamt: Schumann, Das Rechtsverweigerungsverbot, in: ZJP 81 (1968), S. 79ff.

²¹¹ BVerfGE 34, 269ff., insbesondere S. 286f.

²¹² Vgl. Rütters, Rechtstheorie, München 1999, S. 459f.

²¹³ Vgl. dazu für den Bereich der Zivilgerichtsbarkeit Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 136ff.

²¹⁴ Vgl. etwa Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983, S. 39.

²¹⁵ Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933, S. 58.

²¹⁶ Heck, Grundriss des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 4.

handelt es sich hierbei aber um eine planmäßige Auflockerung der Gesetzesbindung.²¹⁷ Ein Fall einer nicht planwidrigen Lücke ist das so genannte beredete Schweigen des Gesetzes. Dort liegt eine gewollte Nichtregelung durch den Gesetzgeber vor, so dass ein Gericht, das eine Gesetzeslücke durch eine Entscheidung füllen wollte, einen Gesetzesverstoß begeht. Ein Beispiel für eine solche Regelung ist etwa, dass der Gesetzgeber darauf verzichtete, eine gesetzliche Unterhaltspflicht zwischen Geschwistern zu normieren, wobei gerade aus dem Zusammenhang, in dem die Norm steht, geschlossen werden muss, dass eine solche Unterhaltspflicht nicht bestehen soll.

Im Wesentlichen lassen sich die Lücken in Normlücken, Gesetzeslücken, Kollisionslücken und Rechtslücken aufteilen.²¹⁸

Normlücken liegen vor, wenn eine gesetzliche Regelung unvollständig in dem Sinne ist, dass ein notwendiger Bestandteil fehlt. Ein Beispiel ist etwa § 904 S. 2 BGB. Dort wird zwar ein Ersatzanspruch des Eigentümers begründet, der Anspruchsverpflichtete aber nicht benannt. Solche Lücken werden auch als offene Lücken bezeichnet.²¹⁹ Gesetzeslücken liegen vor, wenn der Gesetzgeber einen nach dem Normzweck regelungsbedürftigen Sachverhalt in der Norm oder dem Gesetz nicht regelte. Im Zivilrecht werden solche Lücken im Wege der Analogie ausgefüllt, wenn sich eine vergleichbare Interessenlage bei positiv normierten Instituten oder Regelungen feststellen lässt. Die Grundlage für solche Analogieschlüsse ist die heute herrschende Wertungsjurisprudenz, die sich nach dem Krieg aus der Interessenjurisprudenz entwickelte und wie diese eine wertende Betrachtung der durch die Norm geregelten Interessen betreibt. Die wohl bedeutendsten Beispiele für das Schließen solcher Gesetzeslücken sind die Institute der pFV und cic. Weitere Institute sind der normative Schadensbegriff des BGH, der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte²²⁰ und die Grundsätze der Duldungs- und Anscheinsvollmacht.

²¹⁷ Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, S. 464.

²¹⁸ Vgl. zu dieser Terminologie: Engisch, *Einführung ins juristische Denken*, 9. Auflage, Stuttgart 1997, S. 176ff.; Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, S. 466; Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Tübingen 1976, S. 719; Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 2. Auflage, Köln 2001, S. 615ff.

²¹⁹ Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, S. 468.

²²⁰ Die Bedeutung der Entwicklung dieses Rechtsinstitutes durch den BGH für die Entwicklung der Wertungsjurisprudenz arbeitete heraus: Petersen, *Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz*, Tübingen 2001, S. 38ff.

Kollisionslücken liegen dann vor, wenn sich zwei Normen innerhalb eines Gesetzes dergestalt widersprechen, dass ein Tatbestand unter beide Normen subsumiert werden kann, aber die Rechtsfolgen gegensätzlich sind.²²¹

Der Rechts- oder auch Gebietslücke ist zu Eigen, dass eine gesetzliche Regelung für einen bestimmten Bereich der Lebenswirklichkeit, der nach den Erfordernissen des Rechtsverkehrs und nach den Erwartungen der Rechtsgemeinschaft geordnet sein sollte,²²² gänzlich fehlt. Da hier – im Gegensatz zur Gesetzeslücke – ein erkennbarer Wertungsplan des Gesetzes nicht vorgegeben ist, wird die Schließung solcher Rechtslücken teilweise auch als „gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung“ bezeichnet.²²³

Das wichtigste Beispiel für eine solche Rechtslücke war die Neuregelung des Ehe- und Familienrechts durch die Gerichte, nachdem auf Grund des Art. 117 Abs. 1 GG zum 31. März 1953 das bestehende Recht wegen Unvereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 2 GG außer Kraft trat, ohne dass der Gesetzgeber eine Neuregelung getroffen hatte. Somit waren weite Bereiche des Ehepersonenrechts, des Ehegüterrechts und des Rechts der ehelichen Kinder nicht länger positivrechtlich geregelt. Bis zum In-Kraft-Treten des Gleichberechtigungsgesetzes 1957 wurden diese Bereiche allein durch Richterrecht nach den alleinigen Vorgaben des Art. 3 Abs. 2 GG geregelt, das dann in weiten Teilen von dem Gleichberechtigungsgesetz aufgegriffen wurde.²²⁴

Schließlich wird in der Literatur noch zwischen anfänglichen oder primären und nachträglichen oder sekundären Lücken unterschieden. Bei dieser Klassifikation liegt die Unterscheidung allerdings weniger in der spezifischen Art der Lücke, sondern darin, wann eine solche Lücke offenbar wird. Bei der anfänglichen Lücke ist dem legislativen Gesetzgeber schon bei Erlass des Gesetzes bewusst, dass die Regelung unvollkommen ist. Dies wird in Kauf genommen, etwa, weil ein dynamisches Vorgehen erwünscht ist und sich der Regelungskern den sich wandelnden gesellschaftlichen Bedingungen anpassen soll. Hier liegt faktisch weniger eine echte Lücke im Gesetz vor, vielmehr stellt die jeweilige unvollkommene Regelung eine Delegationsnorm an die Rechtsprechung dar, die auf diese Art und Weise politisch Streitige Themen Lösungen zuführen soll.

²²¹ Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, S. 468.

²²² Engisch, *Einführung ins juristische Denken*, 9. Auflage, Stuttgart 1997, S. 176ff.

²²³ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Studienausgabe, 3. Auflage, Berlin 1995, S. 188f., 232ff.

²²⁴ Vgl. Bosch, *Entwicklungslinien des Familienrechts in den Jahren 1947 bis 1987*, in: *NJW* 1987, S. 2617ff.

Bei der nachträglichen Lücke hingegen offenbart sich erst im Laufe der Zeit, dass eine Regelung nicht in dem erwünschten und gebotenen Maße einen bestimmten Lebenssachverhalt regelt. Dies kann der Fall sein, wenn sich unvorhergesehene technische oder wirtschaftliche Neuerungen ergeben, die Einfluss auf die Lebenswirklichkeit erlangen. Solche Lücken entstehen auch, wenn sich die Wertvorstellungen innerhalb der Gesellschaft im Laufe der Zeit einschneidend ändern.

Bei nachträglichen Gesetzes- oder Rechtslücken kann eine Bewertung durch den historischen Gesetzgeber nicht herangezogen werden, da dieser das Problem gar nicht als regelungsbedürftig erkannte. Solche Lücken, die auch als Anschauungslücken bezeichnet werden,²²⁵ erfordern eine gesonderte Bewertung, da sich keinerlei Maßstäbe aus der Gesetzgebung ermitteln lassen. Ob eine Lücke bei einem bestimmten Sachverhalt überhaupt besteht, soll sich aus einer Betrachtung des veränderten Sachverhalts zwischen dem Entstehungszeitpunkt und dem Anwendungszeitpunkt der jeweiligen Norm ergeben. Wobei die Gerichte, anders als der Gesetzgeber, nicht völlig ungebunden neues Recht schöpfen sollen, sondern aus der jeweiligen Norm und deren Einbettung in den Gesamtrechtszusammenhang die jeweiligen Maßstäbe zu entnehmen haben.²²⁶ Der BGH will solche Lücken unter Zugrundelegung des ursprünglichen gesetzgeberischen Zweckes eines Gesetzes erkennen. Im Zweifel räumt er hierbei dem Normzweck den Vorrang vor dem Wortsinn ein. Wenn dieser Zweck durch die Außerachtlassung eines durch den Wortsinn der Vorschrift nicht geregelten Sachverhalts missachtet wird, sind die Gerichte zur Lückenschließung berechtigt.²²⁷

Die wichtigsten Instrumente der Lückenschließung sind die Analogie, der Umkehrschluss sowie die schon angesprochene teleologische Reduktion. Ebenso wird die Natur der Sache als Argumentationsfigur genutzt, um das Wesen eines Rechtsinstituts genauer bestimmen zu können.

Bei der Analogie werden eine Rechtsnorm oder deren Rechtsfolgen auf einen Lebenssachverhalt angewendet, der ähnliche Strukturen aufweist, aber ungeregelt ist. Bei diesem Prozess der Rechtsgewinnung lassen sich grundsätzlich zwei Wege unterscheiden. Zum einen kann der Normzweck – etwa durch eine Analyse des Auslegungsmaterials – ermittelt werden, um dann im Wege einer Deduk-

²²⁵ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 173.

²²⁶ Rüthers, Rechtstheorie, München 1999, S. 479.

²²⁷ BGHZ 17, 275ff., zu diesem so genannten Tonbandurteil ausführlich: Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage, Berlin 1983, S. 190ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Auflage Stuttgart 1997, S. 101, 234.

tion auf den zu entscheidenden Fall zu schließen. Oder es wird in der Entscheidung aufgezeigt, dass die Unterschiede zwischen dem tatbestandlich erfassten und dem zu entscheidenden Fall nach allen gegebenen – oder jedenfalls den tragenden – Wertungsmaßstäben bedeutungslos sind. Der erste Modus des Analogieschlusses ist der so genannte juristische Analogieschluss. Dieser Modus ist eine Verbindung induktiver und deduktiver Elemente. Der zweite Modus hingegen steht dem Analogieverfahren der Logik nahe.²²⁸ Der Analogieschluss ist in Wissenschaft und Rechtsprechung als gültiges Instrument der Lückenfüllung anerkannt. Engisch nennt die Analogie ein Schließen vom Besonderen auf das Besondere,²²⁹ da neben der reinen Deduktion, wie sie etwa bei dem Schluss a maiore ad minus vorliegt, induktiv der Frage nach der Ähnlichkeit der Sachverhalte nachgegangen wird.

Der Umkehrschluss ist sozusagen das Gegenstück zur Analogie. Die wertende Betrachtung des Normzwecks und der Rechtsfolge der Norm ergibt, dass diese mit dem unregulierten Sachverhalt so konträr gehen, dass sich eine im Ergebnis gleiche oder ähnliche Rechtsfolge verbietet. Während die Analogie grundsätzlich zur Lückenfüllung von primären und sekundären Gesetzeslücken geeignet ist,²³⁰ verbietet sich der Umkehrschluss dann, wenn sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt, dass die positive Norm abschließenden Charakter haben soll.²³¹ Alles andere ist mit der Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz nicht vereinbar. In diesem Zusammenhang wird schließlich noch zwischen der Einzel- und der Gesamtanalogie unterschieden. Bei der Ersteren wird bei der Frage, ob eine Ähnlichkeit vorliegt, auf eine bestimmte Norm Bezug genommen, bei der Letzteren auf einen Normenkomplex. So wurde etwa das Institut der pFV als Gesamtanalogie zu den §§ 280, 286, 325, 326 BGB entwickelt.²³²

²²⁸ Vgl. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien 1982, S. 476.

²²⁹ Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 9. Auflage, Stuttgart 1997, S. 186.

²³⁰ Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. III, Tübingen 1976, S. 723; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 381ff.

²³¹ OLG Freiburg, NJW 1952, S. 886; Zimmermann, *Analogie oder Umkehrschluss?*, in: NJW 1954, S. 624, 627; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Auflage, Berlin 1991, S. 390.

²³² BGHZ 11, 80, 83.

b) Die Rechtsfortbildung im Nationalsozialismus

Im Nationalsozialismus hatte die Lückenfüllung vornehmlich die Aufgabe, Einbruchsstelle für die Ideologie zu sein. Der Aspekt der Rechtsgewährungspflicht rückte hingegen in den Hintergrund. Larenz hatte für die Rechtsfortbildung und Lückenschließung den kaB angeboten. Ausgangspunkt ist dabei sein Rechtsbegriff. Dieser ist geprägt von dem Verständnis, dass die Werteordnung nicht neben dem Recht besteht, sondern gerade das Recht – als „ungeformtes, aber sich ständig im Volksbewusstsein und der Rechtsprechung konkretisierendes Recht der Gemeinschaft“²³³ – ausmacht. Das gesetzte Recht hingegen kann die Gesamtheit des Rechts nur gebrochen wiedergeben und fällt daher bald hinter die Lebenswirklichkeit zurück. Damit wird es ergänzungsbedürftig, auch wenn es grundsätzlich den Vorzug hat, als planvoll wirkendes Instrument des Führers mit größter Bestimmtheit den Volkswillen zu konkretisieren. Wo das gesetzte Recht nicht mehr mit der Lebenswirklichkeit übereinstimmt, eröffnet sich der Raum zur Lückenschließung durch das ungeformte Recht, das, um handhabbar zu werden, einer Konkretisierung auf den zu entscheidenden Einzelfall durch den Rechtsanwender bedarf.²³⁴ Bei der Frage, wann überhaupt eine Lücke vorliegt, ist ebenfalls auf das ungeformte Recht der Gemeinschaft, also die Anschauung der Volksgenossen abzustellen. Wenn danach ein Lebenssachverhalt einer Regelung unterworfen sein soll, aber keine positivierte Norm gegeben ist, so liegt eine Lücke vor, die durch Rückgriff auf das ungeformte Recht geschlossen werden muss.²³⁵ Zur Veranschaulichung dieses Vorgangs wählte Larenz das Beispiel eines Landwirts, der sich weigert, seine Ernte einzubringen. Nach herkömmlicher Vorstellung steht ihm dies wegen § 903 BGB frei. Im Kontext der völkischen Ordnung ist dies aber als Pflichtverletzung des Landwirts gegenüber der Gemeinschaft zu werten, so dass eine rechtliche Pflicht des Landwirts besteht. Im Bereich des REG führte übrigens ein solches Verhalten zu einem Abmeierungsverfahren vor den Anerbengerichten nach § 15 REG, da ein solches Verhalten als nicht mehr ehrbar angesehen wurde.²³⁶

Die Feststellung einer Lücke beschränkte sich nicht allein auf Fälle, in denen eine positive Regelung nicht gegeben war, sondern war auch dort zulässig, wo die gesetzte Norm eine Entscheidung eines Lebenssachverhalts zwar grundsätz-

²³³ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 13.

²³⁴ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 14.

²³⁵ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 15f.

²³⁶ Vgl. für einen ähnlichen Fall REHGE 5, 32.

lich ermöglichte, aber dem Rechtsbewusstsein der völkischen Gemeinschaft nicht genügte, weil die Eigenart bestimmter Sonderfälle nicht genügend Berücksichtigung fand.²³⁷ Dabei unterschied Larenz zwei verschiedene Fälle von Lücken, die auch eine unterschiedliche Methode bei der Lückenschließung erfordern. Auf der einen Seite ergibt sich nach der Feststellung einer Lücke schon aus dem Sinnzusammenhang des lückenhaften Gesetzes, wie diese zu schließen ist. Bei einer solchen Gesetzeslücke – nach heutigem Verständnis – will er die Analogie nutzen.²³⁸ Neben dieser – herkömmlichen – Lücke gab es nach Larenz auch solche, die über die immanenten Wertungen des Gesetzes hinausgehen; oder erst bei einem solchen Darüberhinausgehen überhaupt erkannt werden können. In einem solchen Fall soll auf die Grundlage der völkischen Ordnung, die dem Volk eigentümliche Rechtsidee, zurückgegriffen werden, denn:

„Wir messen das Gesetz nicht nur an seinen eigenen inneren Wertmaßstäben, sondern an den größeren Zusammenhängen des völkischen Rechts. Zur Ausfüllung einer solchen Lücke reicht die Analogie nicht aus. Hier müssen wir auf das ungeformte Recht der Gemeinschaft zurückgreifen, indem wir es konkretisieren. Allerdings darf diese Unterscheidung nicht als eine abstrakte Trennung verstanden werden. Denn die Grundgedanken unserer völkischen Ordnung gehen ja in die Gesetze ein und bestimmen ihren eigenen Sinnzusammenhang, weshalb Analogie und Konkretisierung keine sich ausschließenden Gegensätze, sondern zwei Wege sind, sich in der Mitte zu treffen. Immerhin ist die Unterscheidung gerade für die Übergangszeit von erheblicher Bedeutung, während der wir noch mit Gesetzen arbeiten, die in der Rechtsanschauung der Vergangenheit wurzeln.“²³⁹

Im Wesentlichen geht es um eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung, die sich ihre Wertmaßstäbe aus außerjuristischen Zusammenhängen erschließt. Allerdings sind diese Maßstäbe von vornherein durch die völkische Ideologie vorgegeben, wie das von Larenz selbst gewählte Beispiel zeigt. Das Recht oder im Sinne einer völkischen Rechtspflege die Pflicht wird allerdings nach Larenz durch die Bindung des Richters an das Gesetz einerseits und andererseits durch die Natur der Sache begrenzt. Der Grenzziehung anhand der Natur der Sache liegt ein etwas seltsamer Begriff dieses Instruments zu Grunde. Für Larenz lässt die Natur der Sache eine Konkretisierung einer lückenhaften Norm oder eines lückenhaften Normenkomplexes nicht zu. Die Natur der Sache bestimme den Inhalt einer Norm gerade dort, wo lediglich eine rein technische Regelung ohne Bezug zur völkischen Rechtsanschauung zur Wahrung von Rechtssicherheit - oder für den Schutz des Verkehrs vom Gesetzgeber als notwendig erachtet wer-

²³⁷ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 16f.

²³⁸ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 17.

²³⁹ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 18.

de, wie etwa bei Vorschriften über das Grundbuchverfahren oder Fristenbestimmungen.²⁴⁰ Da diese Normen gleichsam „emotionslos“ seien, seien sie der Konkretisierung durch die Gerichte auch nicht zugänglich. Sie seien – hier klingt Schmitts Theorie von der Dezision an – zu einem großen Teil einfach eine willkürliche Setzung, die ihren Zweck schon dadurch erfüllt, dass sie überhaupt eine Regelung trifft. Neben dem fehlenden Bezug solcher Normen zur völkischen Rechtsanschauung sollen solche Regelungen schon deshalb der richterlichen Konkretisierung unzugänglich bleiben, weil solche – an sich willkürliche – Entscheidungen dem Gesetzgeber, und damit dem Führer, vorbehalten sind.²⁴¹ Daher verbleibt dem Richter im Falle einer Lücke nur die Möglichkeit, diese im Wege einer Analogie zu schließen.

Die andere Grenze besteht wegen der Bindung des Richters an das Gesetz dort, wo das Gesetz ausdrücklich bestimmt, dass eine Regelung abschließend sein soll. Dies soll nach Larenz auch für Fälle gelten, in denen ein vernationalsozialistisches Gesetz einen solch abschließenden Charakter hat und damit den Grundsätzen der neuen völkischen Ordnung zuwiderläuft. So ist es nicht zulässig, in der nichtarischen Abstammung eines Ehepartners vor Erlass der Nürnberger Rassegesetze einen Ehenichtigkeits- oder Eheanfechtungsgrund zu erkennen,²⁴² da dies eine Missachtung des Vorrangs des Führerentscheids darstellt. Eine Grenze ist bei vernationalsozialistischen Gesetzen dort erreicht, wo eine Entscheidung auf Grundlage des gesetzten Rechts zu einem schlechthin unerträglichen Ergebnis führt. Hier ist der Richter als „Sachwalter der höchsten Grundsätze“ des Rechts berufen, das Gesetz zu korrigieren.²⁴³ Das Gesetz ist nur Recht „als nähere Ausgestaltung der völkischen Ordnung“ und kann daher „nicht mehr rechtsverbindlich sein (...), wo es mit seinen eigenen Grundlagen, mit der völkischen Rechtsidee schlechthin unvereinbar geworden ist.“²⁴⁴

Im Grunde zeigte sich Larenz damit in dieser Frage mit den meisten Autoren einig,²⁴⁵ wenn er auch keinen Maßstab dafür angab, wann ein solch unerträgliches Ergebnis vorliegen soll. Anders als andere Autoren differenzierte Larenz zwischen solchen Gesetzen, die erkennbar eine abschließende Regelung enthalten und solchen, die einer Konkretisierung zugänglich sind. Damit ging er erheblich über die Freiheit hinaus, die andere den Gerichten bei der Entscheidung

²⁴⁰ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 23.

²⁴¹ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 24.

²⁴² Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 24.

²⁴³ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 25.

²⁴⁴ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 26.

²⁴⁵ Vgl. Seite 156f.

zubilligen wollten. Auf diese Art und Weise kann die Unabhängigkeit der Gerichte vom gesetzten Recht erheblich ausgeweitet werden und die Ideologie bekommt eine große Einbruchsstelle in die gerichtliche Entscheidungspraxis. Solche Instrumente wurden auch gerne aufgegriffen. Bezeichnenderweise räumte Larenz dem Führer die oberste Interpretationsmacht darüber ein, was die völkische Rechtsanschauung ist.²⁴⁶

Während Larenz einen konsequenten Ansatz, ausgehend von der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode, bietet, versucht Stoll, gleichsam als Gegenpol, ein Konzept zur Lückenschließung auf der Grundlage der subjektiv-teleologischen Methode im engen Anschluss an Heck zu entwickeln. In Abgrenzung zu der Gesetzesauslegung ist die Rechtsfortbildung die Anpassung bestehender Gesetze an die veränderten Verhältnisse durch Berichtigung oder Ergänzung bestehender Normen.²⁴⁷ Die Gerichte sind zwar auch nach Stoll grundsätzlich an die Gesetze gebunden, haben aber zu prüfen, ob bei vernationalsozialistischen Normen die Interessenlage die gleiche ist und ob das gesetzliche Werturteil, also der Normzweck, nach nationalsozialistischen Maßstäben noch anerkannt werden kann. Ebenso wie die Auslegung der Gesetze ist die Frage, ob der Normzweck mit der herrschenden Rechtsauffassung übereinstimmt, eine Wertungsfrage, die auf Grund der aktuellen Verhältnisse und Wertungsmaßstäbe beantwortet werden muss. Soweit sich nach der selbstständig vorgenommenen Wertung des Gerichts die äußeren Umstände, die bei der Anwendung einer Norm einen Einfluss haben, geändert haben, liegt eine Anschauungslücke vor. Dabei haben die Gerichte neue Rechtsgedanken, die ihre Verkörperung in neuen Gesetzen gefunden haben, zu berücksichtigen. Dies gilt auch dann, wenn die im Einzelfall einschlägigen Normen durch neuere Normen nicht unmittelbar beeinflusst werden. Die Gerichte haben also zu prüfen, inwieweit durch neue Normen bestehende Werturteile beseitigt wurden. Soweit solche Werturteile nicht mehr gelten, haben die Gerichte die Pflicht, nötigenfalls unter Zugrundelegung der gewandelten Rechtsgesinnung, neue Wertungsmaßstäbe zu entwickeln. Diesen Mechanismus bezeichnete Stoll in Anlehnung an Heck²⁴⁸ als die Fernwirkung neuer Gesetze.

²⁴⁶ Siehe Seite 94f.

²⁴⁷ Stoll, Juristische Methode, praktische Forderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz, Berlin 1934, S. 83, 100.

²⁴⁸ Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 161ff.

Im Ergebnis unterscheiden sich diese zwei Ansichten nicht sehr,²⁴⁹ wobei Heck und damit auch Stoll grundsätzlich die Bindung der Gerichte an das Gesetz strenger sahen als Larenz, der den Gerichten letztlich weiten Handlungsspielraum gab. Ein direkter Vergleich der Position Hecks mit Larenz', der einen konträren methodischen Ansatz hatte, zeigt, dass die Unterschiede im Resultat letztlich marginal waren. Beide gingen von der grundsätzlichen Offenheit des Lückenbegriffs aus, der die Korrektur geltenden Rechts anhand außerjuristischer Wertungen immens begünstigte. Ebenso ergibt ein Vergleich der weiter oben dargelegten Kriterien bei der Auslegung von (vornationalsozialistischen) Normen, dass bei beiden Rechtsgewinnungsvorgängen ein ähnliches Ergebnis erzielt wird. Dies verwundert letztlich nicht, da dieses Resultat in beiden Fällen schon vor der Rechtsgewinnung durch die außerjuristischen und ideologischen Bezüge vorgegeben war.

Für die Rechtspraxis hieß das, dass die Gerichte in vielen Fällen, die im Grenzbereich zwischen Lücke und Auslegung angesiedelt waren, die freie Wahl unter einer Vielzahl von methodischen Operationen hatten, ohne dass diese Wahl großen Einfluss auf den Inhalt der Entscheidung genommen hätte. Insoweit ist dem Urteil von Rùthers zuzustimmen, dass die Zulassung außerjuristischer Wertungsmaßstäbe zur Gesetzeskorrektur schlussendlich dazu führt, dass diese Wertbezüge zu einer überpositiven vorrangigen Rechtsquelle bei der Rechtsgewinnung werden.²⁵⁰ Dieses Ergebnis relativiert in einem gewissen Maße den Einfluss, den die nationalsozialistische Rechtstheorie auf die Rechtspraxis tatsächlich hatte. Allerdings darf nicht vergessen werden, dass eine von allen Fesseln der Rechtsstaatlichkeit befreite Rechtswissenschaft ihre Kontrollfunktion gegenüber der Rechtsprechung nicht mehr ausüben konnte und darüber hinaus in einem wissenschaftlich nicht zu quantifizierenden Ausmaß eine Vorbildfunktion für die Rechtsprechung hatte.

²⁴⁹ Im Schrifttumsverzeichnis zu Stoll, Juristische Methode, praktische Forderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz, Berlin 1934, S. 83, 114, wird Larenz mit seiner Monografie „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie“ ausdrücklich unter der Rubrik „Verwandte Bestrebungen“ genannt.

²⁵⁰ Rùthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 198f.

III. Das REG im Kontext der Ordnungskonzeptionen

Das REG wurde im Nationalsozialismus als Beispiel einer echten nationalsozialistischen Gesetzgebung verstanden,²⁵¹ nicht zuletzt deshalb, weil sich mit dem REG ein neues Verständnis für die Aufgaben der das Gesetz anwendenden Richter gebildet habe.²⁵² Selbst die grundlegenden Autoren der völkischen Rechtswissenschaft wie Larenz und Schmitt hoben das REG als Beispiel für den neuen Ordnungsgedanken heraus.²⁵³ Dies nicht zuletzt deshalb, weil das REG als eine Sonderordnung für den Bauernstand innerhalb des nationalsozialistischen Staatswesens verstanden werden konnte. Diesen Punkt unterstrich z.B. der Richter am REG Hopp, wenn er ausführt:

„In der Gestaltung solcher Tatbestände durch die Bauerngerichte wird deutlich, wie überall auf dem Hintergrund der durch das Erbhofrecht gesetzten Ordnung eine im bäuerlichen Rechtsbewußtsein lebendige Eigengesetzlichkeit zum Durchbruch gelangt. Es ist die natürliche Ordnung der bäuerlichen Welt. Ihre Maßstäbe übernimmt sie dem überkommenen bäuerlichen Brauch und dem geläuterten Rechtsbewusstsein des deutschen Landvolkes, das durch seine ständische Organisation zum bewussten Träger völkischer Pflichten geworden ist.“²⁵⁴

Trotzdem stellt sich die Frage, inwieweit das REG als Normenkomplex für eine in diesem Sinne konkrete Ordnung verstanden werden kann.

Aus der historischen Abfolge ergibt sich, dass die Verfasser des Gesetzes von den Theorien der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft, namentlich Schmitt und Larenz, jedenfalls noch nicht beeinflusst waren. Zudem kann man das REG rein funktional als ein Sonderrecht verstehen, das konzipiert wurde, um dirigistisch bestimmten Missständen, die in der Organisation der Landwirtschaft aufgetreten waren, namentlich der Zersplitterung des bäuerlichen Besitzes, abzuhelpfen. Allerdings gab es auch die Tendenz, das REG als ein Modellprojekt zu sehen, wie der nationalsozialistische Gesetzgeber das Rechtswesen durch das Konzept einer völkischen Gesamtordnung neu gestalten werde und

²⁵¹ Vgl. nur Setz, Der Jurist in den Anerbbehörden, in: RdRN 1936, 97.

²⁵² Rauber, Bauer und Richter, in: RdRN 1936, 242, 244.

²⁵³ Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 40f.; Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 31f.

²⁵⁴ Hopp, Der Erbhof im Lichte richterlicher Rechtsschöpfung, in: Freisler/Hedemann (Hrsg.), Kampf für ein deutsches Volksrecht: Richard Deinhardt zum 75. Geburtstage, Berlin 1940, S. 87, 95.

eine neue bäuerliche Ordnung gefördert werde²⁵⁵. Dabei ist namentlich die Arbeit von Martin Busse von Interesse, der ein solches Gesamtkonzept im REG, durchaus in Anlehnung an Schmitt und Larenz, abgebildet sieht.

Das REG ging mit der Auslegungsregel des § 56 REG, die in ihrer Weite auch einen Generalklauselcharakter hatte, neue Wege. Nicht zuletzt, indem durch den Bezug auf die Präambel direkt auf die politischen und ideologischen Leitvorstellungen des Gesetzes als Auslegungsmaßstab verwiesen wurde. Damit hatten diese Leitmotive direkten Einfluss auf die Rechtsgewinnung im REG. Eine Untersuchung dieser Faktoren im REG ermöglicht einen Vergleich mit den Methoden der Rechtsgewinnung in anderen Rechtsbereichen.

Bevor die Ergebnisse im nächsten Kapitel mit der Rechtsprechung des REHG abgeglichen werden können, soll eine Bewertung des Zusammenhangs von Ordnungskonzeptionen unter dem Nationalsozialismus und der Auslegung und Bewertung des REG erfolgen.

1. Das REG als konkrete Ordnung bei Busse

Neben der Lehrbuchliteratur, die sich im Allgemeinen eher an praktischen Fragen orientierte, wurde eine Verortung des REG in den Kontext der zeitgenössischen Ordnungskonzeptionen – soweit ersichtlich – erst von Busse versucht. In seiner Habilitationsschrift über das REG²⁵⁶ unternahm Martin Busse von einem wissenschaftlichen Standpunkt aus die Verortung des REG im Gesamtrechtssystem. Als Mitglied der so genannten Kieler Schule²⁵⁷ kann er als Prototyp für das Bemühen der damals jungen Generation von Rechtswissenschaftlern angesehen werden, eine dem Nationalsozialismus angemessene methodische Erneuerung der Rechtswissenschaft zu unternehmen. Hier kann nachgezeichnet werden, wie aus dem Ordnungszusammenhang eine durch den Gesetzgebungsakt legitimierte juristische Institution werden konnte.²⁵⁸ In einem späteren Teil der Arbeit wird dies aufgegriffen und in einer Analyse der Rechtsprechung des REHG vertieft.

²⁵⁵ Hopp, Der Erbhof im Lichte richterlicher Rechtsschöpfung, in: Freisler/Hedemann (Hrsg.), Kampf für ein deutsches Volksrecht: Richard Deinhardt zum 75. Geburtstage, Berlin 1940, S. 87, 92.

²⁵⁶ Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936.

²⁵⁷ Vgl. Seite 77ff.

²⁵⁸ Vgl. dazu auch Weitzel, Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken: Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933-1945, in: ZNR 1989, S. 55, 56f.

So wurde seine Schrift auch in der Wissenschaft als Versuch begrüßt, das Erbhofrecht aus dem Kontext des BGB heraus zu lösen und das REG nicht länger als begrenzte Modifikation des bisherigen Rechtssystems zu verstehen, sondern als Teil einer neuen, im Werden begriffenen Gesamtordnung anzusehen, welche aus sich selbst heraus zu begreifen und damit auch anzuwenden ist.²⁵⁹

a) Biografischer Abriss

Busse war – wie Larenz – ein Schüler von Julius Binder.²⁶⁰ Allerdings war er erst 1906 geboren und somit drei Jahre jünger als Larenz.²⁶¹ Vor der Machtübernahme der Nationalsozialisten trat er akademisch, worin wieder eine Parallele zu Larenz zu sehen ist, hauptsächlich mit rechtsphilosophischen Schriften in Erscheinung. Zu nennen sind vor allem das mit Binder und Larenz zusammen herausgegebene Werk „Einführung in Hegels Rechtsphilosophie“²⁶² und die ebenfalls 1931 erschienene Schrift „Hegels Phänomenologie des Geistes und der Staat“²⁶³, die er übrigens Larenz widmete. Bis 1937 war er beim RMEL, später beim Reichsnährstand (RN) tätig. Zuletzt war er Stabsleiter im Stabsamt des Reichsbauernführers (RBF), wo er sein Hauptwerk als Habilitationsschrift fertig stellte.²⁶⁴ Daneben publizierte er zahlreiche Aufsätze, vor allem im Recht des Reichsnährstandes (RdRN), der von Larenz herausgegebenen Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie²⁶⁵ und später in der DRW, die als Zentralorgan der Kieler Schule gelten kann. 1937 erhielt er einen Ruf an die Kieler Fakultät, wo er als außerplanmäßiger Professor tätig war.²⁶⁶ Rüthers zählt auch ihn zu dem

²⁵⁹ Michaelis, Erbhof, Bürgerliches Recht und völkische Gesamtordnung, in: RdRN 1938, S. 769.

²⁶⁰ Zu Binder siehe Seite 75ff.

²⁶¹ Wenn man bedenkt, dass Busse wohl auch das zweite Staatsexamen ablegte, was angesichts seiner Karriere beim Stabsamt des RBF nahe liegt, erhöht sich der akademische Altersunterschied zwischen den beiden nochmals.

²⁶² Berlin 1931.

²⁶³ Berlin 1931.

²⁶⁴ 1935 war er noch Abteilungsleiter im Stabsamt des RBF, vgl. Inhaltsverzeichnis von Clauß (Hrsg.), Der Bauer im Umbruch der Zeit, Berlin 1935.

²⁶⁵ Larenz übernahm diese Zeitschrift in Mitherausgeberschaft mit Herrmann Glockner ab 1934. Vorher hieß die Zeitschrift Logos, Zeitschrift für internationale Kulturphilosophie. Die Gleichschaltung der eher als liberal geltenden Schrift zeichnete sich nach 1934 nicht nur im geänderten Titel ab, vgl. dazu auch Hartmann, Das methodologische Denken bei Karl Larenz, Frankfurt am Main 2001, 12ff.

²⁶⁶ Kürschners Gelehrtenkalender 1940/41 Sp. 236.

festen Kern der Kieler Schule, die vor allem im Rahmen des so genannten Kitzberger Lagers die Marschrichtung zur Änderung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus angab.²⁶⁷ Die Einschätzung Busses als eines der Hauptvertreter der Kieler Schule wird etwa durch die schon erwähnte Mitarbeit an der so genannten „Kieler Stellungnahme zur Studienreform“ zusammen mit Larenz gestützt.²⁶⁸ Sie verteidigte vehement den durch Eckhardt eingeführten nationalsozialistischen Ansatz bei der Reform der Studienordnung der juristischen Fakultäten.

In den Kriegsjahren wurde Busse publizistisch gesehen stiller. Neben seinen Aufsätzen veröffentlichte er nur noch ein Werk zu eher wirtschaftspolitischen und wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Themen.²⁶⁹ Offensichtlich wurde er, im Gegensatz zu Larenz, eingezogen. Am 16. Februar 1945 fiel Busse an der Front.²⁷⁰ Seine Schriften wurden, soweit ersichtlich, nach dem Krieg nicht mehr rezipiert.

b) Zentrale Begriffe

Die Schrift von Busse zeichnet sich durch einen methodisch sehr exakten ersten Teil aus, in dem seine wesentlichen Begriffe und Positionen erläutert werden und der einen tiefen Einblick in seine Prämissen gewährt. Die Grundbegriffe, um die sich die ganze Arbeit dreht, sind Wissenschaft, Recht und Ordnung. Deren Verhältnis untereinander, unter Berücksichtigung der Forderungen, die die nationalsozialistische Ideologie an diese stellte, ist der Ausgangspunkt, von dem er die rechtliche Gestaltung der Ordnung des REG ermittelte. Daher werden diese Begriffe erläuternd vorangestellt. Dabei wird auf die Verortung dieser Begrifflichkeiten im Neuhegelianismus unter besonderer Berücksichtigung der Affinität zu Larenz eingegangen. Dies ist auch deshalb von Interesse, weil Busse durch seine berufliche Laufbahn an der Schnittstelle zwischen wissenschaftlicher und praktischer Betätigung im Bereich des REG stand und im Gegensatz zu dem Typus des reinen Rechtswissenschaftlers durch seine Aufsätze zumindest bis 1936 eine gewisse praktische Interpretation des REG vornehmen konnte.

²⁶⁷ Vgl. dazu vor allem Rüthers, *Entartetes Recht*, 2. Auflage, München 1989, S. 41ff.; Eine kritischere, zeitgenössische Würdigung allerdings bei Lange, *Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933*, Tübingen 1941.

²⁶⁸ Vgl. dazu Seite 81ff.

²⁶⁹ Busse, *Wirtschaftspolitische Praxis und Rechtsbildung*, Stuttgart 1941

²⁷⁰ Totenliste in Kürschners *Gelehrtenkalender* 1950.

aa) Wissenschaft

Es wird ein völkischer Wissenschaftsbegriff eingeführt, der eine wissenschaftliche Exaktheit im Sinne der Wissenschaftstheorie zugunsten der völkischen Ideologie gänzlich aufgibt, wie Busse in den ersten Worten seiner Einleitung unmissverständlich klar macht:

„Eine wissenschaftliche Arbeit, die aus der völkischen Gemeinschaft erwächst, hat sich dadurch zu bewähren, daß sie zu einem Wissen vordringt, das der im Volk und d.h. im Geblüt angelegten Art entspricht und für sie günstig sein kann. Wir fassen deshalb Wissenschaft als die Erkenntnis auf, die nicht bloße Meinung irgendeines abgelösten subjektiven Bewusstseins ist, vielmehr eine Gewißheit, die aus der völkischen Art als artgemäß erwächst und sich zu der völkischen Art als das für sie gültige klare Wissen hinwendet. Damit ist eine Mannigfaltigkeit der wissenschaftlichen Lehre ebensowenig ausgeschlossen wie innerhalb der völkischen Art eine persönliche Eigenart. Die Mannigfaltigkeit ist aber nicht unbeschränkt und willkürlich, sondern findet ihre Grenze darin, daß sie im Wege eines klaren Denkens auf der völkischen Weltanschauung aufbaut. Daß diese Grenze völkischer Wissenschaft nicht für den Einzelfall im voraus starr bestimmt ist, sondern selber nur wissenschaftlich erkannt und bestimmt werden kann, unterscheidet die völkische Wissenschaft von der Orthodoxie.“²⁷¹

Nach diesem Ansatz verbietet sich jegliche wissenschaftliche Kritik, die sich nicht auf dem Boden dieser völkischen Wissenschaft befindet, von selbst, da ein Verständnis dieser Wissenschaft der Definition nach die Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft erfordert.²⁷² Damit ist ein allgemein verwendbares Instrument an die Hand gegeben, um gegen jede Art von Kritik vorzugehen.²⁷³ Der völkischen Rechtswissenschaft kommt dabei weniger die Aufgabe zu, Neues zu schaffen, sondern das völkische Recht methodisch aufzubereiten und so die inhärente Ordnung des Rechts im Zusammenhang darzustellen. Im Wesentlichen beschränkte Busse damit die Rechtswissenschaft auf eine bloß dienende Funktion im Gefüge der Volksgemeinschaft:

„So stellt die Wissenschaft das Recht, das von der Gesetzgebung nur in einzelnen Gesetzen gefasst und von der Rechtsprechung nur in der Entscheidung des Einzelfalles gestaltet wird, im Zusammenhang als ein geschlossenes, in sich gefügtes Ganzes dar und gibt damit die Wirklichkeit des Rechts im ganzen, die völkische Ordnung, zu erkennen.“²⁷⁴

²⁷¹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 13.

²⁷² In einer überarbeiteten Fassung der Einleitung, die unter dem Titel „Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft“ in DRW I (1936), S. 289ff., gesondert veröffentlicht wurde, präzisierte er dies nochmals:

„Das neue Recht kann nicht mit den Begriffen und der Methode der überlieferten wissenschaftlichen Dogmatik erfasst werden“, ebda., S. 289.

²⁷³ Vgl. zur dieser Methode schon Seite 31f.

²⁷⁴ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 14.

Wissenschaft ist mithin nur ein Mittel der Erkenntnis, in der sich das Recht in seiner zugehörigen Ordnung spiegelt und als solches erkannt und dargestellt werden kann. Allerdings ist dies auch ein klarer politischer Auftrag, da durch die Aufbereitung des vom Gesetzgeber und den Gerichten produzierten Rechtsstoffs die Rechtsfortbildung entscheidend mitbestimmt wird; etwa indem eine sich herausbildende Rechtsprechung aufgegriffen, methodisch dargestellt und so in einer Rückkopplung stabilisiert und in eine politisch erstrebenswerte Richtung gelenkt werden kann.²⁷⁵ Vor allem besteht die Aufgabe der völkischen Rechtswissenschaft darin, klarzustellen, dass die Eingriffe des Nationalsozialismus in das bisherige Rechtssystem keineswegs Stückwerk sind, wo nur einzelne Teilbereiche im Wege einer Reform neu gestaltet werden. Vielmehr komme der Rechtswissenschaft die Aufgabe zu, zu zeigen, dass eine umfassende, revolutionäre Neuordnung der Gesellschaft stattgefunden habe, die sich auch in einer Neugestaltung des Rechts niederschläge und dieses neue Recht nur der Ausdruck einer tiefer gehenden Bewegung sei. Die Rechtswissenschaft müsse im neu gestalteten Recht die neue Struktur erkennen, um so dem weiteren Ausbau der neuen Ordnung die Wege zu bahnen.²⁷⁶ Hier zeigt sich das Selbstverständnis der Kieler Schule, die ihren Fachbereich als »Stoßtruppfakultät« für eine im nationalsozialistischen Sinne erneuerte Rechtswissenschaft begriff und aktiv an der Umgestaltung der Rechtswissenschaft teilnehmen wollte. Sie propagierten ein vollkommen neues Selbstverständnis unter dem Primat des politischen Kampfauftrages, wobei die politische Grundlage der völkischen Gemeinschaft, also die nationalsozialistische Ideologie, besonders zu berücksichtigen war.²⁷⁷

bb) Recht

Wie schon die Wissenschaft ist nach Busse auch das Recht im völkischen Selbstverständnis verwurzelt. Es manifestiere sich sowohl im positiv gesetzten Gesetz als auch in der Einzelfallentscheidung eines Gerichts, durch die ein Lebensverhältnis verbindlich gestaltet werde und so sich selbst verwirkliche.²⁷⁸ Busse sieht das Recht als einen Bestandteil der nationalsozialistischen Ordnung der Volksgemeinschaft an.²⁷⁹ In einem späteren Aufsatz präzierte er:

²⁷⁵ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 14.

²⁷⁶ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 15.

²⁷⁷ Busse, *Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft*, in: DRW I (1936), S. 289, 296.

²⁷⁸ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 14.

²⁷⁹ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 18.

„Was Recht ist, kann nicht für einen Einzelfall erdacht oder von einem einzelnen Menschen in der Einsamkeit mit sich selbst gefunden werden. Recht greift als lebendiger Geist über Einzelfälle ebenso wie über das Dasein und die Reichweite einzelner Menschen hinaus. Recht ist nur in Gemeinschaft und als umfassendes Recht in der umfassenden Gemeinschaft des Volkes lebendig.(...) Recht ist nicht geschieden in eine jenseits der geschichtlichen Realität gedachte Gerechtigkeit und ein positives Recht, sondern bestimmt im wirklichen Dasein, was gerecht ist, und bringt das Recht in der Wirklichkeit hervor. Wird das Recht als bloßes Sollen, gleichviel ob als regulative Idee oder als unpersönlicher Gesetzesinhalt vorgestellt, so wird es aus der geistigen Wirklichkeit des Volkes herausgelöst und zu einer toten Welt abstrakten Denkens. Die Vorstellung, das Recht sei nur eine unpersönliche, gesetzlich fixierte Entscheidungsnorm oder ein äußerliches System solcher Normen, beherrscht noch heute das herkömmliche juristische Denken. Wer in diesem Denken befangen bleibt, ist gegenüber den Aufgaben völkischer Ordnung unfruchtbar.“²⁸⁰

Hier zeigt sich die Verortung Busses in einem neuhegelianischen Begriffssystem. Mit starken Bezügen zu Larenz, die allerdings in dem gesamten Werk an keiner Stelle durch Fußnoten offensichtlich werden, geht auch er von einem rechtshegelianischen, das Empirische transzendendierenden Wirklichkeitsbegriff des Rechts aus.²⁸¹ Dieses ist organisch mit dem Sein innerhalb der völkischen Gemeinschaft verbunden und kann nur so in der realen Welt wirken. Nach Busse bringt die Gemeinschaft als geistige Wirklichkeit mit sich selbst Recht und Ordnung (im Sinne der konkreten Ordnung) hervor.²⁸² Das Recht ist der objektive Geist, der sich durch die Volksgemeinschaft manifestiert.²⁸³ Aus diesem Verständnis heraus haben positivistische oder soziologische Bestimmungen von dem, was Recht ist, nach Busse keinen Bestand, da sie der Wirklichkeit des Rechts in der Gemeinschaft nicht entsprechen.²⁸⁴ Aus diesem organischen Verständnis des Rechts entspringt auch eine Umdeutung der Rolle des Richters. Dieser hat nicht länger nur eine gesetzte Norm anzuwenden und damit kraft seiner vom Staat verliehenen Autorität einen äußeren Befehl gegenüber den Rechtssuchenden zu erteilen, sondern der Richter hat nunmehr als

„berufene Persönlichkeit den rechtlichen Willen der Gemeinschaft auszusprechen und damit zugleich sich persönlich für diesen Willen der Gemeinschaft einzusetzen“²⁸⁵.

Auch an dieser Stelle sind die Parallelen zu Larenz unübersehbar, der ebenfalls die Eingebundenheit der Gerichte bei der Rechtsfindung in den Willen der

²⁸⁰ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289f.

²⁸¹ Vgl. zu diesem Aspekt bei Larenz Seite 91ff.

²⁸² Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 291.

²⁸³ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 298.

²⁸⁴ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 290.

²⁸⁵ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 299.

Volksgemeinschaft betonte.²⁸⁶ Bei beiden ist dies nicht allein eine organisatorisch bedingte Eingebundenheit, sondern diese soll als Leitmotiv unmittelbar auf die Entscheidung des Gerichts in einem bestimmten Lebenssachverhalt einwirken. Ebenso wenig verließ Busse die Gedankenwelt seines Lehrers Binder,²⁸⁷ der ebenfalls die Überleitung des Neukantianismus zum Neuhegelianismus für die Rechtswissenschaft vollzog und schon vor der Machtergreifung auf der vermeintlichen Grundlage der hegelschen Philosophie den Kampf gegen den Positivismus aufgenommen hatte. In aller Deutlichkeit betonte Busse den Primat der politischen Grundentscheidung für den Nationalsozialismus:

„Das geltende Recht ist heute Bestandteil der nationalsozialistischen Ordnung der Volksgemeinschaft. Der Richter hat in der Rechtsprechung nicht mehr einem liberalen Gesetzesstaat, sondern der durch die politische Idee bestimmten Ordnung der Volksgemeinschaft zu dienen. Die positiven Bestimmungen des Rechts muß der Richter daher von der Idee dieser Ordnung aus und im Sinne ihrer Grundgedanken erfassen und anwenden. Dem steht die Bindung des Richters an das Gesetz, das von dem früheren System her übernommen und heute noch in Geltung ist, nicht entgegen; denn sie greift nicht tiefer als das Gesetz selbst.“²⁸⁸

Für Busse kann Recht nur sein, was auf die Ordnung und damit auf die Volksgemeinschaft ausgerichtet ist.²⁸⁹ Daher unterscheide sich das Erbhofrecht auch grundsätzlich vom Grundstücksrecht des BGB. Letzteres sei ein bloßer Gesetzesbefehl an die Behörden und Gerichte. Das REG hingegen sei kein solcher Gesetzesbefehl, sondern lenke die Lebensvorgänge im Volk auf eine bestimmte Richtung hin und sei daher ein lebendig wirkendes Recht.²⁹⁰ Wie zu zeigen sein wird,²⁹¹ schließt dieses Konzept ein, dass sich der Inhalt und die Reichweite subjektiver Rechte an diesem Maßstab zu messen haben.

Die Vorstellung Busses vom Recht ist unmittelbar auf die Volksgemeinschaft bezogen und definiert sich ausschließlich über den Willen dieser Gemeinschaft. Weitergehende Gerechtigkeitsaspekte des Rechts werden so „wegdefiniert“, dass gerecht nur ist, was der Volksgemeinschaft entspringt. Im Gegensatz zu Larenz integrierte Busse nicht das Konzept von Führung und Gefolgschaft in seine theoretische Fundierung einer nationalsozialistischen Rechtswissenschaft. Er ließ aber keinen Zweifel daran, dass die Beschäftigung mit dem Recht, sei es als

²⁸⁶ Vgl. dazu schon Seite 93f.

²⁸⁷ Vgl. etwa auch die Referenz zu Binder in Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 299 FN 3.

²⁸⁸ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 18.

²⁸⁹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 108.

²⁹⁰ Busse, Das Erbhofrecht und der Aufbau der Bodenordnung, in: RdRN 1936, 477f.

²⁹¹ Vgl. dazu sogleich unter cc)

Rechtswissenschaftler, sei es als Richter in der Praxis, eine politische Aufgabe ist, die den Zielen der nationalsozialistischen Bewegung zu dienen hat:

*„Die Gesamtordnung der Volksgemeinschaft ist die einheitliche politische Bewegung und Richtung, die durch die Sonderordnungen hindurchgeht. Die Organisationsformen, die diese politische Ausrichtung und damit die Gesamtordnung bewirken, sind Teil der besonderen Ordnungen.“*²⁹²

Diese Definition der das Recht der Volksgemeinschaft bestimmenden Kräfte lässt keinen Zweifel an der politischen Ausrichtung von Busses Rechtsverständnis. In dieser Schärfe findet sich der Primat der Bewegung bei Larenz nicht, bei dem der Bezug zum Führerprinzip eher wie in ein fertiges System hineingetragen wirkt, wohingegen Busse, aufbauend auf dem gleichen neuhegelianischen Fundament, den politischen Charakter des Rechts als Ausdruck des Willens der Bewegung ohne größere Verwerfungen in sein Konzept zu integrieren verstand.

cc) Ordnung

Busse verließ die larenzsche Terminologie, soweit er seinen Begriff der Ordnung entwickelte. Ordnung ist für ihn die Wirklichkeit, wie sie durch die gestaltende Wirkung der Gesetze und der Rechtsprechung geschaffen wird.²⁹³ Die Ordnung ist untrennbar mit der Volksgemeinschaft verbunden, da das Recht ebenfalls nur durch diese Gemeinschaft verwirklicht werden kann. Angesichts dieser organischen Verbundenheit mit der Lebenswirklichkeit, die, um nicht in die abstrakte Begrifflichkeit des überwunden geglaubten Liberalismus zu verfallen, nicht zugunsten einer abstrakten Kategorisierung wieder aufgegeben werden darf, ist die völkische Ordnung selbst in sachliche Ordnungen untergliedert. Diese konkreten Ordnungen orientieren sich wegen ihres Lebensbezugs nicht an dem Aufbau des bürgerlichen Rechts,²⁹⁴ sondern die (wissenschaftliche) Gliederung und Darstellung des Rechts müssen sich an diesen Ordnungen orientieren. Im Gegensatz zu Larenz ist Busses Definition der Ordnung unpräventiös und gänzlich unmetaphysisch, wenn er sie auch an anderer Stelle als den objektiven Geist der Volksgemeinschaft beschreibt.²⁹⁵ Die Volksordnung ist danach die Summe allen Rechts der Volksgemeinschaft. Busse gab diesem Begriff insgesamt eher eine logische und kategorisierende Funktion denn eine spezifisch -

²⁹² Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 126.

²⁹³ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 14.

²⁹⁴ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 19.

²⁹⁵ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 289, 297.

philosophisch fundierte Bedeutung. Eine besondere Ordnung innerhalb der völkischen Gesamtordnung ist nach Busse die erschöpfende Ordnung für einen besonderen und durch die tatsächlichen Lebensverhältnisse abgrenzbaren Teil der Gesamtordnung.²⁹⁶ Im Gegensatz dazu sind etwa für Larenz Volksgemeinschaft und politische Ordnung ein organisches Ganzes, das sich dialektisch bedingt. Bei Busse ist die Ordnung, obwohl durchaus auf die Volksgemeinschaft bezogen, ein faktisches Strukturelement, das dem Primat der politischen Ziele der Bewegung unterliegt. Das kOD im bussesehen Sinn erfüllt jedenfalls im Grundsatz dieselbe Funktion wie der Typus bei Larenz, der, wie schon dargelegt,²⁹⁷ ihm zufolge das methodische Spiegelbild des kaB ist.

aaa) Die Stellung des Subjekts in der Ordnung

Das Recht der Volksgemeinschaft, wie es durch die Ordnung verwirklicht wird, bestimmt nach Busse die Stellung des Individuums in dieser Ordnung. Das Konzept des subjektiven Rechts, das dem Einzelnen durch die Rechtsordnung gewährt wird, lehnte Busse als liberalistisch ab. Vielmehr hat der Einzelne innerhalb der jeweiligen Ordnung, in der er steht, „pflichtengebundene Rechte“.²⁹⁸ Diesen Begriff setzte er nicht mehr mit den subjektiven Rechten des bürgerlichen Rechts gleich, sondern sah darin Befugnisse, die jeweils aus der Ordnung heraus bestimmt werden und nur so bestimmbar sind, da das objektive Recht sich nur in der Volksgemeinschaft verwirklicht. Die bisherige Zentrierung des bürgerlichen Rechts auf das Subjekt, das in Anbetracht seiner anthropologischen Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens folgerichtig auch im bürgerlichen Recht als Willenseinheit den Grundbegriff und Gegenstand des Gesetzes ausmacht,²⁹⁹ steht der Besinnung auf die Volksgemeinschaft als Ursprung des Rechts diametral gegenüber. Zudem beweist ihm diese Grundannahme die Abstraktheit und Lebensferne, da der Staat oder sonstige Mehrheiten einzig über die Fiktion der juristischen Person wieder in dieses System integriert werden³⁰⁰ und über diesen Kunstgriff überhaupt erst in rechtlichen Kontakt zu natürlichen Personen treten können.

²⁹⁶ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 130.

²⁹⁷ Siehe Seite 97ff.

²⁹⁸ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 43, 50, 51.

²⁹⁹ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 26.

³⁰⁰ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 26.

Von daher ist nach Busse auch das bisherige Bodenrecht des BGB nicht vereinbar mit der völkischen Rechtsidee. Durch die grundsätzlich innerhalb des BGB nicht beschränkbare Herrschaftsmacht des Eigentümers über sein immobiles Eigentum kann dort das Gemeinschaftsinteresse nur im Wege der Fiktion des Staats als juristischer Person Berücksichtigung finden. Zugleich entledigte sich der liberale Rechtsstaat, der sich selbst der Bindung an das Gesetz und der Gewaltenteilung unterwarf, seiner Macht, da er nur über das Gesetz die Herrschaftsmacht des Eigentümers begrenzen konnte. Damit war der Eigentümer außerhalb dieser Gesetze, quasi im „rechtsfreien Raum“, keinerlei Bindung unterworfen. Damit war nicht mehr gewährleistet, dass die öffentlich-rechtlichen Bindungen, die durch Gesetze eintraten, auch im Verhältnis zu anderen, natürlichen Personen Verbindlichkeit erhielten.³⁰¹ Indem sich die jeweiligen Befugnisse des Einzelnen erst aus der Funktion ergeben, die er innerhalb der Volksordnung und den untergegliederten Ordnungen innehat, kann ein rechtsfreier Raum, in dem die Herrschaftsmacht des Einzelnen aus seiner Eigentümerstellung heraus gänzlich unbeschränkt besteht, gar nicht existieren. Statt dinglicher Rechte, etwa aus der Stellung als Eigentümer, sollen nur noch personenrechtliche Berechtigungen, die sich aus der gliedschaftlichen Stellung innerhalb der jeweiligen Ordnung ergeben, bestehen.³⁰² Diese bilden insgesamt ein pflichtgebundenes Recht, das auf das Volksganze bezogen bleibt. Die Reichweite der jeweiligen Befugnisse aus der Rechtsstellung ist immanent beschränkt durch die Ordnung, aus der sich diese Rechtsstellung ergibt.

Im Kontext des BGB ist hingegen die Trennung der persönlichen Rechtsstellung und des dinglichen Rechts das wesentliche Merkmal und die Grundlage des abstrakten Aufbaus der bürgerlichen Rechtsordnung.³⁰³ Der bisherigen bürgerlich-rechtlichen Konzeption ist es systemfremd, dass Rechte immanent beschränkbar sind. Dort lässt sich dies nur durch die Konstruktion von Rechten Dritter oder öffentlich-rechtlicher Schranken erzielen,³⁰⁴ was aber wegen des fiktiven Charakters solcher Konstrukte abstrakt und inhaltsleer bleibt.

Deutliche Parallelen ergeben sich wiederum zu Larenz, der ebenfalls – übrigens fast zeitgleich – die Rechtsstellung des Individuums in der Volksgemeinschaft

³⁰¹ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 26f.

³⁰² Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 49f.

³⁰³ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 49.

³⁰⁴ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 47.

durch seine gliedschaftliche Stellung innerhalb der Gemeinschaft zu begründen versuchte.³⁰⁵

Für Busse ist die Rechtsstellung des Subjekts innerhalb der Volksgemeinschaft immer und vor allem eine Pflichtstellung. Dies wird besonders bei der Rolle der Abmeierung deutlich. Hier griff Busse das Konzept des Rechtsbruchs als Verletzung der Ehre des durch die Ordnung geprägten Individuums auf, wie sie schon weiter oben als konstituierendes Moment der nationalsozialistischen Definition der Gemeinschaft festgestellt wurde.³⁰⁶ Wer diese Ehre, auch gegenüber Volksgenossen, die selbst nicht in der Ordnung des Erbhofs stehen, verletzt, stellt sich selbst außerhalb der Ordnung und verliert die damit verbundene Rechtsstellung:

„Die Verletzung von Schuldverpflichtungen kann also selber schon eine Verletzung der im Erbhofeigentum begründeten Pflichten bedeuten. Schon daraus folgt, daß der Erbhof als Eigentum nicht als eine völlig in sich abgeschlossene Welt betrachtet werden kann, sondern daß die Ordnung des bäuerlichen Lebens mitbestimmt wird durch die Bindungen, die den Hof und den Bauern mit den Volksgenossen verbinden, die im übrigen - außerhalb des Hofes stehen. Aber nicht nur Schuldverpflichtungen gegenüber solchen Personen können sich im Einzelfall als Pflichten aus dem Erbhofeigentum darstellen. Auch Pflichten, die in der Zugehörigkeit des Bauern zu öffentlich-rechtlichen Verbänden wurzeln, oder Pflichten, die der Bauer als Staatsangehöriger und Reichsbürger trägt, berühren die bäuerliche Lebensordnung; der Bauer kann durch Verletzung dieser Pflichten seine Ehre verlieren und sich dadurch außerhalb der Ordnung des Erbhofes stellen, was wiederum seine Abmeierung zur Folge hat.“³⁰⁷

Anknüpfend an Siebert, der ebenfalls der Kieler Schule zuzurechnen ist,³⁰⁸ sah Busse in einer solchen Ehrverletzung einen Missbrauch der Rechtsstellung, die dem Einzelnen verliehen wurde,³⁰⁹ was eine Sanktion der Volksgemeinschaft rechtfertigt. Auch hier ergibt sich eine exakte Übereinstimmung – sogar in der Terminologie – mit der Stellung des Subjekts in der Volksgemeinschaft, wie sie Larenz beschrieb.³¹⁰ Beide denken das Subjekt in seiner Rechtsstellung im Verkehr ausschließlich aus seiner Gliedstellung heraus. Es wurden über den Begriff der Ehre die Pflichten des Volksgenossen mit seiner Rechtsstellung innerhalb der jeweiligen Sonderordnung und damit auch mit der völkischen Gesamtord-

³⁰⁵ Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 225ff.; vgl. auch Seite 106ff.

³⁰⁶ Siehe Seite 36f.

³⁰⁷ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 40.

³⁰⁸ Siebert, Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, in: Dahm (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1935, S. 188ff.

³⁰⁹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 40.

³¹⁰ Vgl. Seite 109ff.

nung verknüpft.³¹¹ Das Individuum wurde so in seiner sozialen und rechtlichen Sphäre durch die Volksgemeinschaft vollständig determiniert. Hiermit wurde der berühmte Satz „Du bist nichts, dein Volk ist alles“ auch außerhalb der völkischen Propaganda mit weit reichenden Folgen in der Rechtswissenschaft als grundlegendes Prinzip der Rechtsgewinnung und -gestaltung in die Tat umgesetzt. Die Konsequenzen zeichneten sich dabei vor allem im Strafrecht und den Urteilen des Volksgerichtshofs ab, wo der eigenständige Wert eines Menschen schon bald keine Rolle mehr spielen sollte. Eine Rechtswissenschaft, die den Sinn der Strafe nicht mehr an rationalen Erwägungen ausrichtete,³¹² begünstigte eine solche Tendenz.

bbb) Die Ordnung in der Rechtsdurchsetzung

Durch dieses Konzept der Ordnung wird darüber hinaus die Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht hinfällig. Dies schon deshalb, weil alles Recht, auch solches öffentlich-rechtlicher Prägung, auf die Ordnung bezogen ist und durch sie seinen Inhalt erst erfährt. Innerhalb einer Ordnung sah Busse die rechtsgeschäftliche Willenserklärung, etwa eine Zustimmung, als identisch mit einem hoheitlichen Gestattungsakt an, sei es ein Verwaltungsakt, sei es eine gerichtliche Entscheidung oder ein Beschluss.³¹³ Dies erklärt sich aus der personenrechtlichen Grundlage der Rechtsstellung des Einzelnen. Da diese von seinem Standort innerhalb der jeweiligen Ordnung abhängig ist, erhält er die Befugnis ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, soweit dies mit der entsprechenden Ordnung und ihren auf das Volksganze bezogenen Zielen vereinbar ist.

Soweit also etwa der Mann eine Verfügung über das seiner Verwaltung obliegende Frauengut im Rahmen des damals gesetzlichen Güterstands der Gesamthandsgemeinschaft vornehme, sei die gesetzlich vorgesehene Zustimmung der Frau zu dieser Verfügung völlig wesensgleich mit der Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht. In der Ordnung der Ehe und Familie ist es nach Busse der Frau nicht mehr gestattet, aus persönlichen und willkürlichen Motiven die Zustimmung zu der Verfügung zu verweigern, sondern sie hat ihre Entscheidung ebenfalls an den durch die Ordnung gesetzten Maßstäben auszurichten.

³¹¹ Busse, Zur Aufgabe der heutigen Rechtswissenschaft, in: DRW I (1936), S. 124.

³¹² Zu den rechtswissenschaftlichen Grundlagen der nationalsozialistischen Strafzwecklehre mit einer besonderen Würdigung der Rolle von Larenz vgl. La Torre, A National-Socialist Jurist on Crime and Punishment – Karl Larenz and the So-called „Deutsche Rechtserneuerung“, Florenz 1992.

³¹³ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 56, 97ff., 118ff.

Die Zustimmung der Frau ist auf einen überpersönlichen Sinn, eben die Ordnung der Ehe und Familie bezogen, und nicht mehr Ausdruck ihrer Willensfreiheit.³¹⁴ Daher ist die Person oder Institution, die diese Befugnis ausübt, unerheblich, und der Akt der Befugniserteilung nicht mehr davon abhängig, ob ein hoheitlicher Akt vorliegt oder nicht. Staatliches und privates Handeln werden austauschbar. Eine Trennung der Gewalten innerhalb der öffentlichen Hand wurde als liberalistisch ohnehin gänzlich abgelehnt. Busse führte dazu aus, in der bisherigen, liberalen Tradition sei die Rechtspflege für die Anwendung starrer und abstrakter Rechtssätze zuständig gewesen, wohingegen für die Verwaltung das Recht allein den äußeren Rahmen dargestellt habe, der nicht zum Inhalt des Verwaltungshandelns habe durchdringen können, da dort vor allem Zweckmäßigkeitserwägungen vorgenommen worden seien.³¹⁵ Das Recht sei an die Verwaltung nur von außen herangetragen worden, um sie im Sinne der Bindung der Verwaltung an das Gesetz extern zu begrenzen. Die öffentliche Gewalt wurzelte nach diesem Verständnis daher außerhalb der Sphäre des Rechts.³¹⁶

Der Dualismus von Rechtspflege und Verwaltungshandeln war einzig im Liberalismus verwurzelt und wurde durch die nationalsozialistische Neuordnung und die Ausrichtung allen staatlichen Handelns auf die Volksgemeinschaft hin überwunden. Beide Arten des staatlichen Handelns verwirklichen nach Busse die Ordnung und sind Erscheinungsformen des Rechts, die sich nur graduell unterscheiden:

„Die Rechtspflege (...) verwirklicht die völkische Gesamtordnung im Einzelfall mittelbar, indem sie die Gesamtordnung in der besonderen Gestalt einer ihr eingegliederten stetigen, sich im Kern gleichbleibenden Ordnung vergegenwärtigt und durchsetzt. Die Verwaltungstätigkeit bringt die Gesamtordnung im Einzelfall unvermittelt zur Geltung. Das Recht als eine stetige sich gleichbleibende Ordnung bildet für die Verwaltung nur die Grundlage ihrer eigenen Organisation; dagegen ist unmittelbares Ziel der Verwaltungstätigkeit nicht, eine bestimmte feste Ordnung zu erhalten und zu verwirklichen, sondern sie ist in erster Linie auf den Einzelfall als solchen gerichtet. Darum ist sie von dem Gedanken der Zweckmäßigkeit im Einzelfall beherrscht und wird nicht durch den Willen beseelt, den Einzelfall aus dem über ihn hinausgehenden grundsätzlichen Zusammenhang heraus zu entscheiden und die Gestaltung aus diesem Zusammenhang zu begründen.“³¹⁷

In diesem Zusammenhang kommt insbesondere der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine neue Rolle zu. Die Prüfung der Frage, ob ein rechtserheblicher Vorgang mit

³¹⁴ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 99.

³¹⁵ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 99.

³¹⁶ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 116.

³¹⁷ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 116f.

der Ordnung, der er unterliegt, vereinbar ist, rückt in den Mittelpunkt.³¹⁸ Sie ist dabei innerhalb der gleichen Ordnung verwurzelt, wie der Gegenstand der jeweiligen Entscheidung selbst, da sie

„in ihrer Funktion und ihrem Wesen gerade durch den Sinn und Zweck der besonderen Ordnung bestimmt [ist], die sie gestaltet“³¹⁹.

Auf Grund dieser Erwägungen hat die Sonderordnung, die durch eine Rechtsfrage berührt wird, auch im Erkenntnisverfahren der ordentlichen Gerichtsbarkeit einen entscheidenden Einfluss. Busse setzt dabei die Dispositionsmaxime, die das ordentliche, zivilrechtliche Verfahren beherrscht, grundsätzlich mit der Vertragsfreiheit gleich.³²⁰ Damit ist auch die Frage beantwortet, wie eine Sonderordnung, die etwa durch das REG bestimmt wird, auf den Zivilprozess ausstrahlt. Wenn die Vertragsfreiheit als liberalistische Prämisse der bürgerlichen Rechtsordnung zugunsten eines Konzepts der Befugnis, deren Reichweite sich aus der Pflichtenstellung des Rechtsträgers gegenüber der Volksgemeinschaft oder deren Entsprechung auf der Ebene der jeweiligen Sonderordnung ergibt, aufgegeben wurde, kann auch die Dispositionsmaxime bei der Durchsetzung der eigenen Rechtsstellung nicht länger unbeschränkt gelten. Im REG ist der Bauer durch seine Rechtsstellung in der Verfügungsmacht gebunden und kann daher nicht mehr (willkürlich) über den Prozessgegenstand verfügen, so dass ihm nach Busse das Recht versagt sein muss, seine Rechtsstellung am Streitgegenstand etwa im Wege eines Anerkenntnisses aufzugeben oder die Entscheidung durch ein Geständnis oder durch Säumnis im Termin zu präjudizieren.³²¹ Die Gebundenheit des Prozessgegenstands an die Sonderordnung des REG führt vielmehr dazu, dass das Gericht in weitem Maße den Amtsermittlungsgrundsatz zu berücksichtigen hat.³²² Als Konsequenz dieser Ausstrahlung des Rechts der Sonderordnung ging Busse anscheinend davon aus, dass die Rechtskraft eines Urteils modifiziert werden kann. Bei Ansprüchen gegen einen Bauern auf Herausgabe eines Erbhofs unterschied er zwischen der Konstellation, wo ein Dritter ein besseres Recht an dem Erbhof behauptet, etwa weil in der Region Ältestenrecht herrscht und er daher Anerbe geworden ist, und solchen Fällen, wo sich an der grundsätzlichen Zuordnung der Eigentümerstellung nichts ändert, etwa wenn ein vermeintlicher Pächter die Herausgabe des Erbhofs als Pachtsache verlangt. Im ersten Fall ist die rechtliche Gestaltung des Erbhofeigentums grundsätzlich be-

³¹⁸ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 112f.

³¹⁹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 123.

³²⁰ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 194.

³²¹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 194f.

³²² Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 194.

treffen. Daher hat das Gericht unter strikter Anwendung des Amtsermittlungsgrundsatzes zu entscheiden, wer Anerbe ist. Auf Grund dieser grundsätzlichen Bedeutung ist kein Raum für prozessgestaltende oder -beendende Willenserklärungen des Bauern als Partei. Dies gilt aber nicht im zweiten Fall, wo der Streitgegenstand nicht grundsätzlich in die Gestaltung der konkreten Ordnung eingreift, so dass ein Anerkenntnis dieses Herausgabeanspruches offenbar nicht als kontradiktorisches Gegenteil einer Herausgabeklage des Bauern dem vermeintlichen Pächter entgegenstehen soll.³²³

Auf der Grundlage dieser Prämissen lehnt Busse auch entschieden die Ansicht ab, das Erbhofeigentum sei als öffentlich-rechtlich beschränktes Eigentum zu verstehen und die anerbengerichtliche Genehmigung entspräche der Veräußerung als hoheitliche Verleihung einer Veräußerungsbefugnis. Diese Ansicht sei nur dann zutreffend, wenn das Eigentum an einem Erbhof als ein grundsätzlich unbeschränktes Eigentum im Sinne der überkommenen bürgerlichen Rechtsordnung aufgefasst werden könne, was aber dem neuen Rechtsgedanken der völkischen Ordnung zuwiderlaufe und daher als ein Verhaftetsein in den alten Begrifflichkeiten aufs Schärfste abzulehnen sei.³²⁴ Wie der Begriff des Rechts, ist Busses Konzeption der Ordnung gänzlich bestimmt vom Politischen, das direkten Einfluss auf den Inhalt der Ordnung nehmen kann. Hier bedarf es keiner versteckten Argumentation mit der Natur der Sache oder ähnlichen Rechtsfiguren. Der NSDAP wurde damit ein Instrument an die Hand gegeben, nicht allein auf das Ergebnis der Rechtsgewinnung der Gerichte Einfluss zu nehmen, sondern den Prozess der Begriffsbildung direkt zu beeinflussen und so im Sinne einer einheitlichen und politisch erwünschten Rechtsprechung unmittelbar Maßnahmen ergreifen zu können. Auf der anderen Seite waren die Gerichte so frei wie noch nie in der Geschichte der neuzeitlichen Rechtsprechung. Sie konnten, ungehindert durch jede rationale Ergebniskontrolle, im höchsten Maße subjektive Entscheidungen treffen.

ccc) Der Richter in der Ordnung

Busse wies dem erkennenden Gericht eine Funktion innerhalb der Ordnung zu. Dabei lehnte er vor allem Entscheidungen der Gerichte ab, die dem Denken in Tatbeständen folgen. Diese sind ihm Ausdruck des überwundenen BGB und ha-

³²³ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 197.

³²⁴ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 117f.

ben in einer konkreten Ordnung keinen Platz.³²⁵ Er forderte dabei ausdrücklich, dass die Gerichte den gesamten Lebenssachverhalt zu bewerten haben. Dieser Anspruch hat auch Folgen für das Verfahren vor den Anerbenbehörden. Vor allen Dingen hätten zumindest die Gerichte erster und zweiter Instanz die Pflicht, den Hof zu besichtigen, soweit ein Eindruck vom Anwesen entscheidungserheblich sei. Eine Entscheidung nach Aktenlage ohne Vorladung der Betroffenen sei danach nicht denkbar.³²⁶ Aus diesem Grund seien die Entscheidungen der Gerichte bei Fragen des REG nur bedingt als Präjudizien verallgemeinerbar, da es immer auf die konkrete Gestaltung des Lebenssachverhaltes ankomme. In diesem Zusammenhang komme gerade den Bauern als Beisitzern eine entscheidende Bedeutung zu, da durch sie der Kontakt zu der bäuerlichen Lebensordnung erhalten bliebe:

„Wenn über Ehre, Bauernfähigkeit, über die Frage des wichtigen Grundes bei der Gestaltung der Anerbenfolge geurteilt wird, so kann die Objektivität des Urteils nicht aus irgendeiner abstrakten, über den Wolken schwebenden Gerechtigkeit abgeleitet werden, sondern die Objektivität und innere Rechtfertigung der Entscheidung beruht darauf, daß das Urteil die echte Sprache der bäuerlichen Gemeinschaft ist und im Sinne solcher Gemeinschaft die Ordnung des Hofes gestaltet. Heute ist die Rechtsprechung nicht mehr wie im absolutistischen Staat Ausfluß einer landesherrlichen Gewalt über die Untertanen, sie ist auch nicht wie im Gesetzesstaat eine neutrale Funktion der Staatsgewalt gegenüber dem normbetroffenen Einzelnen. Der Richter ist heute vielmehr Sprecher der Gemeinschaft und das Urteil empfängt seine Objektivität daraus, daß in ihm die Gemeinschaft mit ihrem eigenen Sinn und Wert zur Geltung kommt.“³²⁷

Hier zeigt sich wieder das Konzept der Volksgemeinschaft als Quelle des Rechts, die Larenz und Busse verbindet. Larenz beruft sich auf die Historische Schule, wohingegen Busse die Funktion des Richters im REG mit dem Rechtssprecher der germanischen Tradition verbindet.³²⁸ Beiden gemeinsam ist aber, dass sie dem Richter eine erhebliche Freiheit bei der Rechtsanwendung zugestehen.

³²⁵ Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, S. 431, 433.

³²⁶ Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, S. 431, 434.

³²⁷ Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, S. 431, 435.

³²⁸ Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, S. 431, 435.

c) Die methodische Funktion der konkreten Ordnung

Für die Rechtsgewinnung erweist sich Busses System für eine Verortung der Entscheidungsfindung in der nationalsozialistischen Ideologie als äußerst fruchtbar. Busse ging dabei von einer Art Zwiebelmodell aus. Die völkische Gesamtordnung als Gesamtheit des Rechts, dem die Volksgenossen unterworfen sind, ist in verschiedene Sonderordnungen aufzuteilen.³²⁹ Die Gesamtordnung ist aber nicht allein die Summe der Sonderordnungen. Sie ist ihrerseits durch die Ziele der Bewegung als Ausdruck des Willens der Volksgemeinschaft bestimmt³³⁰ und wird durch den Inhalt der Sonderordnungen ausgestaltet. Die Sonderordnung bezieht sich daher auf die Gesamtordnung und erhält dadurch ihre konkrete Gestalt, da sie so mit der Volksgemeinschaft in Kontakt tritt. Der Inhalt einer konkreten (Sonder)Ordnung bestimmt sich nach Busse über zwei Komponenten, wobei die Inhaltsbestimmung nur gelingen kann, wenn die Sonderordnung immer im Zusammenhang mit der Gesamtordnung gesehen wird:

„Aber es ist nötig, den Erbhof im Zusammenhang mit der ganzen Ordnung der Volksgemeinschaft zu sehen, gerade weil es dadurch möglich wird, ihn von dem Hintergrunde dieser Gesamtordnung abzuheben und als besondere Ordnung zu erkennen. Jede konkrete Ordnung wird einmal durch ihren eigenen Kern bestimmt, zum anderen aber durch die Aufgabe im ganzen, die ihr zufällt, und die zugleich ihre Grenze ausmacht. Dabei ist die Grenze nicht als äußerliches Faktum, sondern als ein wesensbedingtes Maß aufzufassen, denn alle konkrete Ordnung trägt ihr Maß in sich und weist damit zugleich über sich hinaus auf andere Ordnungen, die von ihr nicht bestimmt werden können.“³³¹

Busse erklärte im Folgenden nicht weiter, was er unter dem Kern einer Sonderordnung versteht. Bei Instituten, wie etwa dem Eigentum, bezog er sich wieder auf das Modell des Kerns und des spezifischen, sich aus der Gesamtordnung ergebenden, Zwecks. Daraus ergebe sich z.B., dass der Inhalt des Eigentums im Erbhofrecht anders zu bestimmen sei als im Wirtschaftsrecht. Wobei aber beide einen identischen Kern haben, nämlich ihre Qualität als pflichtgebundene Rechte mit Bezug auf das Volksganze.³³²

„In den besonderen Ordnungen verschieden gestaltet und besonders gekennzeichnet, findet sich in der Rechtsstellung, die wir Eigentum nennen, gleichwohl ein einheitlicher Kern: Die volle Verbindung mit der Persönlichkeit des Berechtigten, die diesem vor anderen Volksgenossen Pflichten und Rechte bestimmt – eine Rechtsstellung, die ihn vor anderen als zuständig erscheinen lässt, die mit dieser Rechtsstellung verbundene Ordnung zu wahren, und ihm als Folge davon auch bestimmte Befugnisse gegen andere

³²⁹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 14.

³³⁰ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 126.

³³¹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 40.

³³² Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 51.

*verleiht. Dieser übereinstimmende Kern des Eigentums in allen besonderen Ordnungen der Volksgemeinschaft findet in ihnen eine im einzelnen verschiedene Ausprägung, so daß die äußeren Kennzeichen der Stellung des Eigentümers, seine einzelnen Befugnisse durchaus verschieden gestaltet sind.*³³³

Dieser Kern verbindet die Begriffe untereinander, so dass sich eine sinngebende begriffliche Kategorisierung unter dem konkreten Oberbegriff des Eigentums vornehmen lässt. Dadurch können die Sonderordnungen zu einem logisch Gleichrangigen innerhalb der Gesamtordnung verbunden werden. Der Kern des REG ist der Erbhof in seiner personenrechtlichen Gebundenheit an den jeweiligen Eigentümer. Dieser Kern oder Regelungsgegenstand ist aus dem Aufbau der Volksordnung nicht wegzudenken, ist also – in rechtswissenschaftliche Begriffe übersetzt – ein Institut innerhalb der völkischen Gemeinschaft, gesetzt durch die Ziele der Bewegung, wie sie ihre Ausprägung im politischen Willen der Partei gefunden haben. Dies entspricht im Wesentlichen den Grundbegriffen, die schon Savigny für die Historische Schule, ebenfalls unter Betonung der organischen Einheit innerhalb des Volkes, formulierte, wobei der direkte Bezug zu den politischen Zielen der nationalsozialistischen Bewegung fehlt:

*„Denn auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstituts, und auch dessen organische Natur zeigt sich sowohl in dem lebendigen Zusammenhang der Bestandtheile, als in seiner fortschreitenden Entwicklung. Wenn wir also nicht bey der unmittelbaren Erscheinung stehen bleiben, sondern auf das Wesen der Sachen eingehen, so erkennen wir, daß in der That jedes Rechtsverhältniß unter einem entsprechenden Rechtsinstitut, als seinem Typus, steht, und von diesem auf gleiche Weise beherrscht wird, wie das einzelne Recht surtheil von der Rechtsregel.“*³³⁴

Gerade der Gedanke des Typus wird später von Busse, ohne ihn beim Namen zu nennen, ausgebreitet. Der Historischen Schule war allerdings eine Weltanschauung als Instrument der Rechtsgewinnung – wie jegliche Zweckbetrachtung – völlig fremd.

Der Zweck als das spezifische Moment der jeweiligen Sonderordnung orientiert sich nach Busse direkt an der Stellung, die der jeweiligen Sonderordnung innerhalb der Volksgemeinschaft zukommt. Dieser Zweck strahlt, wie eingangs erwähnt, als formendes Element aus der Gesamtordnung auf die Sonderordnung aus. Für das Erbhofrecht ist dieser Zweck vor allem die Erhaltung des Erbhofs in der Hand der Sippe, die blutsmäßig mit ihm zusammenhängt. Damit verbunden ist ein weiterer Zweck, nämlich der Sippe gleichzeitig ein angemessenes Aus-

³³³ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 50.

³³⁴ Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1840, Aalen 1973, S. 9f.

kommen zu ermöglichen.³³⁵ Interessant ist, dass Busse bei der Bestimmung des Zwecks nicht auf die Präambel einging, die vor allem das politische Ziel der Erhaltung des Bauernstands als Blutquelle des deutschen Volkes benennt. Auch gab er nicht an, wie er den spezifischen Zweck der Sonderordnung des Bauernstands ermittelte. Es liegt eine spezifisch politische Deutung dieses Zweckes vor, der dem System selbst schon inhärent ist und nicht, wie etwa Rüthers für die nationalsozialistische Rechtswissenschaft feststellte, erst nachträglich dem vernationalsozialistischen Recht zugefügt wird. Vielmehr orientiert sich diese Methode von vornherein an den Zielen der Bewegung und nimmt diese als Prämisse für den Prozess der Rechtsgewinnung. Daher kann schon hier festgehalten werden, dass zumindest das Ordnungsdenken bei Busse nationalsozialistisches Rechtsdenken im engeren Sinne ist und er nicht nur solche Gedanken einem ansonsten unabhängigen oder wertneutralen System aufpfropft. Sein Ordnungsdenken kann daher mit vollem Recht als Ordnungs- und Gestaltungsdenken bezeichnet werden, da es zum Ziel hat, direkt die Rechtswirklichkeit in einem weltanschaulichen Sinne zu beeinflussen, zu gestalten.

Bei diesem Prozess betonte Busse, dass die Ausrichtung der Ordnung an dem Zweck der Ordnung nicht allein eine politische Funktion hat, sondern auch die Rechtsgewinnung erleichtert und für eine gerechte Einzelfallentscheidung sorgt. Die Normen des REG werden daher von Busse immer orientiert an dem Zweck des REG, der Erhaltung des Erbhofs für die Sippe, gedacht. Dieser Zweck ist kein starres Konzept, sondern gewährt im Einzelfall einen Ermessensspielraum. So ist es etwa im Falle, wenn die Tochter eines Erbhofbauern einen Handwerker aus dem Dorf zu heiraten wünscht, durchaus möglich, dass diese einen Teil des erbhofgebundenen Landes erhält, um eine Handwerkerstelle für die neue Familie zu errichten. Dies jedenfalls dann, wenn der Hof dadurch nicht existenziell gefährdet ist und die Handwerkerstelle eine Familie ernähren kann.³³⁶ Gleiches gilt für den Fall, dass durch die Abgabe von Land eine weitere kleinere landwirtschaftliche Existenz gesichert werden kann.³³⁷ Soweit Busse auf die Rechtsprechung Bezug nahm, sah er in den genannten Entscheidungen Beispiele dafür, wie die Rechtsprechung die Maßstäbe der Ordnung anwendet,³³⁸ ohne je-

³³⁵ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 43.

³³⁶ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 45 unter Bezugnahme auf LEHG Celle bei Vogels/Hopp zu § 37a Nr. 25; EHG Nürnberg, § 37a Nr. 21.

³³⁷ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 45 unter Bezugnahme auf REHG 2, 302ff.

³³⁸ Busse, *Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung*, Berlin 1936, S. 118.

doch auf die sich aufdrängende Frage einzugehen, wie die Rechtsprechung die Maßstäbe der jeweiligen Ordnung erkennen konnte.

An dieser Sonderordnung müssen sich folgerichtig auch Ansprüche messen lassen, die von außerhalb an einen in dieser Ordnung stehenden Volksgenossen gestellt werden. Die Ordnung bestimmt den Erbhof als die produktive Wirtschaftseinheit, die sowohl das Inventar, den Boden als auch die Sippe, die den Erbhof innehat, umschließt,³³⁹ und die durch das REG besonders geordnet und geschützt wird. Der Gläubiger tritt in der Regel von außen an diese Einheit heran. Soweit es das Ziel eines Gesetzes ist, eine solche konkrete Einheit zu erhalten, muss nach Busse konsequenterweise auch verhindert werden, dass der Gläubiger als Außenstehender Zugriff auf Bestandteile der Einheit erlangt. Für Busse ist es die Folge einer liberalistischen Wirtschaftsordnung, dass dem Gläubiger mangels anderweitiger Sicherheiten ein subjektives Recht an einzelnen Gegenständen dieser Wirtschaftseinheit eingeräumt werden muss. Mit dieser Verdinglichung schuldrechtlicher Positionen wird nach Busse jedwede gemeinschaftsgebundene Ordnung in ihrer Wurzel getroffen:

„Die Verdinglichung bedeutet die Auflösung gemeinschaftsgebundener Ordnungen in einzelne Gegenstände und einzelne subjektive Rechte. Dem Gläubiger, dem nicht der rechtliche Bestand einer bestimmten Ordnung die Zahlung verbürgt, muß ein einzelnes subjektives Recht gewährt werden, an das er sich halten kann, wenn ihn mangels bindender Ordnung die Willkür oder Leistungsfähigkeit des Schuldners im Stich lässt. In dem dieses Recht aus der Ordnung des Hofes oder einer anderen Wirtschaftseinheit herausgelöst und so betrachtet wird, als ob es nicht innerhalb dieser Wirtschaftseinheit bestünde, erstarrt das Recht des Gläubigers, es wird scheinbar selbständig und unabhängig von den wirtschaftlichen Bedingungen des Betriebes, der den Kredit aufnimmt.“³⁴⁰

Um die jeweilige Ordnung zu erhalten, müsse zwingenderweise die Verdinglichung von Ansprüchen verhindert werden, wie es das REG getan habe. Daher sei die Sicherheit des Gläubigers fortan durch die Ordnung, in der der Schuldner steht, gewährleistet. Das Abmeierungsverfahren sei die schärfste Sanktion, die aber im Gegensatz zur Zwangsversteigerung auf das Subjekt selbst und nicht auf dessen Eigentümerstellung ziele.

Im Ergebnis wird nach Busse auch der schuldrechtliche Inhalt der Verbindlichkeit durch die Ordnung bestimmt:

„Auch die scheinbar abstrakte Geldforderung ist zunächst nur ein – allerdings mitbestimmender – Faktor in dem persönlichen Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner. Dieses besondere Rechtsverhältnis bestimmt sowohl die Zahlungsweise wie

³³⁹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 169.

³⁴⁰ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 170.

*die Art der Haftung und schließlich in besonderen Fällen die Stellung des Gläubigers, z.B. im Konkurs oder im Erbfall. In der Ordnung des Erbhofes bestimmt sich die Rechtsstellung des Gläubigers danach, welche Bedeutung ihm als Kreditgeber in der Lebens- und Wirtschaftseinheit des Hofes zukommt. Dabei sind die allgemeine Stellung des Gläubigers und der Entstehungsgrund der Schuld zu berücksichtigen. (...) Bei der Konkurrenz mehrerer gleichzeitig fälliger, nicht zugleich erfüllbarer Forderungen ist auch hier eine Wertung vorzunehmen.*³⁴¹

Ergänzend sei angemerkt, dass die Ordnung nicht nur allein im Rahmen der Rechtsgewinnung von Bedeutung ist, sondern direkt rechtsgestaltend auf einen Lebenssachverhalt einwirken kann. So verdrängt die Ordnung nach Busse auch dingliche Rechtsstellungen, etwa wenn ein in der Zwangsvollstreckung in Beschlag genommener Hof während des schwebenden Zwangsvollstreckungsverfahrens wieder oder erstmals zu einem Erbhof wird.³⁴² Dies begründete Busse damit, dass es allein darauf ankomme, dass eine bestimmte tatsächliche Gestaltung eingetreten sei. Dann sei es auch nicht mehr erheblich, ob ein formaler Tatbestand, wie etwa der Beginn der Zwangsvollstreckung, gegeben sei oder nicht. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Erwerber eines Grundstückes in der Zwangsvollstreckung nicht besser behandelt werden dürfe als der Erwerber, der einen Erbhof rechtsgeschäftlich erwerben wolle.³⁴³

Die Ordnung wirkt auch insoweit rechtsgestaltend, als etwa das Eigentum als rechtliches Institut durch die Ordnung selbst bestimmt wird, die einen gänzlich außerjuristischen Bezugspunkt darstellt:

*„Der Maßstab dafür, was Eigentum ist, kann immer nur innerhalb einer konkreten Ordnung bestimmt werden und scheidet innerhalb dieser Ordnung den Eigentümer vom Pächter, Nießbraucher, Nutzverwalter (§ 15 REG.), Landarbeiter usw. Innerhalb einer anderen Ordnung als der des Erbhofes ist der Maßstab für diese Kennzeichnung daher im einzelnen anders zu bestimmen, und mangels konkreter Ordnung mag auf beschränkten Rechtsgebieten auch noch ein abstrakter und formaler Eigentumsbegriff als Maßstab gelten. Das hindert uns nicht, innerhalb der Ordnung des Erbhofes den Eigentümer als denjenigen zu bestimmen, der für sich und seine Sippe rechtlich für die Dauer mit dem Boden verbunden ist.*³⁴⁴

Interessant ist der Schluss, der sich daraus ziehen lässt. Danach ist für Busse das kOD nicht eine neue rechtswissenschaftliche Methode, die insgesamt Vorrang vor abstrakten Rechtsbegriffen genießt, sondern die bisherigen Methoden, die mit abstrakten Begriffen arbeiten, nur dort, wo sich tatsächlich eine solche Ordnung durch politische Gestaltung gebildet hat, ablöst. Eine solche, eher pragma-

³⁴¹ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 172f.

³⁴² Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 139.

³⁴³ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 139.

³⁴⁴ Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 50.

tische Position, die in viel geringerem Maße von einer Aufbruchstimmung gekennzeichnet ist, wie sie etwa Wieacker beschreibt und Carl Schmitt geradezu beschwört, passt zu dem eher funktionalen Ansatz, den Busse auch an anderen Stellen dem Ordnungsdenken zubilligt. Gerade an diesem Punkt lässt sich die schon erwähnte Affinität Busses zu dem Konzept des Typus deutlich erkennen. Bei Busse steht allerdings der Typus als methodisches Konzept ohne Bezug zur idealistischen Erkenntnisstruktur im Vordergrund.

An diesem funktionalen Ansatz, der einen wesentlichen Unterschied zu Larenz und vor allem Schmitt bildet, setzt Jentzsch 1939 mit einer grundsätzlichen Kritik an der Geeignetheit des kOD als Methode zur Rechtsgewinnung an.³⁴⁵ Dabei ist er von dem Bestreben geleitet, die Interessenjurisprudenz als einzig adäquate Methode zur Rechtsgewinnung im Nationalsozialismus darzustellen. Dies führt zu vorschnellen Schlüssen. Jentzsch sah bei Busse einen grundsätzlich anderen Ansatz als bei Schmitt. Nach Schmitt sei das kOD eine Erkenntnisweise, die als eigenständige und neue, dem Nationalsozialismus gemäße Methode die bisherigen Arten der Rechtsgewinnung ablösen sollte, wohingegen Busse das Ordnungsdenken als bloße Darstellungsweise verstanden wissen wolle.³⁴⁶ Dies belegte Jentzsch mit einem Zitat aus Busses Habilitationsschrift:³⁴⁷

„Die Rechtswissenschaft hat gegenüber dem Gesetz die Aufgabe, den Zusammenhang hervorzuheben, in dem die einzelnen Bestimmungen stehen und die Richtung herauszuarbeiten, in der sie nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes im einzelnen näher zu bestimmen und dadurch fortzubilden sind. Zugleich hat die Rechtswissenschaft aus den mannigfaltigen Entscheidungen, die die Rechtsprechung fällt, die wesentlichen Züge hervorzuheben und in den Zusammenhang des Rechts zu einem Gesamtbild der wirklichen Ordnung einzufügen. So stellt die Wissenschaft das Recht ... im Zusammenhang als ein geschlossenes in sich gefügtes Ganzes dar und gibt damit die Wirklichkeit des Rechts im Ganzen, die völkische Ordnung, zu erkennen.“³⁴⁸

Diese Betrachtung wird aber der Gesamtschau des Werkes von Busse nicht gerecht. Wie gezeigt wurde, hat bei Busse das Ordnungsdenken durchaus gestalterische Auswirkungen, die über eine bloße Darstellung des Stoffs hinausgehen sollten. Das Zitat spiegelt vielmehr das Ziel Busses wider, der Rechtswissenschaft innerhalb der völkischen Ordnung eine neue Aufgabe zu geben. Jentzsch hingegen war bestrebt, die Interessenjurisprudenz innerhalb des nationalsozialistisch geprägten Rechts jener Zeit wieder in den Mittelpunkt zu rücken.

³⁴⁵ Jentzsch, Begriffsjurisprudenz im Erbhofrecht, Stuttgart 1939.

³⁴⁶ Jentzsch, Begriffsjurisprudenz im Erbhofrecht, Stuttgart 1939, S. 4.

³⁴⁷ Jentzsch, Begriffsjurisprudenz im Erbhofrecht, Stuttgart 1939, S. 4; die Auslassungen im Zitat stammen von Jentzsch.

³⁴⁸ Im Original bei Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 13f.

Im Ergebnis zeigt sich jedenfalls, dass Busse deutliche Anleihen sowohl bei Schmitt als auch bei Larenz in der Terminologie und in der Sache machte. Es fällt auf, dass es Busse vermied, seine Inspirationsquellen deutlich zu benennen. In der Sache ist er eher dem kaB des Larenz' zugewandt, was sich nicht zuletzt auch biografisch erklären lässt. Busse vermied es aber, in tiefere rechtsphilosophische Diskussionen einzusteigen, sondern versuchte, aus seinem Konzept der Ordnung heraus praxisrelevante Fragestellungen bei der Anwendung des REG zu lösen. Dabei verließ er die Wege der bisherigen Dogmatik des BGB und - ignorierte vor allem die sachenrechtlichen Ansprüche zugunsten einer Lösung möglicher Konflikte unter Zugrundelegung des Konzepts der Ordnung, die als lebensnahe Betrachtungsweise in jedem Bereich Vorrang gegenüber den abstrakten subjektiven Rechten wie dem Eigentum genießen soll. Im Wesentlichen befand sich Busse im Einklang mit der Kieler Schule, was auch seine Mitarbeit an dem larenzischen Schuldrechtsgrundriss zeigt. Busse durchdrang jedenfalls das Konzept der Ordnung für das REG in seiner ganzen Konsequenz. Damit ist seine Habilitationsschrift einer der wenigen Versuche, nationalsozialistisches Rechtsdenken tatsächlich für die Praxis anwendbar zu machen.

2. Die Funktion des § 56 REG bei der Rechtsgewinnung

Neben den oben ausgeführten allgemeinen Forderungen, die an eine Auslegung im Sinne des Nationalsozialismus gestellt wurden und die im Bereich des Zivilrechts letztlich zu einer extensiven Nutzung der Generalklauseln in allen Bereichen, wo es keine umfassende Neuregelung durch spezifisch nationalsozialistische Gesetze gab, führte,³⁴⁹ wurde im REG ein neuer Weg gewählt. Durch den § 56 REG wurde der Richter verpflichtet, eine Auslegung nach den Grundsätzen vorzunehmen, die in der Präambel des REG niedergelegt waren. In der Präambel wurden die wesentlichen Erwägungen, die zu dem Erlass des Gesetzes geführt hatten, sowie der Inhalt der wichtigsten Vorschriften skizzenhaft wiedergegeben.³⁵⁰ Damit wurde der Richter, selbst bei Anwendung einer objektiv-teleologischen Auslegung, an den Wortlaut des Gesetzes gebunden. Dies stellt eigentlich nur spiegelbildlich die damals weit überwiegende Ansicht dar, der Richter habe Gesetzen, die im Nationalsozialismus erlassen wurden, unbedingt

³⁴⁹ Dazu umfassend Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997.

³⁵⁰ Siehe Seite 126ff.

Folge zu leisten³⁵¹, soweit man, wie im Nationalsozialismus, die These vertrat, dass eine Präambel mehr als nur deklaratorischen Charakter habe.³⁵²

Allerdings kann die Vorschrift des § 56 REG nicht nur als Auslegungsregel, sondern durchaus auch als Generalklausel verstanden werden. Generalklauseln sind unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Ausfüllung anhand bestehender Wertmaßstäbe durch die Gerichte gewollt ist.³⁵³ Sie sind gesetzliche Richtlinien unter Verzicht auf feste Tatbestände oder genau bestimmte Rechtsfolgen,³⁵⁴ oder, wie sie von Hedemann bezeichnet wurden, „ein Stück offengelassener Gesetzgebung“³⁵⁵. Die den Generalklauseln zu eigene Offenheit wird hier durch den Verweis auf die in der Präambel niedergelegten Grundsätze geschaffen. Die Rechtsfolge bestimmt sich bei der Anwendung des § 56 REG anhand dieser Grundsätze, die ihrerseits im Sinne der vorgegebenen Wertbegriffe des Gesetzes zu füllen sind.

Vor der Reichweite der Generalklauseln warnte am Vorabend der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten vor allem jener Hedemann. Er führte aus, die Generalklauseln seien Instrumente, die zu Willkür und Rechtsunsicherheit führten.³⁵⁶ Nach der Machtergreifung wurden die Generalklauseln – vor allem die des BGB – im Sinne der gewendeten Rechtswissenschaft begrüßt, da sie als Einbruchstellen für das neue Rechtsdenken dienen konnten.³⁵⁷ Die noch von Hedemann zum Ausdruck gebrachte Gefahr der Willkür und Rechtsunsicherheit wurde hingegen als vernachlässigbar angesehen, soweit die Gerichte als Wertmaßstab ausschließlich nationalsozialistisches Gedankengut heranzogen.³⁵⁸ Der weit reichende Anwendungsbereich, der den Generalklauseln zgedacht wurde, wird deutlich, wenn man etwa die verschiedenen Funktionen, die ihnen zugeschrieben wurden, betrachtet. Generalklauseln wurde eine Lückenfunktion zur

³⁵¹ Vgl. dazu Seite 143ff.

³⁵² Vgl. dazu Seite 161ff.

³⁵³ Vgl. schon Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), S. 1, 162, 173 FN 265.

³⁵⁴ Esser, Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates, Wien 1949, S. 320.

³⁵⁵ Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933, S. 58.

³⁵⁶ Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933, S. 67ff.

³⁵⁷ Vgl. nur Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 2. Auflage, Berlin 1993, S. 59; Larenz, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 20; Stoll, Juristische Methode, praktische Forderungen der Interessenjurisprudenz und ihre Bedeutung in unserer Zeit, in: Richter (Hrsg.), Leben in der Justiz, Berlin 1934, S. 83, 96f.

³⁵⁸ Larenz, Rezension zu Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, in: ZHR 100 (1934), S. 378, 381.

Schließung primärer Lücken, eine Anpassungsfunktion, um gewandelten Sachverhalten und Wertvorstellungen bei der Rechtsanwendung Rechnung zu tragen, eine Gerechtigkeitsfunktion, womit sich eine Gesetzesberichtigung erklären lasse, wenn eine Anwendung der niedergelegten Normen zu einem nicht tragbaren Ergebnis führe, und schließlich eine Rechtsschöpfungsfunktion zugeschrieben.³⁵⁹ Mit Hilfe der Generalklauseln konnte auch dann eine Entscheidung gefunden werden, wenn jede sonstige gesetzliche Wertung scheiterte. Diese Aufzählung zeigt den weiten Anwendungsbereich, der nach der Absicht der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft den Generalklauseln bei der Umgestaltung des Rechtslebens zukommen sollte. Eine Analyse der Rechtsprechung der nationalsozialistischen Gerichte auf der Basis der Generalklauseln im Bereich des Zivilrechts hat vor allen Dingen Rüthers unternommen.³⁶⁰ Dort findet sich auch der Nachweis, dass die Anwendung von Generalklauseln das methodische Instrument der ersten Wahl war, um das jeweils gewünschte Ergebnis in Übereinstimmung mit dem politisch Gewollten zu erzielen, ohne zu einer offenen Rechtsablehnung³⁶¹ vernationalsozialistischen Rechts, wie sie vor allem im Bereich der Zivilgerichtsbarkeit durch Untergerichte praktiziert wurde, greifen zu müssen.

Die Regelung des § 56 REG selbst steht in der Tradition³⁶² des § 1 des ersten Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich von 1888, der lautet:

„Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechend Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.“³⁶³

Diese Vorschrift orientierte sich selbst an § 7 des österreichischen ABGB. Ähnliche Normen existieren in der Schweiz und in Italien.³⁶⁴ Die Vorschrift wurde allerdings von der zweiten Kommission für das BGB als überflüssig erachtet, da

³⁵⁹ Vgl. dazu Hubernagel, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln, in: Frank (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, München 1935, S. 970ff.

³⁶⁰ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 216ff.

³⁶¹ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 144ff.

³⁶² Diese Tradition wurde auch von den Zeitgenossen so gesehen, vgl. etwa Gülland, Zur Rechtsausübung und Rechtsanwendung des Reichserbhofgesetzes, in: DR 1934, S. 362, 364.

³⁶³ Motive, S. 16f.

³⁶⁴ Vgl. Art. 12 Codice Civile für Italien und Art. 1 ZGB für die Schweiz.

für die Bildung von Analogien eine besondere gesetzliche Ermächtigung nicht für notwendig erachtet wurde.³⁶⁵

Schon im PrEHG gab es eine entsprechende Vorschrift. § 63 lautete:

- (1) *„Entstehen bei der Anwendung dieses Gesetzes Zweifel, so hat der Richter zu entscheiden, wie es dem Grundgedanken (§§1 ff.) und dem Zwecke dieses Gesetzes entspricht (...)*
- (3) *Ist eine Frage zu entscheiden, die in diesem Gesetze nicht besonders geregelt ist, so hat der Richter unter Berücksichtigung des Gesetzeszweckes so zu entscheiden, wie wenn er im Rahmen zwingenden Reichsrechts als ordentlicher und gewissenhafter Gesetzgeber den Fall selbst zu regeln hätte.“*

Bei § 63 PrEHG lässt sich die Anlehnung an den Art. 1 ZGB der Schweiz³⁶⁶ sehr viel deutlicher als bei § 56 REG erkennen. Allerdings fehlt die Bindung an die Präambel, die als ausgesprochenes Regelungsinstrument unter dem Nationalsozialismus gelten kann und vor allem eine Disziplinierungsfunktion gegenüber den Richtern darstellte. Jedenfalls dann, wenn sie, wie im REG, wesentliche Erwägungen des Gesetzes und dessen Zweck wiedergab und nicht nur als feierliche Einleitung den Rechtssätzen vorangestellt wurde.

Beachtenswert ist, dass § 56 REG in der ursprünglichen Fassung von 1933 schon vorhanden war, also die wissenschaftliche Diskussion um die Auslegung von nationalsozialistischen Rechtsnormen schon vorwegnahm. Die Auslegungsregel selbst wurde in der Kommentarliteratur nur sehr dürftig besprochen.³⁶⁷ Auch in der Spruchpraxis des REHG wurde lediglich in neun Entscheidungen der § 56 REG überhaupt in die Liste der angewandten Vorschriften aufgenommen.³⁶⁸ Nichts desto trotz darf der tatsächliche Einfluss nicht unterschätzt werden, da der Richter eine Stütze im Gesetz fand, um vernationalsozialistische Normen, die seiner Meinung nach im Widerspruch zur Weltanschauung des Nationalsozialismus standen, entweder nicht anzuwenden oder in einem passenden

³⁶⁵ Protokolle, S. 13f.

³⁶⁶ Dieser lautet:

- (2) *Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber selbst aufstellen würde.*
- (3) *Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.*

³⁶⁷ Vgl. etwa Vogels, Das Reichserbhofgesetz, Berlin 1933, S. 95, der zu § 56 REG lediglich lapidar feststellt:

“Der Richter steht nicht über, sondern unter dem Gesetz. Er soll sich aber bei der Anwendung des Gesetzes stets des vom Gesetzgeber verfolgten Zweckes bewusst sein, damit die erstrebten Ziele erreicht werden.“

³⁶⁸ REHGE 3; 22; REHGE 3, 13; REHGE 3, 412; REHGE 5, 9; REHGE 7, 45; REHGE 7, 194; REHGE 9, 315; REHGE 9, 321; REHGE 9, 429.

Sinn auszulegen. Auch § 56 REG lieferte so einen Beitrag, um die Bindung des Richters an bestehendes Gesetz weiter aufzulösen. Für die rechtspolitische Brisanz dieser Norm spricht eine Entscheidung des PrOVG,³⁶⁹ wonach die Auslegungsregel des § 56 REG in ihrer Anwendung nicht allein auf das Erbhofrecht zu beschränken sei, sondern als „allgemeiner Grundsatz der Rechtspflege“ auf allen Gebieten des Rechts Anwendung finde.³⁷⁰ Dabei war vor allem das Argument tragend, dass der Gesetzgeber durch § 56 REG zumindest für das REG zweifelsfrei bestimme, dass der Zweck des Gesetzes der Auslegungsmaßstab sei, der über allen anderen, auch logischen Erwägungen, stehe.³⁷¹

Allerdings sollte § 56 REG nicht nur Richtschnur bei der Auslegung in Zweifelsfragen sein, sondern darüber hinaus das Ermessen der Gerichte binden und so eine Entscheidung im Einzelfall vorzeichnen. Dies insbesondere in Fragen der Bauernfähigkeit, ob ein wichtiger Grund für die Belastung oder Veräußerung eines Erbhofs vorliegt und ab welchem Grad ein solcher über seine Kräfte belastet wird.³⁷² Dadurch bekam § 56 REG die Funktion, die Entscheidung der Gerichte an den deutlich weltanschaulich geprägten Gesetzeszweck zu binden. In einem fein gestuften System wurde zwischen allgemeinen und besonderen Gesetzeszwecken in der Präambel unterschieden. So solle etwa in einem Fall, wo verschiedene, in § 56 REG und der Präambel genannte Zwecke innerhalb einer Entscheidung zur Anwendung kommen, der Richter so entscheiden, wie es dem Zweck des Gesetzes am besten entspreche. Hierbei sei zu prüfen, welcher Zweck als der wichtigere anzusehen sei.³⁷³ Erst wenn auch dies nicht zu einer eindeutigen Lösung führe und eine sorgfältige Abwägung zu keinem eindeutigen Ergebnis komme, solle die Regel des § 56 unanwendbar sein. In einem solchen Fall solle der Richter frei auslegen können. Allerdings sei auch eine solche freie Auslegung am Zweck des Gesetzes auszurichten, wie Tolle unter Rückgriff auf eine Entscheidung des Anerbengerichts Ratzeburg³⁷⁴ fordert.

In dem Fall erwarb ein Getreidehändler, der selbst etwa 15 ha landwirtschaftliche Nutzfläche besaß, im Jahr 1932 eine 34 ha große Hufnerstelle in der

³⁶⁹ PrOVG 99, 65

³⁷⁰ So auch Dietze, *Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht*, Berlin 1939, S. 95; Pracht, *Der Gesetzesvorspruch*, Erlangen 1937, S. 116.

³⁷¹ Tolle, *Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes*, Berlin 1934, S. 21; Dietze, *Der Gesetzesvorspruch im geltenden deutschen Reichsrecht*, Berlin 1939, S. 92.

³⁷² Vogels, *Das Reichserbhofgesetz*, 3. Auflage, Berlin 1934, Anmerkung 1 zu § 56; Tolle, *Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes*, Berlin 1934, S. 22.

³⁷³ Tolle, *Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes*, Berlin 1934, S. 22.

³⁷⁴ Beschluss vom 21.3.1934, DJ 1934, S. 518f.

Zwangsversteigerung. Dabei hatte er die Absicht, sie alsbald wieder zu veräußern. Anfang 1933 verkaufte er den Besitz, der im Grundbuch noch unter dem Namen des vorherigen Eigentümers eingetragen war, mittels notariellen Vertrags an W. und ließ ihn auf. W. beantragte nun die Entscheidung, ob der Besitz Erbhof geworden sei, wahrscheinlich, weil er vertragsreuig geworden war. In diesem Fall wäre die Veräußerung unwirksam, da ihr ein gesetzliches Veräußerungsverbot entgegenstünde. Der Besitz erfüllte am 1. Oktober 1933 die notwendigen sachlichen Voraussetzungen für einen Erbhof. Allerdings, so entschied das Anerbengericht, sei der Getreidehändler, obwohl er die persönlichen Fähigkeiten zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines Hofes habe und auch ehrbar sei, nicht als Bauer im Sinne des Gesetzes anzusehen. Damit ist der Hof auch nicht Erbhof geworden. Das Gericht führte aus, da die 15 ha Landbesitz nur dem Wirtschaftsbetrieb des Getreidehändlers diene, sei die Bauerneigenschaft beim Getreidehändler nicht begründet worden. Hinsichtlich des im Wege der Zwangsversteigerung erworbenen Landes habe er nie die Absicht gehabt, es landwirtschaftlich zu nutzen. Das Gericht führte aus, dass, obwohl alle gesetzlichen Mindestanforderungen an die Bauernfähigkeit erfüllt seien, erhebliche Zweifel bestünden, ob der Getreidehändler bauernfähig sei. Daher sei die Frage unter Anwendung des § 56 REG zu lösen. Von Bauertum im Sinne der Präambel könne nur da die Rede sein, wo der Bauer sich der Scholle wirklich verbunden fühle. Diese Einstellung fehle dem Getreidehändler. Zum Schutz des Bauertums müssten solche Personen ferngehalten werden. Im Ergebnis wird die Bauernfähigkeit des Getreidehändlers im Sinne des § 15 Abs. 1 REG verneint.

Tolle sah keinen Raum für die Anwendung des § 56 REG, da keine Zweifel bei der Anwendung des § 15 REG bestünden, ob der Getreidehändler im Sinne des Tatbestands bauernfähig sei. Selbst wenn aber solche Zweifel bestünden, ergebe eine freie Auslegung, dass die fragliche Hufnerstelle Erbhof sei. Dies folge daraus, dass der Zweck des REG, wonach eine große Zahl lebensfähiger Erbhöfe gebildet werden sollen, in diesem Fall dem Zweck des Gesetzes, wonach Erbhöfe nur in der Hand bauernfähiger Personen entstehen sollen, als spezieller vorgehe. Hier sei zu beachten, dass sich der Hof nur vorübergehend in der Hand eines Getreidehändlers sei und bei Bejahung der Erbhofeigenschaft sich nun in der Hand einer unzweifelhaft bauernfähigen Person befinde. Dem allgemeinen Zweck des REG, Höfe in der Hand bauernfähiger Personen zu halten, sei damit genüge getan. Außerdem werde so verhindert, dass der Getreidehändler das Land aufsplittet und einzelne Stücke getrennt veräußert, womit im Ergebnis eine

ganze Hofstelle vernichtet würde.³⁷⁵ Für Tolle bestand ein gestuftes Verhältnis der durch die Präambel festgelegten Zwecke untereinander, die die Auslegung beeinflussen. Durch eine solche Abstufung und die große Freiheit bei der Feststellung der Rangfolge der Zwecke untereinander wird letztlich dem Richter eine große Freiheit zur Entscheidung im Einzelfall eingeräumt.³⁷⁶ Im Zweifel steht es in seinem Belieben, wie er die Verwirklichung der Zwecke des REG im Einzelfall als gewährleistet ansieht.

§ 56 REG wurde auch von Heck zur Verteidigung der Interessenjurisprudenz als adäquates Mittel der Rechtsgewinnung im Nationalsozialismus angesehen. Er versuchte zu zeigen, dass der Gesetzgeber, soweit in § 56 REG von einer am Zweck des REG orientierten Auslegung die Rede ist, eben seine Methode „durch schlüssiges Verhalten“³⁷⁷ übernahm und die von ihm im Rahmen der Interessenjurisprudenz vorgeschlagene Zweckauslegung bei der Formulierung des § 56 REG und der Präambel verwendete.³⁷⁸

Busse sah in § 56 REG keine Auslegungsregel in dem Sinne, dass eine Analogie zu bestehenden Wertungen gezogen werden solle. Vielmehr sei § 56 REG Gewähr dafür, dass

„die Ziele des Erbhofrechts alle bäuerlichen Lebensvorgänge ausrichten, auch da, wo diese Richtung mit ihren Folgerungen nicht ausdrücklich im Gesetz festgelegt ist. Sie kann vielfach gar nicht allgemein in ihren Folgen festgelegt werden, weil solches niedergeschriebene Recht, wenn es ins einzelne geht, leicht schematisch wird und aufhört, lebendig zu sein. (...) Darum ist die Ausrichtung des bäuerlichen Lebens nach den Zielen des Erbhofrechts keine bloße Lückenergänzung zum geschriebenen Recht, sondern sie steht gleichwertig neben der Ausrichtung, die das geschriebene Rechts selbst vornimmt.“³⁷⁹

Damit wird § 56 REG zu einem Instrument des Gesetzgebers, sicherzustellen, dass die Rechtsanwendung die durch den Gesetzgeber geschaffene Ordnung im Kontext des REG schützt und durchsetzt. Dem gestaltenden Wunsch des Gesetzgebers, eine neue bäuerliche Ordnung zu schaffen wird damit Vorrang gegenüber der Rechtsgewinnung nach herkömmlichem Muster eingeräumt. Zugleich wird die Möglichkeit einer Rationalitätskontrolle einer gerichtlichen

³⁷⁵ Tolle, Die Einleitungsworte des Reichserbhofgesetzes, Berlin 1934, S. 23; vgl. Schramm, Dürfen für die Bauernfähigkeit über § 15 RerbhG hinausgehende Erfordernisse aufgestellt werden?, in: DJZ 1934, Sp. 845, 846.

³⁷⁶ Dies verkannte auch die zeitgenössische, dem REG sehr aufgeschlossene Literatur nicht, vgl. etwa Gülland, Zur Rechtsausübung und Rechtsanwendung des Reichserbhofgesetzes, in: DR 1934, S. 362, 365.

³⁷⁷ Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936, S. 19.

³⁷⁸ Heck, Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936, S. 17.

³⁷⁹ Busse, Das Erbhofrecht und der Aufbau der Bodenordnung, in: RdRN 1936, 477, 479.

Entscheidung zugunsten einer politischen Wertung der Entscheidung aufzugeben, die der Richter in großer Freiheit treffen kann:

„Weil sich die Rechtsprechung der bauerlichen Gerichte innerhalb der festen Lebensordnung der Bauernhöfe abspielt, kann ihr das Gesetz im einzelnen weitgehende Freiheit einräumen. (...) So wird die zweckgerichtete Entscheidung zur Aufgabe des Gerichts. (...) Trotz dieser praktisch politischen Bewertung handelt es sich nicht um eine verwaltungsmäßige EntschlieÙung nach Zweckmäßigkeit, sondern um eine richterliche Bewertung, denn die Entscheidung verfolgt nicht einen einzelnen Verwaltungszweck, sondern prüft im Hinblick auf das große politische Leitziel, ob der Eigentümer und sein Hof sich der Ordnung dieser Erbhöfe einordnen lässt oder nicht.“³⁸⁰

Busse sah die Funktion des § 56 REG nicht länger im Kontext der hergebrachten Methodenlehre. Für ihn ist die Norm weder reine Auslegungsregel noch eine bloÙe Generalklausel, sondern ein Instrument, um innerhalb der Ordnung, die von den Schöpfern des REG den Bauern vorgegeben wurde und die für ihn einen eindeutigen politischen und ideologischen Bezug hat, sicherzustellen, dass im Recht der jeweiligen Ordnung eine Entscheidung gefunden wird, die dieser Ordnung entspricht. Ihr kommt damit in Verbindung mit dem Wertungskontext des REG, der konkreten Ordnung, eine Rechtsfortbildungsfunktion zu, die über den Wortlaut des § 56 REG hinausgeht und nicht mehr eine bloÙe Auslegung des REG zum Gegenstand hat.

Diese Funktionsbestimmung des § 56 REG im Kontext des kOD stimmt im Ergebnis mit den Studien überein, die Rùthers in seiner umfassenden Arbeit über die Umformung der Generalklauseln zu einer ideologischen Einbruchstelle im Zivilrecht unternommen hat.

Rùthers stellt die These auf, eine Analyse dieser Denkform sei ein Problem der Rechtsquellenlehre, da das Ordnungsdenken nicht die Auslegung bestehender Normen zum Ziel habe, sondern der Rechtserzeugung diene.³⁸¹ Die Entscheidungsbegründung, die mit Hilfe einer Argumentation aus dem kOD praeter oder contra legem gewonnen werde, sei ein normsetzender Akt. Diese Funktion werde semantisch verschleiert, wenn dieser Prozess nur als Auslegung bezeichnet werde. In diesen Zusammenhang stellt Rùthers auch andere Instrumente, die in dem neuen ideologischen System eine politische Rechtsfindung ermöglichen sollen, wie etwa das gesunde Volksempfinden.³⁸² Rùthers sieht hier eine Parallele zwischen dem kOD und dem überpositiven Institutionenbegriff. Bei beiden

³⁸⁰ Busse, Die Rechtsprechung der Anerbenbehörden als Beispiel einer völkischen Rechtspflege, in: RdRN 1936, 431, 433.

³⁸¹ Rùthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 447.

³⁸² Rùthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 446.

würden außerjuristische und ideologische Konzepte in eine bestehende Norm eingefügt.³⁸³

Mit Blick auf das REG zeigt sich ein grundlegender Unterschied insoweit, als hier gerade nicht bestehende Rechtsbegriffe im Sinne der gewandelten ideologischen Grundentscheidung umgedacht werden mussten. Das REG selbst war schon Beispiel der gewandelten Rechtsansicht. Es enthielt schon die ideologischen Grundentscheidungen und Wertungen, die – wie Rüthers zeigt – im Kontext des BGB erst im Wege der Rechtsfortbildung eingefügt werden mussten.

Im REG stellte sich vielmehr das Problem, wie ein so knappes Rahmengesetz³⁸⁴ wie das REG für eine Vielzahl von konkreten Einzelfällen mit den ideologischen Wertungsvorgaben konform angewendet werden kann. Bestimmt man die Funktion des § 56 REG im Sinne Busses, kann immer ein Bezug zwischen Einzelfall und den Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers hergestellt werden. Einer Auslegung des Gesetzes bedarf es dann nur noch eingeschränkt.

Soweit man schon den Erlass von Gesetzen mit einem ideologischen Überbau wie dem REG als Ausformung des neuen Ordnungs- und Gestaltungsdenkens des Gesetzgebers ansieht,³⁸⁵ bei dem metaphysisch geprägte Institutionen für rechtlich verbindlich erklärt werden, liegt die Einbettung des REG in einen solchen Kontext auf der Hand. Allerdings ist dann noch nichts über die Tauglichkeit des kOD oder der kaB als methodisches Instrument ausgesagt.

Es bleibt aber festzuhalten, dass die methodischen Konzepte bei der Rechtsgewinnung, die durch die Ordnungskonzepte geboten wurden, ihre Wirksamkeit nicht allein bei der Umgestaltung bestehender Normen entfalteten, sondern sich auch bei nationalsozialistischen Gesetzen anboten.

IV. Zusammenfassung

Durch das Reichserbhofgesetz wurde die Zersplitterung des Bauernbesitzes, ein bekanntes wirtschaftspolitisches Problem, in einem ordnungspolitischen Sinne angegangen. Diese seit mehr als einem Jahrhundert sich fortsetzende Zersplitte-

³⁸³ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S 300f.

³⁸⁴ So schon Darré, Reichserbhofgesetz und Agrarpolitik, in: DJ 1934, S. 852; Gülland, Das Reichserbhofrecht, Berlin 1935, Nr. 364; Scheibe, Die Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes, Leipzig 1936, S. 37.

³⁸⁵ So Weitzel, Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken: Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933-1945, in: ZNR 1989, S. 55, 56.

rung des Besitzes führte, gerade in der wirtschaftlichen Situation nach dem - Ersten Weltkrieg, dazu, dass die Landwirtschaft nicht länger wettbewerbsfähig war, da die nötigen Betriebsgrößen für eine Modernisierung der Produktionstechniken nicht gegeben waren. Im Hinblick auf dieses Problem konnte sich das Gesetz durchaus auf viele Vorbilder im In- und Ausland berufen. Neu war aber die Vehemenz, mit der überkommene Bräuche der Bauern zur Seite geschoben wurden. Eine neue Kategorie, jedenfalls für solcherart zentrale Normen, war auch der spezifisch ideologische Gehalt des Gesetzes, wie er vor allem in der Präambel und in den Bestimmungen zur Bauernfähigkeit zum Ausdruck kam. Bei der Konzeption sowohl des Gesetzes als auch seines direkten Vorläufers, dem PrEHG, hatten die Agrarideologen innerhalb der NSDAP, allen voran - Darré, zunächst freie Hand. Durch ihre Entwürfe wurden die Grundlinien des Erbhofrechts bestimmt.

Ein Novum in der Rechtsgeschichte Deutschlands stellte die Regelungstechnik des Gesetzes dar. Von den Autoren als Rahmengesetz bezeichnet, wurden die Grundgedanken des Gesetzes schon in der Präambel ausformuliert und durch die folgenden Normen nur weiter ausgeführt. Kernbestand des Gesetzes war vor allem der § 56 REG, mit dem den Gerichten eine bis dato nicht gekannte Macht bei der Auslegung des Gesetzes an die Hand gegeben wurde. Im Falle einer Regelungslücke konnte der Richter selbst eine Regelung finden, soweit er die Grundgedanken des Gesetzes als gewahrt ansah. Eine weitere Neuheit war die Besetzung der Gerichte. Das Gericht wurde nicht allein mit Berufsrichtern besetzt. Es partizipierten Bauern als Beisitzer und konnten so ihren Sachverstand einbringen. Flankierend wirkte eine Vielzahl von Durchführungsvorschriften, in denen relativ bequem und unter Ausschaltung jeglichen Vorbehalts zugunsten der Legislative drängende Fragen des Verfahrensrechts, aber auch solche des materiellen Rechts, einheitlich gelöst werden konnten. Hinsichtlich der agrarideologischen Zielsetzung des Gesetzes zeigte sich bald ein nicht zu überbrückender Zielkonflikt zwischen den eher naiven völkischen Träumen Darrés und der politischen Notwendigkeit, die Landwirtschaft zur Vorbereitung des Eroberungskrieges in einen Zustand zu bringen, der sie unabhängig von Importen in die Lage versetze, die Wehrmacht und die Bevölkerung zufrieden stellend zu versorgen. An diesem Konflikt scheiterten Darré und letztlich das völkische Konzept des Bauerstands als Quelle einer Erneuerung des Staates. Was blieb, war das REG als Versuch, ordnungspolitische Gestaltung und nationalsozialistische Ideologie zu vereinen.

Hinsichtlich der Rechtsquellen, auf die die Gerichte bei der Entscheidungsfindung zugreifen konnten, sah sich die rechtswissenschaftliche Literatur in einem

Grundkonflikt. Sie war in der Bringschuld, einerseits eine hinreichend rationale Theorie zu liefern, welche Gesetze und Normen bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen waren. Andererseits musste versucht werden, den geänderten politischen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Abgesehen vom REG und einigen anderen Gesetzen, die neu erlassen wurden, blieb der Großteil der Normen der Weimarer Republik formell in Kraft. Schon aus Gründen der eigenen Machtstabilisierung verbot es sich für das Regime, die Bindung an das Gesetz gänzlich in Frage zu stellen. Diesen Zielen kam die Wissenschaft gerne entgegen. In der Folge wurde eine Vielzahl von Konzepten entwickelt, die dazu dienten, die NS-Ideologie zumindest faktisch als eigene Rechtsquelle neben das positivisierte Recht zu stellen. Im gleichen Maße stellten sich diese Fragen für die Auslegung von bestehenden Normen und die Rechtsfortbildung. Bei aller Verschiedenartigkeit in Detailfragen und der juristischen Kompetenz der jeweiligen Autoren zeigte sich die Tendenz, die Bindung an das Gesetz klammheimlich abzuschaffen oder jedenfalls unter den Vorbehalt subjektiver Faktoren, etwa des mutmaßlichen Führerwillens und des Kernbestands der als spezifisch nationalsozialistisch begriffenen Grundsätze zu stellen. Insbesondere wurde die Rolle der Präambel als authentische Manifestation des historischen Willens des Gesetzgebers neu überdacht, was gerade für das REG eine Ausweitung der Begriffshoheit der Gerichte darstellte und durch den § 56 REG umgesetzt wurde.

Was als Abschaffung der Bindung an das Gesetz verstanden werden kann, konnte auch als Umorientierung im Sinne des Nationalsozialismus begrüßt werden. Weg vom abstrakten Begriff, der die Rechtsentwicklung unter der Herrschaft des Positivismus kennzeichnete, hin zu einer an der Wirklichkeit orientierten organischen Volksgemeinschaft, die ihre Verwirklichung in der Ordnung, die ihr durch den Nationalsozialismus gegeben wurde, fand. Unter dieser Prämisse konnte mit Busse das REG auch als Phänotyp des Gesetzes, das sich den konkreten Ordnungen der Gemeinschaft bewusst ist und diese im Sinne der Ziele des Nationalsozialismus gestalten will, gedacht werden. Eine solche Beschreibung hatte aber nicht nur folkloristischen Wert, sondern Busse versuchte daraus Implikationen für die Rechtsgestaltung und Rechtsprechung unter der Geltung des REG abzuleiten. Hier verbindet sich deutlicher als bei Larenz der an Hegel geschulte Idealismus mit den Zielen eines Praktikers. Bei aller philosophischer Verschleierung und ideologischer Verortung bleibt aber auch das Projekt Busses vor allem ein Versuch, die Rechtsordnung als Garant der Willensfreiheit des Individuums und damit das Erbe der Aufklärung aufzubrechen und die Rechtsstellung des Einzelnen aus seiner Gebundenheit an die jeweilige Gemeinschaft zu erklären. Dies hatte nach dieser Lehre tief greifende Auswirkungen auf die Na-

tur der Rechtsverhältnisse, in denen ein Subjekt stehen konnte, sei es schuldrechtlicher oder statusrechtlicher Art. Insbesondere bestand nach dieser Ansicht das Eigentum als umfassendes Herrschaftskonzept über einen Gegenstand, das nur begrenzt durch die Gesetze geregelt werden konnte, nicht mehr. Da die Sphäre des Subjekts somit vollständig durch seinen Bezug zur Gemeinschaft bestimmt wurde, machte nach Busse auch die Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht keinen Sinn mehr.

An diesem Punkt zeigt sich wie schon bei Larenz, dass das Ordnungsdenken, wie es durch die Vertreter der Kieler Schule geprägt wurde, nicht ein an sich wertfreies akademisches Konzept darstellte, sondern auf die Ziele des Nationalsozialismus zugeschnitten war. Die Rechtsanwendung sollte ein Instrument werden, direkt auf die Lebenswirklichkeit einzuwirken und sie konkret zu gestalten. Nach dem totalitären Anspruch des Regimes war ein solcher Begriff des Rechts sicher auch allgemein auf die gesamte Lebenswirklichkeit bezogen. Von daher war der Name, den zumindest Larenz für sein Konzept wählte, mehr als treffend. In diesem Sinne zeigt sich auch, dass § 56 REG nicht nur als Auslegungsregel verstanden werden konnte, sondern als wirksames Instrument der Rechtsfortbildung, das richterliche Entscheidungen wirksam an die ideologischen Grundentscheidungen des Gesetzgebers binden konnte und so die völkischen Ordnungskonzeptionen sich auch für spezifisch nationalsozialistische Gesetze als methodische Grundkonzepte der Rechtsgewinnung eigneten.

Inwieweit diese Konzepte der Rechtswissenschaft, die vor allem Busse für das REG präzisierte, vom REHG aufgegriffen wurden, wird zu zeigen sein.

Kapitel 3 Die Rechtsprechung des Reichserbhofgerichts

Bislang wurde in der Arbeit aufgezeigt, welche rechtlichen und außerrechtlichen Maßstäbe in der Theorie die Auslegung von Gesetzen im Nationalsozialismus bestimmt haben. Dabei wurde den verschiedenen Konzepten des Ordnungsdenkens, speziell auch für den Bereich des REG, besondere Aufmerksamkeit gewidmet. Soweit die wissenschaftlichen Theorien überhaupt mit einem Bezug zur Praxis aufgestellt wurden, ließ sich zumindest feststellen, dass sie sich in dem durch die nationalsozialistische Ideologie aufgezeigten Koordinatensystem zwischen Führerprinzip, Volks- und Gemeinschaftsgedanken hielten und auch den Rassegedanken, etwa bei der Rechtsstellung des Subjekts, durchaus aufgegriffen haben.

Ebenso wurden in einem kurzen Abriss Entstehung und Inhalt des REG aufgezeigt und die Methoden der Rechtsgewinnung erläutert. Die bestimmenden theoretischen Konzepte der Rechtsgewinnung wurden benannt.

Als letztes gilt es nun zu überprüfen, inwieweit diese Strukturen sich in der Rechtsanwendung wieder finden lassen. Ob also diese Merkmale einer nationalsozialistischen Rechtstheorie in die Praxis der Rechtsgewinnung eingegangen sind.

Im Sinne einer Begrenzung der Ausgangsquellen sollen hierbei nur Entscheidungen des REHG Beachtung finden, die in der amtlichen Entscheidungssammlung¹ veröffentlicht wurden. Die Sammlung umfasst insgesamt 553 Beschlüsse der drei Senate. Dies ist eine genügend große Zahl von Entscheidungen, um bei einer systematischen Auswertung eine hinreichend große Datentiefe zu erlangen.

Entscheidungen der Untergerichte werden nur dann untersucht, wenn die jeweilige Entscheidung explizit durch das REHG aufgegriffen wurde. Diese Begrenzung erscheint nicht nur im Hinblick auf eine notwendige Eingrenzung der Arbeit als vernünftig, sondern auch für die Fragestellung dieser Arbeit als sinnvoll. In den amtlichen Entscheidungssammlungen sind die Fälle veröffentlicht, die nach Ansicht der Richter selbst von grundsätzlicher Bedeutung waren. Daher

¹ Entscheidungen des Reichserbhofgerichts, herausgegeben von den beamteten Mitgliedern des Gerichtshofs, 9 Bände, Berlin 1934 bis 1943.

bietet es sich an, die Sammlung als Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage zu nehmen, ob die Praxis durch die spezifisch nationalsozialistische Rechtswissenschaft nennenswert beeinflusst wurde oder nicht. Dabei ist von Interesse, inwieweit die Rechtsprechung sich von der Literatur beeinflussen ließ; ob etwa Meinungsstreite in der Kommentarliteratur vom REHG erwähnt oder zu solchen Streiten überhaupt Stellung bezogen wurde.

Es ist auf ein grundsätzliches Problem der Auswertung von Urteilen hinzuweisen. Die Gerichte sahen sich nicht verpflichtet, ihre methodischen Erwägungen darzulegen oder erzielte Ergebnisse mit Fundstellen aus der Wissenschaft zu unterlegen. Dies geschah in aller Regel nur ausnahmsweise, um zu einem akuten Streit, der nicht nur akademischer Art war, Stellung zu beziehen. Daher ist es schwierig, einer im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung erfolgten Auslegung einer Norm im Zusammenhang mit einem bestimmten Lebenssachverhalt einen methodischen Topos zuzuordnen. Insbesondere lassen sich keine Leitentscheidungen aufzeigen, wo die Senate grundsätzliche Stellungnahmen zu methodischen Fragen abgaben, wie sie zumindest beim BVerfG² und dem BGH³ oder auch schon beim RG⁴ durchaus zu finden sind. Wichtige Merkmale, die eine Auswertung zumindest annäherungsweise gelingen lassen können, sind die verwendeten Termini und die zitierte Literatur. Auch die Struktur einer Argumentation ist dabei wichtig: ob etwa in einer Argumentation oder der gesammelten Rechtsprechung Wertungsargumente oder eher solche formaler Natur überwiegen.

Hier kann ein Ergebnis der Untersuchung vorweggenommen werden: Die Senate des REHG tendierten in einem erheblichen Umfang dazu, situationsbezogene Einzelfallentscheidungen zu treffen und versuchten eine nach ihren Maßstäben billige Entscheidung zu fällen. Dadurch wurden je nach Lage des Einzelfalls unterschiedliche Argumentationsmuster gebraucht. Diese eher taktische Argumentation macht es schwer, eine einheitliche Linie der Senate in Fragen der Rechtsgewinnung aufzuzeigen. Allerdings ist ein solcher Befund auch eine Antwort auf die Frage, inwieweit das REHG spezifisch nationalsozialistische Rechtstheorien seinen Entscheidungen zu Grunde legte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Normtext selbst den Gerichten eine erhebliche Freiheit in der Argumentation gab, da an entscheidenden Stellen wertausfüllungsbedürftige Begriffe wie etwa die Ehrbarkeit des Bauern oder das Vorliegen eines wichtigen Grundes bei der

² BVerfGE 1, 299, 312; BVerfGE 8, 210, 221.

³ BGHZE 3, 82, 84; BGHZE 73, 87, 92.

⁴ Etwa RGZ 96, 327.

Veräußerung oder Belastung eines Erbhofs im Rahmen des § 37 Abs. 2 REG eingefügt wurden.

Für eine Bewertung der Arbeit des REHG ist auch die Einschätzung durch die Richter selbst interessant. Bei dem damaligen Richter und späteren Generalbundesanwalt Max Güde klingt an, dass eine Rechtsprechung jenseits der nationalsozialistischen Ideologie – zumindest auf unterer Ebene - betrieben wurde:

„Zugegeben: Trotz all dieser Mängel haben wir mit dem Gesetz gearbeitet, und ich glaube, nicht durchweg ohne Sinn. Wo uns das Gesetz nicht im Weg stand, und so weit wir uns nicht selbst von den Ideologien des Gesetzgebers verwirren ließen, haben wir, so meine ich auch heute noch, in praktischen Fragen vermittelt, geschlichtet und gerecht entschieden, weniger nach den Maßstäben, die das Gesetz uns bot, als vielmehr aus der Norm, die der Fall in sich trug, aus der Natur der Sache, dem ordo rerum, sofern wir bereit waren, aus der Wirklichkeit bäuerlichen Lebens dessen innere Gesetze zu lernen.“⁵

Diese Einschätzung soll ebenfalls auf ihren Kerngehalt hin untersucht werden.

Nicht zuletzt verdient die Frage Beachtung, inwieweit die Senate des REHG sich selbst in der Tradition des Reichsgerichts sahen, was z.B. im Rahmen der Frage relevant ist, ob und in welchem Rahmen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts und insbesondere auf die Rechtsprechung von vor 1933 zurückgegriffen wurde.

I. Die Rechtsgewinnung in der Rechtsprechung des REHG

Bei den insgesamt 553 Entscheidungen der Senate des REHG handelt es sich bei vielen Entscheidungen erkennbar um reine Einzelfallentscheidungen oder Entscheidungen auf Grund zwingender prozessualer Normen, so dass sich eine weitere Ausbreitung im Zusammenhang mit der Fragestellung dieser Arbeit nicht lohnt. Interessant sind hingegen solche Beschlüsse, die Normen auslegen und solche, wo direkt oder indirekt grundsätzliche methodische Erwägungen eine tragende Rolle spielen oder wo die Gerichte sich mit der Literatur in grundsätzlicher Art und Weise, also nicht nur beschränkt auf einen bestimmten Sonderfall, auseinandersetzen. Ziel ist es, soweit möglich, eine grundsätzliche Linie des REHG oder seiner Senate herauszuarbeiten. Zu diesem Zweck sollen zunächst grundsätzliche Arten der Rechtsgewinnung in der Rechtsprechung darge-

⁵ Güde, Die Liquidierung des Reichserbhofgesetzes, in: Militärregierung der franz. Besatzungsgebiete (Hrsg.), Konstanzer Juristentag 2. bis 5. Juni 1947, Tübingen 1947, S. 81, 86.

legt werden, um eine abschließende Bewertung nach Häufigkeit und Qualität der Argumentation vornehmen zu können.

Für eine Analyse der methodischen Prinzipien des REHG ist es wenig hilfreich, allein auf die Terminologie des Gerichts abzustellen. Soweit eine Auslegung entscheidungserheblich ist, werden zahlreiche Begriffe weitgehend synonym verwandt. Es wird sowohl auf den Willen des Gesetzes⁶ als auch auf den Willen des Gesetzgebers⁷ abgestellt. Daneben werden etwa auch die Ziele⁸, der Zweck⁹ des Gesetzes oder beide¹⁰ ebenso bemüht wie die Grundgedanken des REG¹¹. Dabei werden die einzelnen Begriffe innerhalb einer Argumentationslinie in derselben Entscheidung gleichbedeutend gebraucht.¹² So lassen sich aus der Verwendung der Begriffe „Wille des Gesetzes“ und „Wille des Gesetzgebers“ keinerlei Präferenzen im Sinne einer historischen, objektiven oder subjektiven Auslegung herleiten.

1. Die Rechtsquellen des REHG

Solange eine richterliche Entscheidung nicht willkürlich werden soll, kann der gegebenenfalls notwendige Prozess der Rechtsgewinnung seine Grundlage nur in den jeweils zulässigen Rechtsquellen finden. Dies war zunächst einmal das REG als originäre Quelle des Sonderrechts der Erbhöfe selbst. Die gesamte Rechtsordnung umschloss als einen Teil das Erbhofrecht und – wie ausgeführt – nicht allein die unter dem Nationalsozialismus erlassenen Gesetze, sondern auch die Gesetze aus der Zeit davor; jedenfalls soweit sie nicht – je nach Ansicht des Rezipienten – formell oder ausdrücklich außer Kraft gesetzt wurden.¹³

⁶ REHGE 1, 39; REHGE 1, 102, 104; REHGE 1, 77, 79; REHGE 1, 277; REHGE 6, 80; REHGE 6, 397; REHGE 7, 371.

⁷ REHGE 1, 197, 198.

⁸ REHGE 1, 77, 80.

⁹ REHGE 1, 221, 225; REHGE 1, 258, 260.

¹⁰ REHGE 4, 189, 197.

¹¹ REHGE 1, 89, 93; REHGE 1, 221, 224.

¹² Siehe dazu nur REHGE 1, 221, 224 (Grundgedanke) einerseits und auf Seite 225 (Ziele) andererseits.

¹³ Siehe Seite 173ff.

a) Die Präambel

Die zentrale Norm für die Rechtsgewinnung im REG war der § 56 REG, der den Gerichten im Falle von nicht eindeutigen Rechtstexten im Einzelfall eine Auslegung orientiert an den in der Präambel des REG niedergelegten Zielen des Gesetzes vorschrieb. Von besonderer Bedeutung war diese Norm bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie sie der Gesetzgeber im REG an zentralen Positionen verwandte. Allerdings wurde diese Vorschrift nur bei insgesamt 10 Entscheidungen des REHG¹⁴ in die Liste der für die Entscheidung relevanten Normen aufgenommen. Dies geschah interessanterweise erst ab dem dritten Band der Entscheidungen. Die Senate des REHG verwiesen, so sie § 56 REG anwendeten, floskelhaft auf dessen Wortlaut.¹⁵ Sie legten nicht dar, an welchem Punkt sie bei der Anwendung einer Norm Zweifel sehen, die einen Rückgriff auf den in der Präambel dargelegten Zweck des Gesetzes notwendig machen. Dadurch wurde ein Anwendungsspielraum geschaffen, da die methodisch angemessene Nutzung der Auslegungsregel nicht rational nachvollzogen werden kann. Gleichzeitig wurde festgelegt, dass der Rückgriff auf die Präambel bei der Auslegung nicht nur zulässig, sondern notwendig ist, wenn die Gerichte bei der Anwendung einer Norm auf die Grenzen des Wortlauts stoßen.

Gerade in den ersten Entscheidungen ist auffällig, dass bei der Auslegung einer Norm weder auf § 56 REG noch auf die Präambel Bezug genommen wurde. In dem Beschluss vom 7. Dezember 1934 des III. Senats¹⁶ waren die Anforderungen zu präzisieren, nach denen ein wichtiger Grund im Sinne des § 37 Abs. 2 REG vorliegt, der die Veräußerung eines Erbhofs zulässig erscheinen ließ.

Ein Ehepaar lebte zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des REG im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft. Das Gesamtgut belief sich auf ca. 7,7 ha. Im Alleineigentum des Mannes standen ein Grundstück von ca. 3,8 ha und die Hofstelle. Die Frau war Alleineigentümerin von ca. 0,26 ha Ackerland. Auf Grund des Gesetzes fehlte dem Hof insgesamt die Erbhofeigenschaft, da der größte Teil nicht im Alleineigentum eines der beiden stand. Durch notariellen Vertrag vom 18. Dezember 1933 sollte der Hof auf ihre Kinder verteilt werden. Noch vor Einreichung des Vertrages beim Grundbuchamt trat die DVO II in Kraft. Auf Grund von § 15 Abs. 2 der DVO II war nunmehr bei Eheleuten der gesamte von einer Hofstelle aus bewirtschaftete Besitz für die Prüfung der Erbhofeigenschaft

¹⁴ REHGE 3, 22; REHGE 3, 13; REHGE 3, 460; REHGE 3, 412; REHGE 5, 9; REHGE 7, 45; REHGE 7, 194; REHGE 9, 315; REHGE 9, 321; REHGE 9, 429.

¹⁵ REHGE 3, 13, 20.

¹⁶ REHGE 1, 77.

eines Anwesens zusammenzurechnen. Da die Ackernahrung außer Zweifel stand, bedurfte die Übertragung des Landes nunmehr der Genehmigung der Ankerbenbehörden. Diese wurde den Antragstellern in erster Instanz vom AeG Landstuhl nicht erteilt. Das LEHG Celle hingegen entschied, dass hier ein Sonderfall vorliege, der eine Ausnahme vom Grundsatz des § 37 Abs. 2 REG rechtfertige. Zum einen seien die Antragsteller vom Erlass der DVO II überrascht worden, zum anderen sprächen auch Billigkeitserwägungen gegen ein solches Verbot. Die Kinder hätten lange Zeit unentgeltlich auf dem Hof mitgearbeitet, so dass es jetzt unbillig erscheinen würde, wenn nur der Anerbe den Hof bekäme. Für eine Ausstattung in Geld seien keine Mittel zurückgelegt worden, da die Realteilung in der Gegend Brauch war. Zudem handele es sich um Streubesitz, der nicht lange im Eigentum der Sippe gestanden habe, so dass eine besondere Verbundenheit zur Scholle nicht bestehe.

Anders entschied das REHG, ohne auf § 56 REG einzugehen:

„Das Reichserbhofgesetz will, daß die Bauernhöfe vor Überschuldung und Zersplitterung im Erbgang geschützt werden, damit sie dauernd als Erbe der Sippe in der Hand freier Bauern verbleiben’ daher soll der Hof grundsätzlich ungeteilt auf den Anerben übergehen. Dieser Satz gilt auch im ehemaligen Realteilungsgebiet.“¹⁷

Ausnahmen von diesem Grundsatz könnten auch in der Übergangszeit nicht gemacht werden, da sonst das Ziel, gesunde Erbhöfe zu erhalten, nicht erreicht werden könne.

In einem ähnlich gelagerten Fall wurde die Genehmigung der Realteilung verweigert.¹⁸ Hier lag der Sachverhalt insoweit anders, als die Teilung eindeutig unter der Geltung des REG erfolgte. Auch hier nahm der III. Senat unter Bezug zur Präambel verneinend dazu Stellung, ob in der Übergangszeit Realteilung weiterhin zulässig sein kann. Es wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die entsprechenden Stellen im REG in der Präambel zu finden sind.¹⁹ In der Unveräußerlichkeit und Unbelastbarkeit des Erbhofs, wie sie in der Präambel erwähnt werden, sieht der Senat einen allgemeinen Grundsatz, der nur ob seiner besonderen Bedeutung im § 37 REG wiederholt werde. Er zeige, dass nur unter besonderen Umständen, die keinesfalls den Interessen des Erbhofs hinsichtlich seines Bestands oder seiner Wirtschaftlichkeit zuwiderlaufen dürfen, im Sinne einer für die Beteiligten billigen Lösung abgewichen werden könne.²⁰

¹⁷ REHGE 1, 77, 79.

¹⁸ REHGE 1, 81.

¹⁹ REHGE 1, 81, 85.

²⁰ Vgl. etwa REHGE 1, 203, 205.

Neben der Betonung der Bedeutung eines wichtigen Grundes im Rahmen des § 37 Abs. 2 REG nimmt das REHG auch bei der Ausfüllung sonstiger unbestimmter Rechtsbegriffe auf die Präambel Bezug. Hierbei stellte es klar, dass die besonderen Regelungen des eigentlichen Gesetzes im Zweifel Vorrang vor allgemeinen Erwägungen aus den niedergelegten Zielsetzungen der Präambel haben; so etwa in einer Entscheidung, in der es um die Erbhofeigenschaft eines Hofes ging.²¹ Diese wurde von den Untergerichten deswegen verneint, weil der Eigentümer auf Grund erwiesener Misswirtschaft zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens des REG und darüber hinaus nicht bauernfähig gewesen sei. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 REG ist die Bauernfähigkeit des Alleineigentümers konstituierendes Merkmal für die Entstehung eines Erbhofs. Der I. Senat ging augenscheinlich davon aus, dass an der fehlenden Bauernfähigkeit des Eigentümers nicht zu zweifeln war. Damit waren die formellen Voraussetzungen für die Erbhofeigenschaft des Hofes nicht gegeben. Trotzdem stellte der Senat noch Erwägungen dazu an, ob ausnahmsweise etwas anderes gelten könne, da der Hof erwiesenermaßen schon Jahrhunderte lang in der Hand der Familie stand.²² Er lehnte dies ab, weil es Zweck des Gesetzes sei, lebensfähige Höfe in der Hand freier Bauern zu halten, damit diese ihren Auftrag als Blutquelle des Volkes zu dienen, erfüllen können. Dies sei gerade in diesem Fall nicht gegeben, da die Familie des Beschwerdeführers, der selbst unter Pflegschaft stand, dessen Sohn geistig zurückgeblieben war und dessen Tochter nach Ansicht des Ortsbauernführers einen unmoralischen Lebenswandel führte, Zeichen der Degeneration erkennen ließe.²³ Zudem stellte das Gericht klar, dass es im Übrigen für die Entscheidung nur auf die persönlichen Merkmale des Beschwerdeführers ankomme,²⁴ also auf dessen Bauernfähigkeit.

Das Gericht sah also in den Normen des REG Tatbestände, die die Zielvorgaben der Präambel konkretisieren und ausfüllen. Diese genießen daher Vorrang vor den allgemeinen Vorgaben, welche die Präambel aufstellt.

In die gleiche Richtung weist der Beschluss des III. Senats vom 24. März 1937.²⁵ Der zu Grunde liegende Sachverhalt stellt sich folgendermaßen dar:

Eine kinderlose Witwe beantragte, den Sohn ihrer Schwester als Anerben einzusetzen. Dagegen legte ein anderer Neffe, der Sohn eines verstorbenen Bruders

²¹ REHGE 2, 9.

²² REHGE 2, 9, 13.

²³ REHGE 2, 9, 14.

²⁴ REHGE 2, 9, 14.

²⁵ REHGE 4, 129.

der Witwe, Widerspruch ein, da die Seitenlinie, aus der der Anerbe stammte zu Geisteskrankheit neige, seine eigene Seitenlinie hingegen erblich gesund sei. Der Kreisarzt bestätigte, dass der in Aussicht genommene Anerbe zwar selbst erblich gesund, aber ein Anlagenträger sei, bei dem eine große Wahrscheinlichkeit dafür spreche, dass seine Nachkommen nicht erbggesund sein würden. Daraufhin lehnte das Anerbengericht den Antrag der Witwe ab. Es ging davon aus, dass Erbhöfe nur in der Hand erbgesunder Sippen bestehen dürften. Auf die sofortige Beschwerde der Bäuerin wies das LEHG Celle die Sache an das AeG Halle zurück. Das LEHG ging dann davon aus, dass es ausreiche, wenn der jeweilige Anerbe erbggesund sei. Daran sei hier nicht zu zweifeln. Damit sei im Rahmen einer Anerbenbestimmung nach § 25 REG allein zu prüfen, ob Anerben der dritten Ordnung, also die Abkömmlinge des verstorbenen Bruders der Witwe, gegenüber einem Anerben der fünften Ordnung hier mit Zustimmung des AeG übergangen werden dürfen. Dagegen legte der LBF sofortige weitere Beschwerde ein.

In der Sache argumentiert der III. Senat, dass § 15 REG lediglich die körperliche, persönliche und geistige Fähigkeit des als Anerben Bestimmten voraussetze. Die Gefährdung der Sippe durch die mögliche Zeugung erbkranken Nachwuchses sei nicht durch § 15 REG umfasst.²⁶ Im Anschluss daran prüfte das REHG weiter, ob sich nicht aus den in der Präambel niedergelegten Grundgedanken des REG etwas anderes ergebe. Der Schutz der Erbhöfe habe den Zweck, das Bauerntum als Blutquelle zu erhalten.

„Durch den Schutz der Höfe vor Verschuldung und Zersplitterung (infolge von Erbgang oder Veräußerungen) sollen die Vorbedingungen für wirtschaftlich gekräftigte und gesundheitlich gefestigte Bauernfamilien geschaffen werden, die dem ganzen Volke ständig neue Blutströme zuführen. Um das Bauerntum zu befähigen, die ihm innerhalb der Volksgemeinschaft zugewiesenen besonderen Aufgaben zu erfüllen, muß auch eine gesunde Nachkommenschaft angestrebt werden.“²⁷

Dieses ist durch das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933²⁸ sowie das Gesetz zum Schutze der Erbgesundheit des deutschen Volkes vom 18. Oktober 1935²⁹ gewährleistet. Dort sei darauf verzichtet worden, Regelungen für Anlagenträger zu erlassen. Daher sei es nicht im Sinne des REG, darüber hinausreichende Anforderungen zu stellen. Im Übrigen könne durch die Bestimmung eines erbgesunden Anerben nach § 25 REG dafür gesorgt

²⁶ REHGE 4, 128, 134.

²⁷ REHGE 4, 128, 134.

²⁸ RGBl. I, 529.

²⁹ RGBl. I, 1246.

werden, dass der Hof in der Sippe verbleibe. Gleichzeitig könne so gewährleistet werden, dass den in der Präambel niedergelegten besonderen Aufgaben des Bauerntums entsprochen werde.³⁰ Als zusätzliche Erwägung gab der Senat zu bedenken, dass auch der Familienzweig des Widerspruchsführers ebenfalls erblich belastet sei. Auf die Frage, ob der Widerspruchsführer, der der dritten Ordnung nach § 20 REG angehörte, durch den Bauern unter den Voraussetzungen des § 25 REG übergangen werden könne, ging das Gericht nicht mehr ein.

Auch in dieser Entscheidung zeigt sich, dass das REHG grundsätzlich den Normen des REG Vorrang gegenüber den allgemeinen Grundsätzen der Präambel einräumte, soweit sich auf deren Grundlage eine tragfähige Lösung finden ließ. Gleichwohl sah das REHG die Präambel als Rechtsquelle an, wenn ihr auch eine grundsätzlich nachrangige Rolle im Gefüge des REG zukommen sollte.

b) Das vernationalsozialistische Recht

aa) ZPO und FGG

Eine große Zahl von Entscheidungen des REHG wenden Vorschriften der ZPO und des FGG direkt oder sinngemäß an bzw. verneinen in bestimmten Fällen deren sinngemäße Anwendbarkeit. Die Fortgeltung dieser Gesetze war in der nationalsozialistischen Literatur nie umstritten, wenn auch erheblicher Reformbedarf gesehen wurde. Schon im Interesse der Rechtssicherheit konnte kein Zweifel an der grundsätzlichen Geltung dieser Normen bestehen. Die sinngemäße Anwendung des FGG war im Übrigen im REG gesetzlich angeordnet, § 46 Abs. 1 REG i.V.m. § 11 DVO I bzw. EHVfO. Das REHG hatte einen eigenen Maßstab, was in diesem Zusammenhang eine sinngemäße Anwendung bedeutet. Ausgangspunkt war die Regelung des § 20 Abs. 2 FGG, wonach bei einer Verfügung, die nur auf Antrag erlassen werden kann, nur dem Antragsteller ein Beschwerderecht zukommt.³¹ Der III. Senat des REHG befand, dass im Ergebnis das Beschwerderecht allen zukomme, die nach § 12 Abs. 2 DVO I Verfahrensbeteiligte sind. Der Senat führte dazu aus:

„Nach § 11 der Ersten Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz finden auf das Verfahren vor den Anerbbehörden die Vorschriften des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sinngemäß Anwendung, soweit nicht et-

³⁰ REHGE 4, 128, 136.

³¹ REHGE 1, 17.

was anderes bestimmt ist. Sinngemäß ist eine Anwendung immer dann, wenn sie, ohne Willkür zu werden, sich dem Geist und dem Zweck des Reichserbhofgesetzes anpasst. Nur so kann sie dessen Bedürfnissen gerecht werden.(...)

Bei einer wortgetreuen Anwendung wird aber diese Vorschrift den Bedürfnissen des Reichserbhofgesetzes nicht gerecht. Denn es ist unzweckmäßig, wenn das Genehmigungsverfahren nach § 37 des Reichserbhofgesetzes nicht in einem einheitlichen Verfahren gegenüber allen durchgeführt werden kann, die als Beteiligte nach § 12 Abs. 2 der Ersten Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz zu gelten haben und die als solche in dem Verfahren gehört worden und nach § 15 der Zweiten Durchführungsverordnung zum Reichserbhofgesetz antragsberechtigt sind.“³²

Als weitere Erwägung führte das REHG an, dass das REG i.V.m. § 15 DVO II allen an einem Belastungs- oder Übergabevertrag Beteiligten ein Antragsrecht gewährt. Dies steht im Gegensatz zum BGB, wo im Rahmen einer vormundschaftlichen Genehmigung eines Vertrages nur der Vormund, nicht aber der Vertragspartner eine solche Genehmigung beantragen kann, § 1828 BGB. Wenn das REG somit materiell eine andere Regelung als das BGB vorsieht, muss sich dies auch in der formellen Regelung über das Beschwerderecht niederschlagen.³³

Dieses Argument ist nun sicher nicht zwingend. Es ist festzuhalten, dass das REHG auf Grund einer Zweckmäßigkeitserwägung geltende verfahrensrechtliche Vorschriften abänderte und damit weit über das hinausging, was unter einer sinngemäßen Anwendung gemeinhin verstanden wurde.

Ebenso erklärte der III. Senat die Regelung des § 176 ZPO für entsprechend anwendbar, wonach an den Bevollmächtigten und nicht an den Verfahrensbeteiligten zugestellt werden muss.³⁴ Begründet wurde die analoge Anwendung mit der Prozessähnlichkeit des anerbengerichtlichen Verfahrens, bei dem bei Versorgungsstreitigkeiten (§ 32 REG) und bei der Verteilung von Verbindlichkeiten (§§ 22, 36 REG) ein Streitiges Verfahren zwischen zwei Parteien geführt wird.³⁵

Andererseits wurde etwa eine analoge Anwendung von § 239 ZPO, der bei Tod einer Partei die Unterbrechung des Verfahrens vorsieht, abgelehnt. Der III. Senat begründete zunächst formal, dass eine Anwendung der ZPO im REG und den Durchführungsvorschriften nicht vorgesehen sei, um anschließend ein werzendes Argument zu entwickeln. Da der Prozess in der Hand des Gerichts liege,

³² REHGE 1, 17, 19.

³³ REHGE 1, 17, 19f.

³⁴ REHGE 1, 308.

³⁵ REHGE 1, 308, 312.

sei die prozessuale Lage nicht mit einem Prozess der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu vergleichen, wo die Dispositionsmaxime gelte.³⁶

Auf Grund dieser Verfahrensherrschaft des Gerichts kam es, dem REHG nach, nicht in Betracht, die Regelungen der materiellen und formellen Rechtskraft der ZPO auf das Verfahren nach dem REG zu übertragen, jedenfalls dann nicht, wenn das öffentliche Interesse an einer Entscheidung, wie etwa bei der Feststellung der Erbhöfeigenschaft, gegenüber dem bloß persönlichen Interesse der Beteiligten überwiegt.³⁷

Einen weiteren Aspekt der Modifizierung von verfahrensrechtlichen Regelungen zeigt eine andere Entscheidung des II. Senats.³⁸ Gegen die Aufnahme in das Verzeichnis der für die Aufnahme in die Erbhöferolle vorgesehenen Höfe legte der Eigentümer Einspruch ein, da eine Ackernahrung nicht gegeben sei. Das AeG gab dem Einspruch statt. Dagegen legte der LBF und nicht, wie eigentlich erforderlich, der KBF sofortige Beschwerde ein. Das EHG Oldenburg verwarf die sofortige Beschwerde als unzulässig, wobei es sich auf den Standpunkt stellte, dass der KBF im erbhöferechtlichen Sinne allein für die Einlegung der sofortigen Beschwerde zuständig sei und im Gesetz kein Anhaltspunkt gegeben sei, dass der LBF diese Zuständigkeit an sich ziehen könne. Aus der Stellung des LBF als Vorgesetzter des KBF folge nur, dass dieser die Pflicht habe, seinen Untergebenen zu überwachen und ihm gegebenenfalls verbindliche Handlungsanweisungen zu erteilen.³⁹ Diese formale Argumentation auf dem Boden der Verwaltungswissenschaft ließ der REHG in Hinblick auf das nunmehr geltende Führerprinzip nicht bestehen:

„Führer und gesetzlicher Vertreter des Reichsnährstandes, einer Körperschaft des öffentlichen Rechts, ist allein der Reichsbauernführer. Dieser kann die Vertretungsbefugnis mit dem Recht zur Weiterübertragung auf die ihm nachgeordneten Stellen übertragen. Darauf beruht die Vertretungsbefugnis, soweit sie den Landesbauernführer und den Kreisbauernführer für den Bereich der von ihnen geleiteten Verwaltungsstellen des Reichsnährstandes, also der Landesbauernschaften und der Kreisbauernschaften, zusteht. Die Vertretungsbefugnis der Landesbauernführer und der Kreisbauernführer ist also keine selbständige, sondern eine abgeleitete und betrifft nur die Mitwirkung bei den Aufgaben des Reichsnährstandes für ihren örtlichen Geschäftsbereich. Daraus folgt, daß der Reichsbauernführer und die Landesbauernführer trotz der Weiterübertragung der Befugnisse auf die Landesbauernführer bzw. die Kreisbauernführer nach wie vor zur Wahrnehmung der Aufgaben, bei denen die Landesbauernführer und die Kreisbauernführer der Übertragung auch vertretungsberechtigt sind, befugt bleiben, so

³⁶ REHGE 2, 144, 149.

³⁷ REHGE 3, 184, 186f.; REHGE 3, 190, 197.

³⁸ REHGE 4, 186.

³⁹ REHGE 4, 186, 187.

*daß es nicht mal der Erwähnung bedarf, daß sie die von ihnen übertragenen Befugnisse jederzeit wieder an sich ziehen können. Das gilt grundsätzlich für alle Aufgaben des Reichsnährstandes (...). Daran haben auch die erbhofrechtlichen Bestimmungen nichts geändert.*⁴⁰

Dies entsprach der Linie des REHG, die Beteiligungsrechte des RN und seiner Organe weitgehend auszudehnen. Begründet wird dies durch den I. Senat mit dem überwiegenden öffentlichen Interesse unter der Geltung des REG:

*„Die Grundsätze und Vorschriften des Erbhofrechts und des ganzen neuen Agrarrechts sind in erster Linie durch das öffentliche Interesse bestimmt. An Stelle der bisher maßgebenden Sonderinteressen sind die Belange der Allgemeinheit oder doch eines größeren Personenkreis, der Sippe, für Gesetzgebung und Rechtsprechung richtungsgebend. Zur Wahrung des öffentlichen Interesses sind auch besondere Organe, Kreisbauernführer und Landesbauernführer, bestellt, denen ein noch weitergehendes Beschwerderecht als dem Bauern gegeben wurde.“*⁴¹

In einer ähnlichen Argumentation hatte das Reichsgericht das – gesetzlich nicht vorgesehene – Beschwerderecht eines Landrats gegen die Anweisung des Amtsgerichts an den Standesbeamten bejaht, einem Emigranten eine Geburtsurkunde zu erteilen. Vorausgegangen war ein entsprechender Antrag des Emigranten beim Landrat. Dieser hatte die Erteilung abgelehnt. Daraufhin legte der Emigrant eine Aufsichtsbeschwerde beim Amtsgericht ein. Nach der damals vorherrschenden Theorie und Rechtsprechung war eine Beschwerde der Behörde gegen Anweisungen des Amtsgerichts dann ausgeschlossen, wenn ein Vorgang betroffen war, auf den ein Bürger einen gesetzlichen Anspruch hatte.⁴² In dem Beschluss vom 2. November 1936 gab das RG diese Ansicht auf und begründete dies damit, dass die bisherige Auslegung des § 20 FGG liberalistischem Rechtsdenken entsprungen sei, nunmehr aber berücksichtigt werden müsse, dass es die Pflicht der Aufsichtsbehörden sei, über öffentliche Belange zu wachen. Es sei mit dem gesunden Volksempfinden nicht zu vereinbaren, dass den öffentlichen Belangen weniger Rechtsschutz zuteil werde als den Sonderinteressen der Beteiligten.⁴³ Rüthers stellt diese Entscheidung, die in der Argumentation wesentlichen Gedanken folgt, die schon früh durch das REHG entwickelt wurden, als Beispiel für die extensive Nutzung des Lückenbegriffs dar. Gleiches hat hier für die Rechtsprechung des REHG zu gelten. Die Normen der ZPO und des FGG behielten auch nach der Ansicht des REHG durchaus ihre Gültigkeit, wenn auch die Vorschriften extensiv den Bedürfnissen des Gerichts angepasst wurden. Das

⁴⁰ REHGE 4, 186, 188.

⁴¹ REHGE 1, 17, 19.

⁴² Vgl. die Nachweise bei Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S.196f.

⁴³ RGZ 150, 301, 305f.

Wertungsmaterial, mit dem das Vorhandensein einer Lücke begründet wird, bezogen die Gerichte aus den ideologischen Vorgaben der NSDAP.

bb) Zivilrecht

Wie schon das vernationalsozialistische Verfahrensrecht erkannte das REHG auch das BGB als bestehende Rechtsquelle für Fragen des Zivilrechts und damit der bestehenden Rechtsordnung an. Allerdings wurden weitgehende Modifikationen vorgenommen. Das REHG ging augenscheinlich davon aus, dass das Anerbenrecht auf dem Erbrecht des BGB aufbaue, also nicht gänzlich als Sonderordnung daneben bestehe. Grundsätzlich sah das REHG auch die Anerbenbehörden als befugt an, alle für die Entscheidung eines Falles relevanten Rechtsfragen des Zivilrechts zu klären,⁴⁴ es ging also von einer umfassenden Vorfragenkompetenz aus.

Die weitgehende Adaption des BGB, um dem REG in der Anwendung eine dogmatische Struktur zu geben, ist nicht zuletzt an der Terminologie zu erkennen. Eine Übergabe des Hofes an den Anerben war für das REHG dogmatisch ein Fall der verfrühten Erbfolge.⁴⁵ Ebenso bewertete es die Stellung des Anerben als die eines Anwartschaftsberechtigten.⁴⁶ In zahlreichen Entscheidungen, die die Übergabe eines Erbhofs betreffen und in denen der Wortlaut des REG, der Durchführungsverordnungen bzw. der EHRV nicht klar ist, wurden Bestimmungen des BGB direkt oder analog herangezogen, ohne dass eine wertende Ergebniskontrolle unter Rückgriff auf § 56 REG vorgenommen wurde. Nach dem klaren Wortlaut des § 56 REG lag damit eigentlich eine Gesetzeslücke vor, die unter Rückgriff auf die Präambel zu füllen wäre.

Als weiteres Beispiel mag eine Entscheidung des III. Senats dienen. Dort führte er aus,⁴⁷ ein vor In-Kraft-Treten des REG abgeschlossener Erbverzichtsvertrag schließe auch den – grundsätzlich zulässigen – Verzicht auf die Anerbenstellung ein. Der Sohn des Bauern verzichtete wirksam auf sein gesetzliches Erbrecht gegen eine Geldabfindung. Dies schließt nach der Lage des Einzelfalles auch das Anerbenrecht ein, da diesem Sinn und Inhalt des Erbverzichtsvertrags entsprechen. Durch das In-Kraft-Treten des REG sei dieser Verzicht nicht gegenstands-

⁴⁴ REHGE 4, 206, 211.

⁴⁵ REHGE 2, 158, 165.

⁴⁶ REHGE 2, 213, 217.

⁴⁷ REHGE 5, 1.

los, weil ein solches Ergebnis zu einer mit den Anforderungen des Rechtslebens nicht verträglichen Rechtsunsicherheit führen würde.⁴⁸

In einer Entscheidung des II. Senats⁴⁹ wurden bei Auslegungsfragen zum Recht der Heimatzuflucht argumentative Parallelen zum Unterhaltsrecht des BGB gezogen, um das gewünschte Ergebnis zu begründen. Die Eigentümer eines Erbhofs hatten mit dem Anerben einen Übergabevertrag geschlossen, in dem die übrigen Kinder der Eigentümer auf ihr Heimatzufluchtrecht verzichteten. Da der in Frage stehende Erbhof nicht sehr groß war, genehmigte die Anerbenbehörde den Übergabevertrag nur mit der Maßgabe, dass die Geschwister des Anerben auf sämtliche Leistungen, die über die im Übergabevertrag ausbedungenen hinausgingen, verzichteten. Dies sollte ausdrücklich auch das Heimatzufluchtrecht mit einschließen. Nachdem der KBF gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt hatte, stellte sich das LEHG Celle auf den Rechtsstandpunkt, dass die Geschwister auf ihr Heimatzufluchtrecht nicht vertraglich verzichten könnten. Dabei führte es aus, dass § 1614 BGB sinngemäß Anwendung finde, wonach Unterhaltsansprüche nicht abdingbar sind.

Dem schloss sich das REHG im Ergebnis an. Allerdings begründete der Senat das Ergebnis aus der grundsätzlichen Erwägung heraus, dass durch das REG für die Anerbenbehörden die Möglichkeit geschaffen worden sei, trotz grundsätzlicher Vertragsfreiheit in ein Vertragsverhältnis, hier die Einzelheiten der Hofübergabe, einzugreifen, wenn gegen wesentliche Grundgedanken des REG verstoßen werde. Ein solcher Verstoß liege vor, wenn bei der Hofübergabe nur auf die Belange des Hofes, nicht aber auf die der Geschwister des Anerben abgestellt werde.⁵⁰ Nachdem das Gericht diese Frage aus solchen allgemeinen Erwägungen entschieden hatte, stimmte es der Vorinstanz in der Sache zu, dass es sich bei dem Heimatzufluchtrecht um ein Versorgungsrecht handele und es daher ebenso wie Unterhaltsansprüche nach den §§ 1614ff. BGB analog nicht abdingbar sei. Dabei verwies es nicht zuletzt auf die Strukturähnlichkeit dieser Rechte und darauf, dass gesetzliche Einschränkungen, wie etwa die Pflicht, angemessene Arbeitsleistungen zu erbringen, im Wesentlichen gesetzlich gleich normiert seien.⁵¹

⁴⁸ REHGE 5, 1, 9.

⁴⁹ REHGE 2, 110.

⁵⁰ REHGE 2, 110, 114.

⁵¹ REHGE 2, 110, 115f.

In einem Beschluss vom 29. Oktober 1942⁵² hatte der II. Senat die Frage zu entscheiden, ob Ausstattungsansprüche nach § 30 REG abtretbar sind. Dies hatte das LEHG Celle als Vorinstanz bejaht.⁵³ Danach seien Geldansprüche grundsätzlich übertragbar. Zudem hatte sich das LEHG Celle in analoger Anwendung der Auffassung des RG angeschlossen, das in einer Entscheidung vom 25. Februar 1933 zu dem Ergebnis kam, dass in Geld bestehende Altenteilansprüche ebenfalls abtretbar seien, da sich dadurch an dem Inhalt der Leistung im Sinne des § 399 BGB nichts ändere.⁵⁴ Der II. Senat beschäftigte sich – untypisch für die Argumentationstechnik des Gerichts – ausführlich mit der Literaturmeinung zu diesem Thema. Diese kam einhellig – wenn auch mittels unterschiedlichen Begründungen – zu dem Schluss, dass eine Abtretung nicht möglich sei.⁵⁵ Der Senat stützte seine Ablehnung der Abtretbarkeit zunächst auf Erwägungen aus den Zielen des REG heraus. Er führte aus, die Versorgungsansprüche der weichen Erben seien sippen- und bodengebundene Ansprüche eigener Art, die aus der engen Verbundenheit der Sippe mit dem Hof, die der Senat als Schicksalsgemeinschaft bezeichnet, entstünden. Diese Schicksalsgemeinschaft charakterisiere die Ansprüche auch ihrem Umfang nach. Die Verhältnisse des Hofes können die Ansprüche sinken oder auch erlöschen lassen, § 32 REG, § 36 EHRV. Daher sei die Billigkeit bei der Bestimmung und Durchsetzung dieser Ansprüche von entscheidender Bedeutung. Diese könne nur von Sippenangehörigen, nicht aber von fremden Dritten erwartet werden. Daher sei ein Dritter als Gläubiger mit den Zielen des Gesetzes nicht vereinbar.⁵⁶ Dieses Ergebnis stützt das Gericht dann noch mit einer Gesamtanalogie zu §§ 613, 717 BGB. Diese Normen würden zeigen, dass die Rechtsordnung eine Abtretung von Forderungen, bei denen die persönliche Beziehung zwischen den Parteien wesentlich ist, nicht zulassen würde. Zudem würde dieser auch § 399 BGB entgegenstehen. Der Versorgungsanspruch sei zwar auf Geld gerichtet, der Umfang der Leistungsverpflichtung sei aber derart mit der Sippe und dem Hof verwoben, dass nur unter Sippenangehörigen die Leistung bewirkt werden könne.⁵⁷ Bemerkenswert ist die erhebliche Unschärfe des Gerichts bei der Frage, ob § 399 BGB hier Anwendung findet. Gleichzeitig wird das Ergebnis, das sich ja durchaus auf -

⁵² REHGE 9, 338ff.

⁵³ REHGE 9, 338, 345.

⁵⁴ RGZE 140, 64ff.

⁵⁵ Vgl. dazu REHGE 9, 338, 346f.

⁵⁶ REHGE 9, 338, 349f.

⁵⁷ REHGE 9, 338, 350.

Analogien aus dem bürgerlichen Recht stützt, durch eine Betrachtung des Zwecks des Gesetzes vorweggenommen.

Diese dem REHG eigene Argumentationstechnik der Verknüpfung formaler Argumente mit ideologischen oder im Wege einer subjektiven oder ideologischen Auslegung gewonnenen Argumenten, soll später noch vertiefend analysiert werden.⁵⁸

Eine ähnliche Struktur weist der Beschluss vom 16. Oktober 1936 des II. Senates⁵⁹ auf. Dieser Entscheidung lag zu Grunde, dass ein Bauer gegen die Eintragung in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe sofortige Beschwerde erhoben hatte. Er begründete dies damit, dass sein Hof mit dem Besitzstand an Land eingetragen werden solle, der dem Hof auf Grund eines Flurbereinigungsverfahrens in den Jahren zwischen 1901 und 1910 zugeteilt worden war. Der Bauer hatte sich schon immer dagegen gesträubt, diese Flurbereinigung anzuerkennen und wollte erreichen, dass der Hof mit dem Grundbesitz vor dieser Maßnahme eingetragen wird. Das LEHG Celle wies diese Beschwerde zurück, da der Hof mit den Grundstücken eingetragen worden war, die laut Grundbuch zu ihm gehörten. Wenn der Beschwerdeführer der Ansicht sei, dass dies nicht den Besitzstand des Hofes wiedergebe, so habe er sich um eine Grundbuchberichtigung zu bemühen. Gegen diesen Beschluss erhob der Bauer sofortige weitere Beschwerde. Dabei trug er im Wesentlichen vor, dass das LEHG nicht die wahren Besitzverhältnisse erforscht hätte, etwa durch eine Ortsbesichtigung, bei der klar würde, dass die damalige Flurbereinigung zuungunsten seines Hofes durchgeführt worden sei. Im Übrigen habe das Gericht keine Grundbuchauszüge hinzugezogen. Dabei hätte sich nämlich ergeben, dass im Grundbuch keine Veränderungen im Vergleich zum Besitzstand von vor 1901 vorgenommen worden seien.

Der II. Senat hielt diese Beschwerde für zulässig, aber unbegründet. In dem Beschluss des LEHG liege ein neuer, selbstständiger Beschwerdegrund. Im Gegensatz zum AeG der Vorinstanz habe das LEHG nicht die formelle Eigentümerstellung geprüft, sondern hat die Einwendungen des Beschwerdeführers allein mit dem Hinweis abgetan, die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs sei zu vermuten. Dies wertete das REHG als Verfahrensverstoß, weil nach § 12 DVO I ein Amtsverfahren vor den Erbhofgerichten durchzuführen sei. Daher könne auch nicht auf die Vermutung des § 891 BGB zurückgegriffen werden.⁶⁰ Ebenso sah der II. Senat später die Vermutungswirkung des Erbscheins nach

⁵⁸ Vgl. dazu Seite 274ff.

⁵⁹ REHGE 3, 309.

⁶⁰ REHGE 3, 309, 312.

§ 2365 BGB als nicht bindend für das anerbengerichtliche Verfahren an⁶¹ und legte sogar einen nach dem Recht des Code Civil abgeschlossenen Erbvertrag aus dem Jahre 1886 hinsichtlich der Frage aus, inwieweit durch den Erbgang das für die Erbhofstellung notwendige Alleineigentum des Erben entstanden sei.

Hier zeigt sich, dass die Rechtsordnung des BGB im Bereich des REG nur akzeptiert wurde, wenn keine gegenläufigen Interessen bestanden. Die Betonung des Amtsermittlungsgrundsatzes zeigt auch, dass eine weitere Emanzipation des Erbhofrechts von den Grundsätzen der bürgerlichen Rechtsordnung angestrebt wurde. Auch wenn sich daraus noch nicht schließen lässt, dass das REHG aus prinzipiellen oder ideologischen Erwägungen eine solche Lockerung hergebrachter BGB-Grundsätze anstrebte, zeigt sich hieran doch eine zumindest strategische Linie mit dem Ziel, in der eigenen Entscheidungsfindung möglichst frei agieren zu können.

Der Beschluss des I. Senats vom 16. Dezember 1936⁶² weist in eine ähnliche Richtung. Hier wollte der Bauer seinen Hof nicht an einen seiner vier Söhne, sondern an einen seiner Enkel übertragen. Drei seiner Söhne hatten bereits einen Erbhof, der andere war nach Aussage des Bauern kein guter Landwirt, sondern betätigte sich kaufmännisch. Im Übrigen sei er schon abgefunden worden und habe seine Eltern mehrfach bedroht, was allein schon eine Übergabe des Hofes an ihn ausschließen würde. Die drei schon mit einem Erbhof ausgestatteten Söhne des Bauern stimmten dem Übergabevertrag zu, der übergangene Sohn hingegen nicht. Das AeG Schivelhain war der Auffassung, dass der Enkel nicht anerbenberechtigt sei, da ein Nachkomme der ersten Ordnung vorhanden sei. Auf die sofortige Beschwerde des Bauern hob das LEHG Celle den Beschluss des AeG auf. Es führte aus, dass es an seiner ständigen Rechtsprechung festhalte, wonach ein Nachkomme eines Anerben erster Ordnung nicht durch seinen vor ihm zum Anerben berufenen Verwandten von der Anerbenstellung ausgeschlossen werde, soweit dieser auf seine Anerbenstellung verzichte. Da in dem zu entscheidenden Fall das Anerbenrecht unter freier Bestimmung des Anerben Brauch sei, stehe es dem Bauern frei, seinen Enkel zum Anerben zu bestimmen. Der Übergabevertrag sei daher nach § 37 Abs. 3 REG zu genehmigen. Gegen diesen Beschluss legte der benachteiligte Sohn des Bauern sofortige weitere Beschwerde ein. Der LBF trat dem bei und führte aus, dass ein Übergehen eines Sohnes nur zulässig sei, wenn dafür ein wichtiger Grund vorliege, was aber hier nicht gegeben sei.

⁶¹ REHGE 7, 211, 216.

⁶² REHGE 3, 365ff.

Das REHG wies die sofortige weitere Beschwerde als unbegründet ab. In der Begründung nahm es zunächst zu der Frage Stellung, ob es innerhalb des REG zulässig sei, innerhalb der Anerbenfolge gemäß § 20 REG eine Ordnung zu überspringen. Dabei setzte sich das REHG ausführlich mit den verschiedenen Literaturmeinungen auseinander. Insbesondere lehnte es die Argumentation Herschels ab,⁶³ wonach aus dem Schweigen des Gesetzes zu dieser Frage geschlossen werden müsse, dass ein Überspringen einer Generation nicht zulässig sei, da ansonsten die natürliche Ordnung der Familie zerstört und die Stellung der Eltern gegenüber ihren Kindern untergraben werde. Dagegen wendete das REHG ein, dass die Ausgestaltung der konkreten Familienverhältnisse viel zu unterschiedlich sei, als dass eine solche generalisierende Betrachtung zu einem angemessenen Ergebnis führen könne.⁶⁴ Eine solche konkrete Sichtweise stellt allerdings den Sinn des Familienrechts insgesamt in Frage, da dort notwendigerweise komplexe persönliche Rechts- und Lebensverhältnisse generalisiert werden müssen. Es handelt sich hier also nicht um ein Argument, sondern um eine bloße Worthülse.

Als weiteres, dem REG immanentes Argument führte der I. Senat an, dass bei allen Entscheidungen, die einen Erbhof betreffen, dessen Wohl an erster Stelle zu stehen habe. § 25 REG lasse daher weitgehende Abweichungen von der gesetzlichen Anerbenordnung zu, etwa das Übergehen eines Sohnes zugunsten einer Tochter oder ihres Sohnes, soweit ein wichtiger Grund vorliege. Wenn solche Abweichungen zugunsten weiblicher Nachkommen möglich seien, so sei das Überspringen einer Generation zugunsten eines Sohnessohnes erst recht möglich. Die Zulässigkeit einer solch weiten Auslegung ergebe sich im Übrigen aus § 56 REG. Da es nach der Präambel einer der Hauptzwecke des Gesetzes sei, den Hof dauerhaft als Erbe der Sippe zu erhalten, müssten auch die Gerichte dafür sorgen, dass der Abkömmling den Erbhof erhalte, der für die Unterhaltung am besten geeignet sei. Allerdings ging das REHG nicht so weit wie das LEHG Celle, das davon ausging, dass die Sohnessöhne bei Verzicht ihrer Väter ohne weiteres der ersten Ordnung gemäß § 20 REG angehören. In diesem Zusammenhang ließ der Senat nicht das Argument des LEHG durchschlagen, dass nach dem BGB, auf dessen erbrechtlichen Begriffen das REG zumindest in der Terminologie aufbaute, die Abkömmlinge des Erblassers zur ersten Ordnung zählen. Dies ergebe sich dem I. Senat zufolge aus dem Wortlaut der §§ 25 Abs. 1 REG, 20 Ziff. 1 REG, wonach Sohnessöhne nur im Falle des Vorversterbens

⁶³ In: Vogels/Hopp, Rechtsprechung in Erbhofsachen, Berlin 1934, S. 12 zu § 25 Abs. 4.

⁶⁴ REHGE 3, 365, 371f.

ihrer Väter in die erste Ordnung träten. In Abwägung der sich aus § 56 REG ergebenden grundsätzlichen Zulässigkeit des Überspringens einer Ordnung und der Bedeutung, die das Überspringen eines Anerben der ersten Ordnung für diesen habe, müsse hier eine Genehmigung dieses Vorgehens durch das AeG vorliegen. Diese sei – entgegen dem Wortlaut – von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig zu machen.⁶⁵ Ein solcher wichtiger Grund ergebe sich aber schon daraus, dass der Vater des zum Anerben bestimmten Enkels auf die Anerbenstellung in der Form des § 2348 BGB zu verzichten bereit wäre, was letztlich hier dieselbe Wirkung wie die Übergehung haben würde, da der als Anerbe ausersehene Sohnessohn bei einem Verzicht seines Vaters in dessen Anerbenstellung einrücken würde.⁶⁶

Hier hat sich das Gericht sehr ausführlich bemüht, auf Grundlage formaler Erwägungen und der klassischen Auslegung zu einem Ergebnis zu kommen, um dann bei der Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes einen äußerst niedrigen Maßstab anzuwenden. Dadurch konnte schließlich das von vornherein favorisierte Ergebnis erreicht werden. Die Entscheidung ist deutlich ausführlicher als die meisten sonstigen Beschlüsse gehalten. Auffällig ist, dass zwar § 56 REG zur Stützung des Ergebnisses an einer zentralen Stelle angeführt wird, gleichzeitig aber ein Begründungsaufwand betrieben wird, der weit über das für eine am Zweck des Gesetzes orientierte Auslegung Übliche hinausgeht. Dies lässt sich damit erklären, dass sich das Gericht von den überkommenen BGB-Begriffen zu lösen versuchte.

Allerdings emanzipierte sich das REHG nicht in jeder Frage von den Vorschriften des BGB. Diese Beobachtung gilt sogar für Fälle, die im Wesentlichen als strukturgleich zu den oben zitierten Entscheidungen gelten können. Dieser Befund weist darauf hin, dass das REHG weniger einer spezifischen, methodischen Richtung anhing, sondern eine strategische Begründung des gewünschten Ergebnisses suchte, um zu der Entscheidung zu gelangen, die im Einzelfall als passend angesehen wurde.

⁶⁵ Aus § 25 REG ergibt sich eine Abstufung hinsichtlich der Zulässigkeit der freien Bestimmung des Anerben durch den Erblasser. In den Fällen des § 25 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 REG kann der Erblasser frei bestimmen. In anderen explizit geregelten Fällen ist die Zustimmung des AeG erforderlich, die erteilt werden soll, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, § 25 Abs. 3 Satz 2 REG. Nach § 25 Abs. 1 Ziff. 3 REG schließlich kann der Erblasser den Anerben mit Zustimmung des AeG bestimmen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. In diesem letzten Fall ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes schon Tatbestandsmerkmal der Vorschrift und nicht eine bloße Ermessensregel für das AeG.

⁶⁶ REHGE 3, 365, 376f.

Wiederholt nahm das REHG zu der Frage Stellung, ob ein Anerbe in der Form der §§ 2346ff. BGB auf sein Anerbenrecht verzichten könne.⁶⁷ Die Möglichkeit des Verzichts wurde vor allem damit begründet, dass sich aus § 29 REG ergebe, dass die Übernahme des Erbhofs durch den Anerben in dessen Belieben stehe, da er nach dieser Vorschrift jedenfalls nach Eintritt des Erbfalls auf den angefallenen Erbhof verzichten könne. Im Übrigen werde der Verzicht in der – erst am 21. Dezember 1936 – erlassenen EHRV erwähnt. Schließlich sei es auch im Interesse des Hofes und damit den Grundsätzen der Präambel gemäß, wenn nur der Anerbe den Hof übernehme, der dies auch selbst wünsche.⁶⁸ Dies zeigt, dass jedenfalls grundlegende Institute des BGB nicht völlig abgelehnt wurden, soweit sie nach Ansicht des Gerichts in die Systematik des REG passten.

Interessant ist der Beschluss des III. Senats vom 26. Januar 1939.⁶⁹ Hier beantragte ein Bauer, der zwei Söhne hatte, seinen jüngeren Sohn testamentarisch zum Anerben einzusetzen. Dies begründete er vor dem AeG Wesermünde-Geestemünde damit, dass der erste Sohn nicht von ihm erzeugt worden sei. Das AeG wies diesen Antrag zurück. Es führte aus, dass es zwar nach den angestellten Ermittlungen erwiesen sei, dass sein ältester Sohn nicht von ihm abstamme. Nach der Auslegung des AeG könne auch nur der blutsmäßig mit dem Erblasser Verwandte Anerbe werden. Auf die zivilrechtliche Ehelichkeit hingegen komme es nicht an. Somit sei der älteste Sohn des Bauern gar nicht Anerbe der ersten Ordnung, so dass der Antrag des Bauern in die Leere gerichtet sei, da allein der jüngere Sohn als Anerbe in Betracht komme.

Der KBF legte dagegen Beschwerde ein und führte aus, dass in der Gegend Ältestenrecht gilt und der älteste Sohn des Bauern auch im rechtlichen Sinne dessen ehelicher Sohn sei, so dass an der Anerbenstellung dieses Sohnes nicht zu zweifeln sei. Das LEHG Celle hob daraufhin den Beschluss des AeG auf und verwies diesen zur erneuten Entscheidung zurück. Es machte in dem Beschluss geltend, dass in den §§ 21 Abs. 5 und 25 Abs. 2 REG ausdrücklich auf den Begriff der Ehelichkeit Bezug genommen werde. Dieser stelle eine Rechtstatsache dar, die nicht allein für die vermögensrechtliche Stellung bedeutsam sei, sondern auch den Staat als Träger der Hoheitsgewalt binde. Da also dieser Begriff eindeutig im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Ehelichkeit definiert sei, könne im REG nichts anderes gelten. Rechtsbegriffen, die im REG ausdrücklich verwen-

⁶⁷ REHGE 2, 232, 236; REHGE 4, 206, 213; 5, 1, 7.

⁶⁸ Vgl. dazu REHGE 4, 206, 213.

⁶⁹ REHGE 6, 218.

det und sprachlich im Gesetz nicht eingeschränkt würden, dürften daher im REG keine andere Bedeutung zugemessen werden.⁷⁰

Dagegen wendete sich der LBF mit der sofortigen weiteren Beschwerde und begehrte die Wiederherstellung des Beschlusses des AeG. Insbesondere sei die Rechtsauffassung nicht zu billigen, dass es im REG allein auf den bürgerlichen Begriff der Ehelichkeit und nicht auf die blutsmäßige Abstammung ankomme. Dies widerspräche im Übrigen auch der Familienrechtsnovelle vom 12. April 1938.⁷¹ Das Verfahren zeige hinreichend, dass der älteste Sohn des Bauern nicht blutsmäßig von diesem abstamme.

Dem Antrag schloss sich der Bauer an und führte aus, dass er zwar nach der erwähnten Familienrechtsnovelle mittlerweile die Möglichkeit habe, die Ehelichkeit vor der ordentlichen Gerichtsbarkeit anzufechten, er dies aber nicht für nötig erachte, da es für das anerbengerichtliche Verfahren hinreichend sei, wenn der richtige Anerbe festgestellt werde. Hilfsweise regte er an, dass das REHG prüfen könne, ob in der zweifelhaften Ehelichkeit des ältesten Sohns ein wichtiger Grund im Sinne des § 25 Abs. 1 Ziff. 3 liege.

Das REHG wies das Rechtsmittel des LBF zurück. Es ging mit dem LEHG davon aus, dass die Ehelichkeit nach den §§ 21 Abs. 5 und 25 Abs. 2 REG nicht anders zu bestimmen sei als im BGB, also gemäß § 1593 BGB. Solange die Nichtehelichkeit des Sohns nicht durch eine Anfechtung festgestellt sei, könne der Bauer nicht von der gesetzlichen Anerbenfolge abweichen. Durch die genannte Familienrechtsnovelle zeige sich, dass der Gesetzgeber nicht vom Grundsatz der Ehelichkeitsfeststellung, wie sie im BGB niedergelegt ist, abweichen wolle, sondern er wolle vielmehr mögliche Härten durch die in der Novelle erfolgte Anpassung der Anfechtungsfristen ausgleichen.⁷²

Daher sprächen sowohl der Wortlaut als auch der Sinn der §§ 21 Abs. 5 und 25 Abs. 2 REG dafür, sie entsprechend § 1593 BGB auszulegen. Dabei berücksichtigte das REHG auf der Wertungsebene, dass es der Bauer nach den durch die Novelle geänderten Vorschriften in der Hand habe, die Nichtehelichkeit des ältesten Sohnes feststellen zu lassen. Soweit das AeG im Laufe der weiteren Ermittlungen zu dem Schluss gekommen war, dass in der Gegend Ältestenrecht gültig ist, stellte sich für das REHG die Frage, ob die Unsicherheit hinsichtlich der blutsmäßigen Abstammung einen wichtigen Grund im Sinne des § 25 REG darstellt, der es dem Bauern ermöglicht, von der vorgesehenen Anerbenfolge

⁷⁰ REHGE 6, 218, 221f.

⁷¹ RGBL. I, 380.

⁷² REHGE 6, 218, 225.

abzuweichen. Es stellte dabei die Formel auf, dass ein wichtiger Grund immer dann gegeben ist, wenn der Erblasser

„die Änderung der gesetzlichen Anerbenfolge aus Erwägungen vornimmt, die unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Ziele der Erbhofgesetzgebung, vernünftig und zweckmäßig erscheinen“⁷³.

Hier sah das REHG einen solchen Fall als gegeben an. Es begründete dies ausdrücklich mit Billigkeitserwägungen. Der Erblasser habe sich, trotz der bestehenden Möglichkeit der Anfechtung der Ehelichkeit, damit abgefunden, dass sein ältester Sohn weiterhin zu der Familie gehört und seinen Namen trage. Bliebe ihm, um die Anerbenfolge ändern zu lassen, allein die Möglichkeit der Anfechtung, so würde ein Ergebnis erzielt, das weit über die eigentlichen Absichten des Erblassers hinausreichen würde.⁷⁴ Daher könnten bloße Zweifel an der Ehelichkeit ausreichen, um einen wichtigen Grund im Sinne des § 25 REG darzustellen. Allerdings seien weitere Ermittlungen anzustellen, die den Stand der Wissenschaft berücksichtigen müssten. Die Ermittlungen hätten dem REHG zufolge darüber hinauszugehen, die Frau des Erblassers zu befragen, wie es das AeG getan habe.

In diesem Beschluss, dessen Argumentationsstruktur verschachtelt ist, zeigt sich wieder das Bestreben des REHG, sich durch die anzuwendenden Gesetze nicht in seiner Entscheidungsfreiheit eingrenzen zu lassen. Grundsätzlich werden die Institute des BGB, schon im Interesse der Rechtssicherheit, für weiterhin gültig erklärt, um dann über die offenen Formulierungen des REG eine Billigkeitslösung zu wählen, die zum einen die Interessen des Erblassers berücksichtigt, zum anderen aber auch in einer gewissen Weise auf dem ideologischen Boden der Partei steht. Herausstreichen lässt sich, dass der III. Senat sich ausdrücklich auf die Billigkeit bei der Begründung des Beschlusses beruft. Aber auch die Erwägung, dass im Interesse der Rechtssicherheit an den Bestimmungen des BGB zur Ehelichkeit von Kindern festgehalten werden muss, steht nicht unbedingt im Einklang mit den oben schon angeführten Beschlüssen,⁷⁵ wonach die gesetzlichen Vermutungen des Grundbuchs sowie des Erbscheins nicht für das Verfahren vor den Anerbenbehörden Anwendung finden. Während dort den Instituten des BGB grundsätzlich die Anwendbarkeit im Erbhofverfahren versagt wird, stellt sich das REHG einer Anwendbarkeit nicht entgegen, wobei es aber eine Lücke konstruiert, um zum gewünschten Ergebnis zu kommen. Eines Rückgriffs auf wie auch immer geartete methodische Begründungen bedarf es hierzu nicht,

⁷³ REHGE 6, 218, 226.

⁷⁴ REHGE 6, 218, 227.

⁷⁵ REHGE 3, 309; REHGE 7, 211, 216; vgl. dazu Seite 225ff.

da der Vorrang der eigenen Auslegung vor allem auf der Wertungsebene gewonnen wird, die dem Gesetz selbst schon innewohnt.

cc) Öffentliches Recht

Dieselbe strategische Behandlung des vernationalsozialistischen Rechts lässt sich dann nicht beobachten, wenn die entscheidungserhebliche Norm im Bereich des öffentlichen Rechts angesiedelt ist, wie der folgende Beschluss des II. Senats⁷⁶ zeigt. Dabei ging es inhaltlich um die Feststellung, dass ein Hof Erbhof im Sinne des REG ist. Dies stellte sich als streitig dar, da zum einen die Besitzungen verstreut lagen und nach den Angaben des Eigentümers nur wirtschaftlich rentabel durch die Zupacht erheblicher Ländereien von über 26 ha Fläche zu halten wäre. Zum anderen lagen die Besitzungen im unmittelbaren Einzugsgebiet von Groß-Hamburg. Da das Gebiet um die Ackerflächen schon als Wohngebiet erschlossen war, wurde eine Sielrente festgesetzt. Insgesamt hatte der Eigentümer eine zusätzliche jährliche Belastung von zuletzt 954,49 RM zu tragen.

Ursprünglich hatte der Bauer Einspruch gegen die Eintragung seines Hofes in die Erbhöferrolle eingelegt. Das AeG Hamburg verwarf den Einspruch im Übrigen, nachdem der Eigentümer seinen Antrag zurückgenommen hatte. Das EHG Hamburg entsprach in seinem Beschluss dem Einspruch des Sohns des Eigentümers als Mitglied der fortgesetzten Gütergemeinschaft an dem Hof und verwies die Sache zur Entscheidung zurück an das AeG. Dem Antrag schloss sich dann die Hamburgische Finanzverwaltung als Gläubigerin der rückständigen Sielrente in Höhe von 2000 RM an. Dabei wies sie darauf hin, dass der Grund über kurz oder lang Bauland werde. Daher sei der Zweck des REG, den Bauern an die Scholle zu binden, nicht zu erreichen. Soweit der Eigentümer seinen Antrag zurückgenommen habe, wollte er dadurch nur der Vollstreckung wegen der Außenstände entgehen. Der KBF schloss sich der Ansicht an, dass der Hof kein Erbhof ist.

Das AeG stellte sich erneut auf den Standpunkt, dass der Hof Erbhof ist. Zum einen sei eine Besitzung von gut 12 ha als Ackernahrung ausreichend, zum anderen stelle der Eigentümer die Schwierigkeiten infolge der Zersplitterung übertrieben dar. Inwieweit der Bestand des Hofes in der Zukunft gesichert erscheine, müsse gänzlich unberücksichtigt bleiben, da es allein auf die jetzige Situation ankomme.

⁷⁶ REHGE 3, 412.

Dagegen legten die Hamburgische Finanzverwaltung und die Erben des mittlerweile verstorbenen Eigentümers Beschwerde ein. Der KBF dagegen bejahte jetzt die Erbhofeigenschaft und begründete dies damit, dass sich der Hof schon seit Generationen im Besitz der Familie befinde und deshalb unbedingt zu erhalten sei. Das EHG Hamburg verneinte schließlich die Erbhofeigenschaft, da der Besitz keine ausreichende Ackernahrung mehr böte. Dabei führte es aus, dass die Sielrente bei der Frage der Ackernahrung nicht zu berücksichtigen sei, da nach dem Zweck des REG keine Abgaben auf Erbhöfe erhoben werden dürften, die für diese keinen Nutzen brächten. Andernfalls werde jeder Erbhof im Gebiet einer Stadt durch solche Abgaben in seinem Bestand akut gefährdet. Dies laufe dem Zweck des REG zuwider.⁷⁷ Allerdings sei zu beachten, dass der Großraum Hamburg das Land zur weiteren Entwicklung benötige. Infolge dieses Bedarfs sei aller Voraussicht nach nicht einmal bis zum Lebensende des jetzigen Anerben gewährleistet, dass der Hof noch eine Ackernahrung darstelle. Es könne - aber nicht Sinn des REG sein, dem Anerben in einem solchen Fall nicht einen Erbhof, sondern vielmehr das in dem Hof steckende Kapital auf Kosten seiner Geschwister zu verschaffen.⁷⁸

Gegen diesen Beschluss erhoben der Anerbe und der LBF sofortige weitere Beschwerde. Während der Anerbe im Wesentlichen seinen Standpunkt wiederholte, führte der LBF aus, dass die öffentlichen Lasten bei der Bewertung der Ackernahrung nicht mit berücksichtigt werden dürften und die städtebauliche Entwicklung ebenfalls unberücksichtigt bleiben müsse.

Der II. Senat des REHG beschloss, dass die sofortigen weiteren Beschwerden unbegründet sind. In Anbetracht der Bodenqualität seien die etwa 12 ha als Ackernahrung nicht ausreichend; dies insbesondere wegen der unüblich hohen öffentlichen Lasten durch die Sielrente. Öffentliche Lasten seien bei der Ackernahrung dem REHG zufolge dann zu berücksichtigen, wenn es sich um Betriebskosten handele. So seien Steuern grundsätzlich zu berücksichtigen. Gleiches gelte auch für solche Lasten, die infolge der besonderen Art oder Lage der Grundstücke entstünden. Dies schließe auch Sielrenten ein.⁷⁹ Im Übrigen gehe die Ansicht des EHG Hamburg fehl, dass Erbhöfe nur dann zu öffentlichen Lasten herangezogen werden dürfen, wenn ihnen dadurch ein Vorteil entstünde. Das REHG ließ es dahingestellt, ob einem Erbhof solche Lasten neu auferlegt werden dürfen. Es vertrat den Standpunkt, dass bestehende Lasten jedenfalls nicht

⁷⁷ REHGE 3, 412, 418.

⁷⁸ REHGE 3, 412, 418.

⁷⁹ REHGE 3, 412, 423.

wegfallen könnten. Zum Zeitpunkt der Verbescheidung seien die Beteiligten - übereinstimmend davon ausgegangen, dass die in Frage stehenden Flächen später Bauland würden und hätten es daher für gerechtfertigt gehalten, den Eigentümer an den Erschließungskosten zu beteiligen. Es fehle eine gesetzliche Grundlage, um solche Lasten nach der Umwandlung in einen Erbhof wegfallen lassen zu können, auch wenn dies unter dem Gesichtspunkt des Schutzes von Erbhöfen wünschenswert sei. Ein solcher Eingriff in das Abgabenrecht müsse dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.⁸⁰

Diese Entscheidung zeigt, dass das REHG durchaus Grenzen bei der freien Anwendung von vernationalsozialistischem Recht zu setzen wusste. Allerdings lässt sich in der Begründung nicht erkennen, ob diese Grenze auf der Grundlage der überkommenen Rechtsdogmatik gezogen oder auf Grundlage des ideologischen Vorrangs der Gemeinschaftsinteressen vor den Individualinteressen gefunden wurde. Der vorliegende Fall ist ein Beispiel dafür, dass in einem einheitlichen Lebenssachverhalt, in dem verschiedene Ordnungen aufeinander stießen, diese von der entscheidenden Instanz in eine Art Konkordanz gebracht werden mussten. Allerdings geben weder der Inhalt der Entscheidung noch die Wortwahl Anhaltspunkte dafür, dass auch der II. Senat auf Grundlage einer solchen Abwägung entschied. Vielmehr zog sich der Senat auf eine formale Begründung zurück. Allerdings stellte der Senat klar, dass das REG bzw. die Verwirklichung seiner Ziele anderen – auch vernationalsozialistischen – Gesetzen nicht grundsätzlich vorrangig ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn wie hier Normen außerhalb des Bauernrechts auf einen Erbhof einwirken.

c) Das nationalsozialistische Recht

Hinsichtlich des Verhältnisses zu Gesetzen, die schon unter dem Nationalsozialismus erlassen wurden, ist zunächst interessant, wie das REHG das Verhältnis zum Vorläufergesetz, dem PrEHG sah. Für Erbfälle, die sich vor dem 1. Oktober 1933 ereignet hatten, fand das REG keine Anwendung, § 57 Abs. 2 REG. Dies erkannte das REHG auch für solche Fälle an, die nach dem PrEHG zu beurteilen waren.⁸¹ Allerdings ging das REHG davon aus, dass dies nicht für § 27 PrEHG gelte, soweit das darin vorgesehene Zuweisungsverfahren zum Zeitpunkt des In-

⁸⁰ REHGE 3, 412, 423f.

⁸¹ REHGE 1, 273.

Kraft-Tretens des REG noch nicht abgeschlossen worden sei. Das PrEHG⁸² sah für Höfe, die in die Erbhöferolle eingetragen werden konnten, aber nicht eingetragen waren, vor, dass die Mitglieder einer Erbengemeinschaft bis zur Erbteilung verlangen konnten, dass der Hof ungeteilt nach den Regeln des Anerbenrechts zugewiesen werden konnte, § 26 PrEHG. Soweit die Miterben dem nicht widersprachen, wurde dem Antrag entsprochen. Bei Uneinigkeit der Erbengemeinschaft wurde ein Zuweisungsverfahren eingeleitet, in dem über die Anerbenstellung entschieden wurde, § 27 PrEHG. Vorliegend wurde ein solcher Zuweisungsantrag von einem der Miterben am 11. Dezember 1933 gestellt. Das REHG vertrat den Standpunkt, dass § 27 PrEHG nunmehr nicht mehr zur Anwendung kommen könne, da vor dem In-Kraft-Treten des REG kein Anspruch auf Zuweisung erwachsen sei.⁸³ Dazu fehle es an dem rechtsgestaltenden Akt des Richterspruchs. Auch könne ein bereits vor dem In-Kraft-Treten des REG eingeleitetes, aber noch nicht abgeschlossenes Zuweisungsverfahren nicht mehr abgeschlossen werden. Soweit danach der Hof, da er im Miteigentum der Erbengemeinschaft stehe, kein Erbhof werden könne, sei dies im Interesse einer reichseinheitlichen Regelung⁸⁴ hinzunehmen. Dieses Ergebnis steht eigentlich im Widerspruch zu dem Ziel des Gesetzes, möglichst viele Höfe unter die Verfassung des REG zu bringen.

Hinsichtlich des Verhältnisses des REG zu anderen unter dem Nationalsozialismus erlassenen Gesetzen zeigt sich, dass hier im Wesentlichen der herkömmliche Ansatz bei der Bestimmung des Vorrangs unter den Gesetzen gewählt wurde. Dem Beschluss des III. Senats⁸⁵ lag folgender Sachverhalt zu Grunde. Die Eigentümer waren als Eheleute Eigentümer eines Hofes, dessen Erbhofeigenschaft unbestritten war. Der Hof war erheblich dinglich belastet. Im Rahmen der Regulierung von Hochwasserschäden erhielten die Eigentümer ein Darlehen. Auf Grund des Entschuldungsplans der Gemeinde wurde knapp die Hälfte dieses Darlehens aus Osthilfemitteln abgelöst und bezahlt. Die andere Hälfte sollte entsprechend der im Osthilfeentschuldungsplan vorgesehenen Regelungen dinglich gesichert werden. Das AeG Bogen erteilte die dazu notwendige Genehmigung. Es führte aus, dass hier ein wichtiger Grund vorliege, der im Osthilfeentschuldungsplan selbst zu finden sei.

⁸² Vgl. dazu im Überblick Seite 122ff.

⁸³ REHGE 1, 273, 275.

⁸⁴ REHGE 1, 273, 276.

⁸⁵ REHGE 1, 207.

Die sofortige Beschwerde des KBF wurde vom EHG Nürnberg zurückgewiesen, da ansonsten der Entschuldungsplan gefährdet sei. Im Übrigen verwies es auf § 17 Abs. 2 DVO II.

Gegen diesen Beschluss legte der LBF sofortige weitere Beschwerde ein. Er führte aus, dass die Anweisung von Geldmitteln aus dem Osthilfeentschuldungsplan zwar dem Hof zugute käme, es aber im Hinblick auf die Regelungen des REG zur Zwangsvollstreckung und zur Abmeierung nach den §§ 15, 38 REG keine unbillige Härte darstelle, den ausstehenden Betrag dinglich ungesichert zu belassen.

Die sofortige weitere Beschwerde des LBF wurde vom REHG zurückgewiesen. Der III. Senat führte dabei aus, dass vorliegend die Vorschriften der Osthilfegesetzgebung, namentlich solche des Schuldenregelungsgesetzes vom 1. Juni 1933⁸⁶ mit denen des REG, insbesondere § 37 Abs. 1 Satz 1 REG, im Widerspruch stünden. In einem solchen Fall gehe das später erlassene Gesetz, hier also das REG, vor. Allerdings ergebe sich aus § 5 der OsthilfeabwicklungsVO vom 21. Dezember 1934⁸⁷, dass die Eintragung der Hypothek nicht der Genehmigung des AeG bedürfe. Soweit sie, der Klarstellung wegen, dennoch beantragt werde, müsse sie jedenfalls erteilt werden, zumindest indem ein wichtiger Grund im Sinne des § 37 Abs. 2 REG durch das Gericht angenommen werde.

Das Strafrecht wird in die Reihe der spezifisch nationalsozialistischen Gesetze aufgenommen, weil zumindest schon ein Umdenken in der Praxis der Gerichte vom liberalen Strafprozess in Richtung des autoritären Strafrechts nach Prägung Freislers, der strafbare Handlungen als Vergehen gegen die Volksgesamtheit einschätzte,⁸⁸ eingesetzt hat. Soweit sich Berührungspunkte mit dem Strafrecht ergaben, vor allem in der Frage der Ehrbarkeit eines Eigentümers oder Anerben, räumte der I. Senat des REHG dem Strafprozess keinen Vorrang ein.⁸⁹ Die Anerbenbehörden könnten vielmehr strafrechtliche Sachverhalte selbstständig bewerten. Allerdings gelte insoweit eine Einschränkung, als dass die freie Bewertung nicht allein auf Grund der Aktenlage angestellt werden dürfe, sondern zumindest eine mündliche Verhandlung mit Zeugenbefragung notwendig sein solle. Im zu Grunde liegenden Fall wurde der Angeklagte in dem Strafprozess wegen des Versuchs der Bestechung eines Anerbenrichters allerdings ausdrücklich trotz erheblicher Zweifel des Gerichts mangels Beweisen freigesprochen. Die

⁸⁶ RGBl. I, 331.

⁸⁷ RGBl. I, 1280.

⁸⁸ Siehe dazu Seite 36f.

⁸⁹ REHGE 2, 381.

Einheit der Rechtsordnung war in diesem Bereich also nur eingeschränkt ein Punkt auf der Agenda des REHG.

d) Ergebnis

Im Bereich des öffentlichen Rechts und in dem Verhältnis zum nationalsozialistischen Recht wich das REHG nicht von dem gültigen Standard ab. Es bezog sich ausdrücklich auf die Lex-posterior-derogat-legi-priori-Regel. Soweit das öffentliche Recht tangiert war, sprach sich das REHG ausdrücklich für dessen Vorrang aus, wenn es auch in dem konkreten Beschluss dazu führte, dass das Vorliegen eines Erbhofs abgelehnt werden musste. Es bezog sich dabei ausdrücklich auf den Regelungsvorbehalt zugunsten des Gesetzgebers. Der Präambel hingegen wies das Gericht trotz des erheblichen argumentativen Aufwands in der Literatur, deren besondere Bedeutung herauszustreichen, nur eine eingeschränkte eigenständige Bedeutung zu. Wichtig wurde die Präambel aber vor allem in Verbindung mit § 56 REG.

In einem gewissen Sinne ging das REHG konform mit der vorherrschenden Ansicht, was die Integration des bestehenden formellen und materiellen Zivilrechts angeht. Hier lässt sich eine Lockerung der Gesetzesbindung der erkennenden Senate feststellen. Die Argumente, eine Norm des BGB anzuwenden oder auch nicht, waren subjektiv und einzelfallbezogen. Eine generelle Richtung innerhalb eines Senats, geschweige denn des gesamten REHG lässt sich dabei nicht ausmachen. Dieser Ansatz wurde dem Gericht durch die Fassung des REG erleichtert und legalistisch abgesichert. Allerdings lässt sich auch keine einheitliche Linie erkennen, wann das Gericht eine Lücke im Wege einer Analogie zu Normen etwa des BGB schloss und wann ein Sachverhalt unter Rückgriff auf § 56 REG einer Entscheidung zugeführt wurde. Das REG enthielt eine Vielzahl von offenen Tatbeständen, die erst im Einzelfall auszulegen waren. In diesem Kontext konnte es leicht gelingen, eine tragende Begründung für die Entscheidung zu finden, die das gewünschte Ergebnis dogmatisch absichern konnte. Dieser Befund deckt sich, zumindest in weiten Teilen, mit dem von Rüthers hinsichtlich der Auslegungsmethodik der Zivilgerichtsbarkeit.⁹⁰ Hierbei ist zu beachten, dass es Rüthers vornehmlich darum ging aufzuzeigen, wie vornationalsozialistisches Recht durch die Rechtsprechung im Sinne der ideologischen Vorgaben umgedeutet wurde. Hier liegt spezifisch nationalsozialistischer Rechtsstoff zu Grunde,

⁹⁰ Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Auflage, Heidelberg 1997, S. 148ff.

der nur in einigen Fragen Berührungspunkte zum vernationalsozialistischen Recht aufweist. Im Ergebnis zeigt sich eine gewisse Sorglosigkeit, wenn nicht Willkür, was die Frage der Anwendbarkeit und Auslegung des BGB sowie des formellen Rechts angeht. Diese Beobachtung wird sich bei der Analyse der Auslegungspraxis des REHG weiter in den Mittelpunkt stellen.

2. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Das REG zeichnet sich gesetzestechnisch vor allem dadurch aus, dass es im verstärkten Maße offene Tatbestände nutzt. Inwieweit dies bei dem Entwurf des Gesetzes bewusst so vorgesehen wurde, um in einer möglichst breiten Front - ideologische Neuerungen in der Rechtsprechung zu fördern, oder ob dies ein handwerklicher Notbehelf war, der vor allem dem drängenden Zeitproblem⁹¹ bei der Fertigstellung des Gesetzes geschuldet war, lässt sich hier nicht entscheiden.

Angesichts der Tatsache, dass das REHG selbst keinen Unterschied zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung machte und beides nach dem Inhalt des § 56 REG als seine Aufgabe und Pflicht erachtete, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung auch nicht mehr zwischen diesen beiden Begriffen unterschieden. Das REHG ging davon aus,

„daß das Reichserbhofgesetz sich vielfach mit der Schaffung eines gesetzlichen Rahmens und der Niederlegung bestimmter Grundgedanken begnügt und es der Rechtsprechung und der Rechtslehre überlassen hat, die angedeuteten Grundgedanken weiter zu entwickeln sowie auszubauen und hierbei die Erfordernisse des praktischen Lebens mit der neuen bäuerlichen Lebensordnung in Einklang zu bringen. § 56 REG gibt im übrigen die Möglichkeit, in rechtschöpferischer Weise etwa vorhandene Lücken auszufüllen. Die Bauerngerichte haben auch die Pflicht, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wenn es sich darum handelt, die in den Einleitungsworten zum Reichserbhofgesetz wiedergegebenen Ziele des Gesetzes zu verwirklichen.“⁹²

Hieran zeigt sich, dass es seine eigene Freiheit, Lücken zu schließen und Recht fortzubilden als sehr groß ansah. Im Folgenden sollen typische Argumentationsmuster, aber auch selbst gesteckte Grenzen des REHG bei der Rechtsfindung dargestellt werden.

⁹¹ Vgl. dazu Seite 125f.

⁹² REHGE 8, 384, 394.

a) Der Gesetzeszweck als Ergebniskontrolle

Dabei zeigt sich, dass das REHG durchaus in der Lage und willens war, seine Beschlüsse auf den überkommenen Auslegungskanon zu stützen und dabei durchaus auch Zweckerwägungen anzustellen, die sich weit in den Bereich der Interessenjurisprudenz hineinwagten. So hatte etwa der II. Senat die Frage zu prüfen, ob sich § 21 Abs. 5 REG, wonach ein uneheliches Kind der Mutter unter Zurücksetzung seiner ehelichen Geschwister zum Anerben werden kann, auch entnehmen lässt, dass ein solches uneheliches Kind hinter Verwandten zurücktreten muss, die das eheliche Kind der Mutter von der Anerbenfolge ausschließen.⁹³ Diesem Beschluss lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein Bauer war Eigentümer von drei Erbhöfen und hatte drei Töchter. Zwei dieser Erbhöfe überschrieb er jeweils einer seiner Töchter. Die dritte Tochter war wegen Geisteskrankheit entmündigt. Diese hatte vier eheliche Töchter und einen unehelichen Sohn. Daneben hatte der Bauer vier Neffen, Söhne seines vorverstorbenen Bruders. Der Bauer wollte den letzten Erbhof an seinen Enkel, den unehelichen Sohn seiner dritten Tochter übergeben, der auf dem Hof aufgewachsen war und den Hof schon mehrere Jahre bewirtschaftete. Das AeG Friesach genehmigte diesen Übergabevertrag. Gegen den Beschluss erhob der Abwesenheitskurator für zwei der Neffen Beschwerde und führte aus, dass die Neffen dem unehelichen Sohn vorgingen. Das EHG Graz verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das AeG zurück. Es war der Ansicht, dass § 21 Abs. 5 Satz 2 REG so zu verstehen sei, dass der uneheliche Sohn solange nicht als Anerbe in Betracht komme, wie noch Nachkommen der zweiten bis vierten Ordnung vorhanden seien. Deshalb müsse das AeG prüfen, ob ein wichtiger Grund gegeben sei, die beiden Neffen zu übergehen. Gegen diesen Beschluss legte der Bauer sofortige weitere Beschwerde ein, die auch vom LBF dem Inhalt nach unterstützt wurde.

Der II. Senat kam zu der Entscheidung, dass § 21 Abs. 5 REG nicht so auszulegen sei, dass der uneheliche Abkömmling allen anderen Ordnungen gegenüber benachteiligt werde. Dabei analysiert der Senat zunächst die Bedeutung des Worts „schlechthin“ im § 21 Abs. 5 Satz 2 REG. Es wird der unmittelbare systematische Zusammenhang des Worts ausgelegt. Das REHG kam dabei zu dem Schluss, dass eine solche Auslegung nur ergeben kann, dass sich „schlechthin“ lediglich auf den vorangehenden Satz beziehe, also sagen wolle, dass ein uneheliches Kind regelmäßig seinen ehelichen Geschwistern nachfolge. Eine weitergehende Auslegung der Vorschrift, also dass eheliche Kinder unter keinen Um-

⁹³ REHGE 8, 153.

ständen schlechter stehen dürfen als ihr uneheliches Geschwister lehnte der Senat ausdrücklich ab.⁹⁴ Dabei verwies er darauf, dass der Zweck des Gesetzes eine solche Schlechterstellung nicht gebiete. Der Sinn des § 21 Abs. 5 Satz 2 REG sei es, aus rassisch-biologischen Erwägungen und mit Rücksicht auf die in der Bauernschaft vorherrschende Anschauung, ein uneheliches Kind als Anerben gegenüber seinen Geschwistern nicht zu bevorzugen. Allerdings sprächen hierfür rassisch-biologische Gründe nur, wenn der Erzeuger des Kindes nicht bekannt sei. Die bäuerliche Anschauung sei derart, dass das uneheliche Kind nicht vor den ehelichen Kindern als Anerbe berufen werden solle. Damit sei aber nicht gesagt, dass es auch vor den übrigen Verwandten zurückstehen müsse. Es bestehe kein Bedürfnis für eine weitergehende Auslegung der Vorschrift, da sie sich mit dem bäuerlichen Empfinden decke⁹⁵ und die Gegenansicht keine weiteren Argumente aus dem Wortlaut oder dem Sinn der Norm habe.

Hier wurde geradezu schulbuchmäßig eine Auslegung vorgenommen. Im Mittelpunkt stand dabei der Wortlaut der Norm, die nach ihrem Sinnzusammenhang im Kontext ausgelegt wurde. Der Zweck des Gesetzes spielte ebenfalls eine Rolle. Interessant ist, dass das Gericht, nachdem es zu dem Schluss kam, dass es Zweck des Gesetzes sei, dem bäuerlichen Empfinden Rechnung zu tragen, keine abstrakte Beurteilung dieses Zwecks, sondern eine Ergebniskontrolle vornahm, indem das methodisch korrekt gefundene Ergebnis noch einmal anhand dieses bäuerlichen Empfindens überprüft wurde. Bei aller Strenge des Auslegungsverfahrens offenbart sich eine Schwachstelle darin, dass keinerlei Maßstab für das hier so entscheidende bäuerliche Empfinden angegeben wird. Damit wird zwar formal die Gegenansicht korrekt abgelehnt, aber auf der anderen Seite verhindert, dass eine rationale Ergebniskontrolle stattfinden kann.

Eine ähnliche Form dieser Kontrolle des Ergebnisses nahm der I. Senat in einer Entscheidung vom 26. Juli 1939⁹⁶ vor. Dort ging es um den Maßstab, der bei der Prüfung der Bauernfähigkeit der als mögliche Anerben in Frage kommenden Verwandten einer Bäuerin anzulegen sei.

Die Bäuerin hatte ihren umfangreichen und unbelasteten Besitz einschließlich der Hofstelle seit 1877 in kleinen Stücken verpachtet und das gesamte Inventar verkauft. Bei Anlegung der Erbhöferrolle wurde der Besitz wegen dieser andauernden Verpachtung nicht eingetragen. Auf Initiative des KBF wurde der Besitz später noch zu Lebzeiten der Bäuerin als Erbhof eingetragen. Die Bauernfähig-

⁹⁴ REHGE 8, 153, 157.

⁹⁵ REHGE 8, 153, 159.

⁹⁶ REHGE 7, 78.

keit der betagten Eigentümerin wurde im Einklang mit der Rechtsprechung des REHG angenommen, da sie rüstig genug sei, einen Verwalter zu überwachen und eigene Anweisungen zu geben. Die Verpachtung wurde nicht als dauernde angesehen, da es immerhin möglich erschien, dass Verwandte der Eigentümerin die eigenhändige Bewirtschaftung wieder aufnehmen würden und so der Hof der Sippe erhalten bleiben würde.

Daraufhin bestimmte die Bäuerin letztwillig – wegen der offensichtlichen Untauglichkeit der ebenfalls hochbetagten gesetzlichen Anerben – ihre Nichte als Anerbin und setzte als Ersatzerbin ihre Großnichte ein. Nachdem die Bäuerin im Jahre 1935 im Alter von 81 Jahren verstorben war, beantragte ihre Nichte – die schon 50 Jahre alt und ledig war – 1937 einen Erbschein. Der KBF beantragte während des schwebenden Erbscheinverfahrens nach § 18 FGG festzustellen, dass beide testamentarisch bestimmten Erben nicht bauernfähig seien, da sie nicht über die nötige Erfahrung verfügten. Hintergrund war dabei offensichtlich, dass er statt dieser Anerben eine junge Familie, die bislang ohne Existenzgrundlage war, auf dem Hof ansiedeln wollte.⁹⁷ Das AeG Stuttgart schloss sich dem KBF nicht an und bejahte die Bauernfähigkeit der beiden benannten Erbinnen. Auf die sofortige Beschwerde des KBF hat das EHG Stuttgart den Beschluss insoweit aufgehoben, als die Bauernfähigkeit der Großnichte bejaht worden ist. Dagegen haben sowohl die Großnichte als auch der LBF sofortige weitere Beschwerde erhoben.

Das REHG führte aus, dass in einem solchen Fall ein milder Maßstab hinsichtlich der Bauernfähigkeit anzulegen sei. Eine strenge Entscheidung stehe mit dem vorigen Beschluss im Widerspruch, wonach die Wiederaufnahme der Wirtschaft durch die eingesessene Sippe zumindest noch möglich erscheine, so dass die Erbhofeigenschaft des Anwesens vorliege. Wenn nun bei dieser Sippe ein strenger Maßstab angelegt werde, so laufe dies auf eine höchst unbillige, weil entschädigungslose Enteignung der Sippe hinaus, die geeignet sei, das Rechtsempfinden des Volkes zu verletzen.⁹⁸ Im Übrigen habe die Großnichte durchaus schon Interesse an der Landwirtschaft bewiesen und stehe in einer entsprechenden Ausbildung. Ergänzend merkte das Gericht an, dass die beiden Anerbinnen sich gut verstünden und die eine die andere wohl als Nachfolgerin einsetzen werde. Da die Großnichte im heiratsfähigen Alter sei, könne auch davon ausgegangen werden, dass sie heiraten und Kinder bekommen werde, so dass das Ziel des LBF eine junge, neue Sippe auf dem Besitz anzusiedeln schließlich erreicht

⁹⁷ REHGE 7, 78, 84f.

⁹⁸ REHGE 7, 78, 91.

werde. Abschließend merkte das Gericht im Sinne einer Kontrolle des gefundenen Ergebnisses an:

„Diese Entscheidung, durch die eine unbillige Enteignung eines großen Besitztums zum Nachteil der noch lebenden Angehörigen des alten Geschlechts vermieden wird, dürfte allein dem Rechtsempfinden des Volkes und namentlich auch der bäuerlichen Bevölkerung entsprechen, in deren Kreisen es kaum verstanden werden wird, daß Angehörige einer alten Sippe durch eine fremde verdrängt werden, solange in der alten noch Kräfte vorhanden sind, die gewillt und befähigt erscheinen, die Erbhofordnung auf dem ihnen zukommenden Besitz zu verwirklichen.“⁹⁹

Der Abgleich mit den Zielen und dem Rechtsempfinden des Bauernstands kann in diesem Zusammenhang eigentlich nur als floskelhaft verstanden werden. Auf der anderen Seite können solche Sätze aber dem Wunsch entsprechen, sich der Richtigkeit einer Entscheidung, zumal wenn sie wie hier letztlich völlig frei von gesetzlichen Anhaltspunkten ergeht, zu versichern.

Die erhebliche Entscheidungsfreiheit des Gerichts durch eine solche Einzelfallbetrachtung wird bei dem Beschluss des I. Senats vom 30. Oktober 1942¹⁰⁰ deutlich. Dort wurde ein milder Maßstab bei der Beurteilung der Bauernfähigkeit abgelehnt. Die Bauern waren kinderlos verstorben. Die Ehefrau hatte den Hof in die Ehe eingebracht, allerdings haben die Eheleute dann gemeinsam den Hof zu einem erheblich größeren Anwesen ausgebaut. Die Familie der verstorbenen Bäuerin wollte erreichen, dass ein Anerbe aus dieser Linie den Hof übernimmt. Die potenzielle Anerbin ist aber schon 1903 in die USA ausgewandert und verfügt über keine landwirtschaftliche Erfahrung. Das Gericht lehnte es ab, in einem solchen Fall einen milden Maßstab hinsichtlich der Bauernfähigkeit anzuwenden, da der jetzige Hof im Wesentlichen durch die beiden verstorbenen Eheleute aufgebaut worden sei, so dass es nicht veranlasst wäre, den Hof in der Linie der Ehefrau zu halten, da diese zu weiten Teilen gerade keine sippenmäßige Bindung an den Hof habe.¹⁰¹

Ebenfalls mittels einer Ergebniskontrolle anhand des Zwecks des Gesetzes gelangte der I. Senat in seinem Beschluss vom 11. Juni 1937¹⁰² zu einer Entscheidung. Dort ging es um die Bauernfähigkeit eines älteren Bauern, der schon vor In-Kraft-Treten des REG an Arterienverkalkung im fortgeschrittenen Stadium litt. Das AeG kam im Zuge der Genehmigung eines Übergabevertrages zu dem Schluss, dass der im April 1934 wegen Geisteskrankheit entmündigte Bauer

⁹⁹ REHGE 7, 78, 91.

¹⁰⁰ REHGE 9, 223ff.

¹⁰¹ REHGE 9, 223, 230f.

¹⁰² REHGE 4, 189.

schon am 1. Oktober 1933 nicht bauernfähig gewesen sei. Die gegen den Beschluss erhobenen sofortigen Beschwerden des Sohnes des inzwischen verstorbenen Bauers sowie des LBF wies das EHG Oldenburg zurück. Dagegen legte der LBF sofortige weitere Beschwerde ein und stellte sich auf den Standpunkt, dass es nicht zu rechtfertigen sei, wenn ein langjähriger Familienbesitz nur deshalb aus der Erbhöferrolle gestrichen werde, weil sein Eigentümer zufällig zum Stichtag des 1. Oktober 1933 nicht bauernfähig gewesen war.

Das REHG gab dieser sofortigen weiteren Beschwerde statt. Es führte aus, dass hier nach der erfolgten Beweisaufnahme einiges dafür spreche, dass der Eigentümer zum Stichtag noch bauernfähig gewesen sei. Zumal der Grundsatz gelte, dass eine nachteilige die Ehre, Freiheit oder das Vermögen betreffende Behauptung nachgewiesen werden müsse und bestehende Zweifel zugunsten des Betroffenen zu werten seien. Im Übrigen gelte bei der Beurteilung der Bauernfähigkeit vor dem In-Kraft-Treten des REG und der Machtergreifung durch den Nationalsozialismus allgemein ein milder Maßstab.¹⁰³ Aber selbst dann, wenn man zu dem Schluss käme, dass der Eigentümer infolge der Krankheit nicht mehr bauernfähig gewesen sei, so müsse man in diesem Fall zur Bejahung der Bauernfähigkeit und damit der Erbhofeigenschaft des Hofes kommen. Dies könne allerdings nicht auf der Grundlage einer Weiterentwicklung der bisherigen Rechtsprechung geschehen. Nach dieser Rechtsprechung könnten Alter und Gebrechlichkeit die Bauernfähigkeit des Eigentümers nicht beeinträchtigen, soweit die Geisteskräfte bei In-Kraft-Treten des REG noch ausreichten, den Betrieb im Größten zu überwachen.¹⁰⁴ Diese Fähigkeit habe der Eigentümer im Oktober 1933 nicht mehr besessen. Ausdrücklich verwies das Gericht auf den an sich klaren Wortlaut der §§ 1, 15 REG, wonach hier die Bauernfähigkeit verneint werden müsse. Es führte weiter aus, dass nach dem Zweck des Gesetzes nur solchen Höfen der Schutz des Gesetzes versagt werden solle, die in den Händen Geschäftsunfähiger abgewirtschaftet oder in ihrem Bestand gefährdet seien. Weiter hieß es:

„Man wird deshalb in Fällen der vorliegenden Art annehmen können, daß der Gesetzgeber einer nur kurze Zeit bestehenden, also in der Bewirtschaftung des Hofes vorübergehenden und auf diese selbst ohne erheblichen Einfluss gebliebenen Unfähigkeit des Eigentümers keinen entscheidenden Wert bei der Feststellung der Erbhofeigenschaft beilegen wollte. Daß dies auch wirklich der Standpunkt des Gesetzgebers ist, ergibt sich an anderer Stelle aus dem Gesetz selber. Ein Minderjähriger gilt ohne weiteres als bauernfähig (§ 15 REG), indem allein maßgebend seine zukünftige Eignung und Wirtschaftsreife beachtet werden und die wenigen Jahre seiner Unfähigkeit unberücksichtigt

¹⁰³ REHGE 4, 189, 195f.

¹⁰⁴ REHGE 1, 39; REHGE 2, 99; REHGE 3, 84.

*bleiben. Wendet man diesen Gedanken auf diesen Fall an, so muß umgekehrt ein Bauer, der sein Leben lang ein tüchtiger Wirtschaftler war, auch noch im hohen Alter als bauernfähig gelten, wenn er auch in den letzten Jahren seinem Betrieb nicht mehr selber vorstehen kann.*¹⁰⁵

Als weiteres Indiz dafür, dass der Gesetzgeber vorübergehenden Ereignissen, die den Bestand des Hofes nicht dauerhaft gefährden, keine Bedeutung beimesse, führte das Gericht an, dass erst eine dauerhafte, nicht jedoch eine nur vorübergehende Verpachtung der Erbhofeigenschaft entgegenstehe, § 1 Abs. 2 REG. Darauf aufbauend stellte das Gericht die These auf, dass der Gesetzgeber explizit zwischen vorübergehenden und Dauerzuständen unterscheiden wolle und daher hier die Bauernfähigkeit außer Frage stehe. Nur ein solches Ergebnis entspreche dem Sinn und Zweck des Gesetzes, denn ein solch alter Erbhof wie der hier in Frage stehende, sei einer, den der Gesetzgeber in der Präambel und durch § 56 REG besonders schützen wolle. Dieser Schutz könne nicht allein auf Grund des Zufalls der Eigentümerschaft eines altersschwachen Bauern entzogen werden.¹⁰⁶

Auch hier nahm das Gericht eine abschließende Ergebniskontrolle anhand des Zwecks vor. Bemerkenswert ist dabei, dass es sich in einem weiten Umfang vom insoweit eindeutigen Wortlaut des Gesetzes löste und als methodisches Konstrukt einen ziemlich gewagten Analogieschluss versuchte. Zudem auf einem Gebiet, wo eine schon gefestigte Rechtsprechung aus anderen Erwägungen heraus die Bauernfähigkeit älterer Bauern erheblich ausgedehnt hatte.¹⁰⁷ Diese Rechtsprechung wurde hier auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalls ignoriert, und das Gericht sah sich auch nicht bemüht, dazu weitere Worte aufzuwenden. Allerdings kam nach der Rechtsprechung für die Bauernfähigkeit so alter Landwirte das Kriterium hinzu, dass sowohl der Bauer als auch derjenige, der den Hof nun für ihn verwaltete, ordnungsgemäß wirtschaften mussten. Hier findet sich wieder ein offener Tatbestand, der dem Gericht eine Ergebniskontrolle im Einzelfall ermöglichte, so dass die Folgen dieser Rechtsprechung für das Gericht überschaubar blieben.

Eine solche Art der Ergebniskontrolle ließ der II. Senat des REHG in einer Entscheidung vom 16. November 1939¹⁰⁸ auch in Fragen des Prozessrechts zu. Dabei ging es um die Frage, welcher Rechtsweg bei Leistungsklagen nach § 36 EHRV offen steht. Dies sind Klagen auf Grund vertraglicher Versorgungsan-

¹⁰⁵ REHGE 4, 189, 197.

¹⁰⁶ REHGE 4, 189, 199.

¹⁰⁷ Vgl. oben FN 104.

¹⁰⁸ REHGE 7, 190.

sprüche im Rahmen eines Übergabevertrags. Im Fall ging es darum, dass im Übergabevertrag die Nutzung einer Scheune durch die Schwester des Anerben als Auszüglerin ausbedungen war. Nachdem der Anerbe die Scheune nun selbst nutzte, machte die Auszüglerin das Recht auf Nutzung vor dem AeG Rosenberg geltend. Der Anerbe hingegen begehrte die Neufestsetzung der Versorgungsansprüche. Für den Antrag auf Neufestsetzung ergab sich die Zuständigkeit der Anebengerichte aus § 36 Abs. 3 EHRV. Das REHG kam aber zu dem Schluss, dass auch für die reine Leistungsklage der Rechtsweg zu den Anebengerichten und nicht zur ordentlichen Gerichtsbarkeit gegeben sei. Es führte an, dass der Wortlaut der Vorschrift dafür spreche, dass sämtliche aus dem Übergabevertrag sich ergebenden Streitigkeiten vor den Anebengerichten verhandelt werden sollen. Zusätzlich sei dies eine Frage der Prozessökonomie. Zuletzt machte es geltend, dass eine Teilung des Rechtsweges auch dem bäuerlichen Empfinden widerspreche, da dies die Klärung der Frage verkompliziere und unnötig verteuere. Dies entspräche damit nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes.¹⁰⁹ Zudem sei – vor allem im Hinblick auf eine gütliche Einigung – die Mitwirkung bäuerlicher Beisitzer an der Verhandlung erwünscht, was nur im Rahmen eines Verfahrens vor den Anebengerichten möglich sei.

Bei anderer Gelegenheit stellte das REHG allerdings fest, dass eine Anwendung einer Vorschrift getreu des Wortlauts unzweckmäßig sein könne,¹¹⁰ wie schon weiter oben¹¹¹ zur Frage der Anwendung des FGG im Bereich des Erbhofrechts dargestellt wurde.

Eine Zusammenschau ergibt, dass das Gericht sich nicht in jedem Fall am systematischen Zusammenhang und damit am Wortlaut der Vorschrift orientiert und den Zweck der Norm nur zur Ergebniskontrolle in seine Erwägungen mit einbezieht.

b) Die Auslegung contra legem auf der Grundlage des § 56 REG

Auf der anderen Seite nahm das REHG auf der Grundlage des § 56 REG eine Auslegung jenseits der Wortlautgrenze vor und stützte sich allein auf den Zweck des REG. So entschied der II. Senat,¹¹² dass § 1 Abs. 5 EHRV auch auf solche

¹⁰⁹ REHGE 7, 190, 193.

¹¹⁰ REHGE 1, 17.

¹¹¹ Siehe dazu Seite 221, FN 31.

¹¹² REHGE 7, 194; eine ähnliche Entscheidung findet sich bei REHGE 5, 160.

Höfe Anwendung finde, die vor dem In-Kraft-Treten der EHRV bestanden, aber noch nicht Erbhöfe waren. § 1 Abs. 1 EHRV stellte den Grundsatz auf, dass nach dem 21. Dezember 1936 nur solche Höfe Erbhöfe werden können, deren Schulden weniger als 70% des Einheitswerts ausmachen. § 1 Abs. 5 EHRV sah von diesem Grundsatz Ausnahmen für solche Höfe vor, die auf Grund des Reichssiedlungsgesetzes vom 11. August 1919¹¹³ oder des Gesetzes über die Neubildung deutschen Bauerntums vom 14. Juli 1933¹¹⁴ gebildet wurden. Wie das REHG selbst befand, spricht der Wortlaut der Vorschrift dafür, eine Ausnahme nur dann zuzulassen, wenn der Erbhof erst nach dem 21. Dezember 1936 neu entstanden ist. Die grammatische Auslegung sei aber nach dem Zweck des Gesetzes nicht zu vertreten. Entscheidend sei, dass in dem Verfahren auf Grund der beiden genannten Gesetze schon über die Lebensfähigkeit solcher Höfe positiv befunden worden sei. Diese Bewertung sei bei allen Höfen erfolgt, auch bei solchen, die vor Dezember 1936 entstanden seien. Ein sachlicher Grund für eine Unterscheidung sei nicht ersichtlich. Die im § 1 Abs. 5 EHRV genutzte Gegenwartsform sei daher nur auf den Regelfall gemünzt, schließe aber den Sonderfall, wie er hier gegeben sei, mit ein. Jede andere Deutung sei eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung solcher Höfe.¹¹⁵

Methodisch liegt das genaue Gegenteil der zuletzt angeführten Entscheidung vor. Die grammatische Auslegung wird von Zweckerwägungen komplett verdrängt. Im Übrigen zeigt sich, dass § 56 REG dazu verwandt wird, solche Zweckerwägungen zu unterfüttern. Dabei ist zu beachten, dass § 56 REG seinem eigenen Wortlaut nach nur bei Zweifeln in Fragen der Auslegung Anwendung finden konnte. Hier ist der Wortlaut insoweit klar, und die Zweifel kommen nur aus der Betrachtung des Zwecks der Vorschrift. Für eine Anwendung des § 56 REG war danach streng genommen gar kein Raum. Eine solche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 56 war allerdings kein Einzelfall.

Ebenfalls der II. Senat entschied,¹¹⁶ dass bei der Frage, ob ein Hof eine Ackernahrung bietet, die Erträge aus Obst- und Gemüseanbau hinzugerechnet werden können, soweit sie neben dem eigentlichen Ackerbau einen Nebenerwerb darstellen. In § 6 Abs. 3 REG ist dazu ausdrücklich ausgeführt, dass beim Obst- und Gemüseanbau eine Ackernahrung nur vorliegt, wenn die Fläche auch bei rein landwirtschaftlicher Nutzung als Ackernahrung ausreicht. Der II. Senat war

¹¹³ RGBl. I, 1429.

¹¹⁴ RGBl. I, 517.

¹¹⁵ REHGE 7, 194, 199f.

¹¹⁶ REHGE 4, 18.

der Ansicht, dass § 6 Abs. 3 REG keine Anwendung finde, da es sich hier um einen Mischbetrieb handle, der in der Lage sei, Missernten, wie sie beim Obstanbau leicht vorkommen könnten, abzufedern. Zudem seien die Erträge aus dem Obstanbau als gesichert anzusehen, da der Hof in der Bodenseeregion gelegen sei und daher außerordentlich günstige Klimaverhältnisse vorlägen, die die Gefahr einer Missernte drastisch reduzieren würden. Der Zweck des § 6 REG werde durch eine solche erweiterte Auslegung nicht in Frage gestellt, und gleichzeitig werde dem Zweck des § 56 REG Rechnung getragen. Ein starres Festhalten am Wortlaut hingegen werde dem Zweck nicht gerecht.¹¹⁷ Bei dieser Zweckanalyse des Senats handelt es sich im Ergebnis um eine teleologische Reduktion des Gesetzes.

Auf dieser Rechtsprechung fußend, sah der II. Senat¹¹⁸ auch bei einer Baumschule, deren Ländereien überwiegend der kaufmännischen Betätigung dienten, eine Ackernahrung als gegeben an, weil aus dem Zweck des § 6 REG nicht gefolgert werden könne, dass er nur für Obst- und Gemüseanbau bzw. Weinbau gelte. Formal sah das REHG keine analoge, sondern eine direkte Anwendung des § 6 REG als gegeben an.¹¹⁹ Unter Zugrundelegung seines Zwecks war der Senat der Ansicht, dass alle Betriebe der Urproduktion landwirtschaftliche Betriebe im Sinne des § 6 REG seien. Diese Rechtsprechung wurde vom REHG immer weiter ausgedehnt. In einem Beschluss vom 21. Dezember 1937¹²⁰ ging der II. Senat schließlich so weit, § 6 Abs. 3 REG nicht mehr anzuwenden. Dem Beschluss lag ein Einspruch der Eigentümer eines Hofes gegen die Eintragung des Anwesens in das gerichtliche Verzeichnis der Erbhöfe zu Grunde. Das Anwesen hatte einen Umfang von 4,87 ha, wovon 3,5 ha zum Obstanbau und der Rest als Grünland genutzt wurde. Das AeG Fork hatte eine Ackernahrung bejaht, da der Boden besonders gut sei. In der Beschwerde zum LEHG Celle führten die Eigentümer aus, der Obstanbau sei nicht krisenfest und das Einkommen stark schwankend. Auch das LEHG Celle wies die Beschwerde der Eigentümer zurück, da in Anbetracht der dortigen Klimaverhältnisse der Obstanbau als Lebensgrundlage sehr gut geeignet sei. Dagegen erhoben die Eigentümer sofortige weitere Beschwerde. Dabei erkannten sie einen neuen selbstständigen Beschwerdegrund darin, dass das EHG den § 6 Abs. 3 REG nicht angewendet hatte. Der erkennende Senat schloss sich der Auffassung des LEHG Celle an und kam zu dem Schluss, dass § 6 Abs. 3 REG nicht passe. Interessanterweise stütz-

¹¹⁷ REHGE 4, 18, 23.

¹¹⁸ REHGE 3, 449.

¹¹⁹ REHGE 3, 449, 456.

¹²⁰ REHGE 5, 119.

te es die Nichtanwendung darauf, dass Zweifel bei der Anwendung beständen, da angesichts der klimatischen Lage und der Bodenbeschaffenheit der Obstanbau in dieser Region die einzig sinnvolle Nutzung des Bodens sei. Daher könne es nicht darauf ankommen, ob die Fläche bei Nutzung als Acker- oder Weideland eine Ackernahrung darstelle oder nicht, so dass eine ähnliche Bodenständigkeit wie beim Weinbau erreicht sei.¹²¹

Auch hier dehnte das REHG die Anwendung des § 56 REG über seinen Wortlaut hinaus aus, um ein gewünschtes Ergebnis abzusichern. Die Sperre durch den Wortlaut wurde mit keinem Wort erwähnt, vielmehr wurde auf den Willen des Gesetzgebers abgestellt, der nach dem Senat nicht wollte, solche Fälle unter der Anwendung des § 6 Abs. 3 REG zu entscheiden. Formal nahm der Senat mithin eine nachträgliche Gesetzeslücke an, die dann über Zweckerwägungen geschlossen wurde. Gemeinhin werden solche Lücken im Wege der Analogie geschlossen. Der Senat deutet einen solchen Analogschluss mit dem Bezug auf die Regelung des § 6 Abs. 2 REG an, der beim Weinbau eine Ackernahrung als gegeben ansieht, wenn der Ertrag zum Unterhalt einer Familie ausreicht. Tragendes Argument ist aber § 56 REG, da er über die Grenze des Wortlauts des an sich anwendbaren § 6 Abs. 3 REG hinweghilft. Allerdings baute das REHG wieder eine Sperre gegen zu ausufernde Entscheidungen auf Grundlage dieser Rechtsprechung ein, wenn es bei der Frage der Anwendbarkeit auf die klimatischen Verhältnisse im Einzelfall abstellt.

In einem Beschluss vom 28. Mai 1942¹²² hatte der II. Senat die Frage zu entscheiden, ob der Halbbruder eines Bauern, der nicht aus der Linie stammte, die den Erbhof eingebracht hat, Anerbe des Bauern werden könne. In dieser Frage setzte sich das REHG mit der Ansicht Dellians auseinander, der den Standpunkt vertrat, dass in einem solchen Fall Halbgeschwister, die nicht den Elternteil gemeinsam haben, von dem der Hof stammt, außerhalb der gesetzlichen Anerbenordnung stünden.¹²³

Er begründet dies damit, dass in einem solchen Fall gerade nicht der Hof in der Sippe gehalten werde, die mit dem Hof seit Generationen verbunden sei. Ein solches Ergebnis sei mit dem bäuerlichen Rechtsempfinden schlechterdings nicht vereinbar. Ausdrücklich will Dellian dies auch für solche Fälle anwenden, wo neben dem Halbbruder kein anderer Anerbenberechtigter vorhanden ist und somit der Bauer einen Blutsfremden frei bestimmen könnte. Der II. Senat hat zu

¹²¹ REHGE 5, 119, 125.

¹²² REHGE 9, 206ff.

¹²³ Dellian, Recht und Gesetzestechnik, in: RdRN 1938, S. 89ff., insbesondere S. 91.

dieser Literaturansicht ausführlich Stellung genommen, was – wie schon dargelegt – sehr selten geschah. Zunächst wird formal darauf abgestellt, dass in § 21 Abs. 4 REG nicht zwischen Halbgeschwistern und Geschwistern unterschieden wird. Zudem würde eine solche Unterscheidung zu Rechtsunsicherheiten führen, da es nicht selten schwierig sei, festzustellen, welcher Elternteil den Hof in die Ehe eingebracht habe, da der Hof oft nur auf einen Namen im Grundbuch eingetragen sei und oft erst durch gemeinsame Arbeit und Aufwendungen geschaffen worden sei.¹²⁴ Gleichzeitig stellt der Senat aber klar, dass er sich trotz dieser gewichtigen formalen Einwände nicht gehindert sähe, durch Anwendung des § 56 REG im Sinne Dellians zu entscheiden, sollten sich dessen Argumente als zutreffend erweisen. Dies lehnt der Senat aber ab und beruft sich darauf, dass mit § 20 REG eine neue Sippenordnung geschaffen worden sei, die es zu berücksichtigen gälte. In dieser Ordnung, die das Gesetz konstituiere, sei auch der Halbbruder mit enthalten, da auch er blutsverwandt mit dem Erblasser sei.¹²⁵ Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein solches Ergebnis in jedem Fall dem bäuerlichen Rechtsempfinden zuwiderlaufen würde. Vielmehr kämen hier neben Fragen der Blutsbande auch solche der persönlichen Eignung hinzu, die es auch nach dem bäuerlichen Rechtsempfinden im jeweiligen Einzelfall zuließen, den Halbbruder als Anerben anzuerkennen. Sollte dies im Einzelfall gerade nicht der Fall sein, könnten die Anerbenbehörden immer noch die jeweilige Genehmigung zur Hofübergabe versagen.¹²⁶

Auch hier hat das Gericht eine Entscheidung getroffen, bei der die größtmögliche Flexibilität im Einzelfall erhalten blieb. Gleichzeitig wurde auf die neue, durch das Gesetz zu schaffende Ordnung, in die die Bauern gestellt wurden, hingewiesen. Interessant ist auch, wie zunächst eine Gesetzesauslegung unternommen, aber gleichzeitig darauf hingewiesen wurde, dass sich das Gericht für den Fall, dass das durch die Auslegung gefundene Ergebnis als nicht mit den Zielen des Gesetzes vereinbar gesehen würde, in jedem Fall über § 56 REG korrigieren könne.

Diese Entscheidungen zeigen, dass das REHG sich an den überlieferten Auslegungskanon nicht in jedem Fall hielt. Vielmehr findet eine explizite oder implizite Ergebniskontrolle anhand des Zweckes statt. Das danach gefundene Ergebnis geht – *contra legem* – dem Wortlaut des REG vor, das ja immerhin als spezifisch nationalsozialistisches Recht zu bewerten ist. Es zeigt sich wieder das stra-

¹²⁴ REHGE 9, 206, 211f.

¹²⁵ REHGE 9, 206, 212ff.

¹²⁶ REHGE 9, 206, 215.

tegische Verhältnis des REHG zum Recht oder zu methodischen Erwägungen. Grundsätze haben dabei gegenüber einer Einzelfallentscheidung in aller Regel das Nachsehen. Insbesondere durch den § 56 REG sah sich das REHG in der Lage, einen eigenständigen methodischen Apparat zu entwickeln, um so flexibel auf den jeweiligen Einzelfall eingehen zu können. Wegen der fehlenden Rationalität der Entscheidungen geschieht dies zumeist auf Kosten der Rechtssicherheit, wobei das REHG immer den Einzelfall und seine Besonderheiten hervorhob. Damit verblieb es dem Gericht, einer Ausweitung der Auslegung vorzubeugen, da es immer die Möglichkeit hatte, den zu entscheidenden Lebenssachverhalt als nicht vergleichbar anzusehen.

c) Die Analogie bei nachträglichen Gesetzeslücken

Es kann nicht gesagt werden, dass das REHG den § 56 REG allein im Sinne einer totalen Öffnung der Auslegung verwendete. Das REHG wendete durchaus Vorschriften analog an, wenn eine Gesetzeslücke aufgefunden wurde. In einer Entscheidung des III. Senats vom 29. Mai 1936¹²⁷ ging es um die Anerbenfolge im Falle, dass die Frau des verstorbenen Eigentümers den Hof, den sie vor Geltung des REG von ihm geerbt hatte, ihrem neuen Ehemann übertrug. Der bat sich die Übertragung aus, um im Falle des Versterbens seiner Frau abgesichert zu sein. Kurz vor seinem Tod verfügte er den Erbhof testamentarisch an seinen Stiefsohn, der aus der ersten Ehe der Frau stammte und auf dem Hof aufwuchs. Die Witwe des Erblassers und Mutter des testamentarisch Begünstigten beehrte nun vom AeG Radeburg die Genehmigung des Testaments. Diese wurde abgelehnt, da der Stiefsohn nicht zu den gesetzlichen Anerben des Erblassers gehöre. Eine analoge Anwendung des § 12 DVO II schloss auf die sofortige Beschwerde auch das EHG Dresden ausdrücklich aus, da – auch bei Anwendung der Auslegungsregel des § 56 REG – der ausdrückliche Wortlaut des Gesetzes entgegenstehe. § 12 DVO II sah vor, dass ein Hof, der nach dem Versterben eines Ehepartners vor In-Kraft-Treten des REG im Alleineigentum des überlebenden Ehegatten verblieb, nach Wahl des Überlebenden auch einem Anerben aus der Blutlinie des verstorbenen Ehegatten übertragen werden konnte.

Der LBF legte dagegen sofortige weitere Beschwerde ein und erklärte, dass das Testament dem Sinn des REG entspräche und daher mittels des § 56 REG der Hof dem ursprünglichen Geschlecht erhalten bleiben müsse.

¹²⁷ REHGE 3, 112.

Das REHG führte dazu aus, dass § 12 DVO II Ausfluss des Sippegedankens sei. Der zu entscheidende Fall sei mit diesem Lebenssachverhalt vergleichbar, daher trete der Erblasser an die Stelle eines überlebenden Ehegatten, um einen Anerben aus der anderen Blutlinie zum Anerben bestimmen zu können.¹²⁸ Hier ging das REHG nicht auf die Beschwerdebegründung des LBF ein, der gefordert hatte, mittels § 56 REG ein entsprechendes Ergebnis zu finden. Vielmehr wird aus dem Zweck des Gesetzes argumentiert und dann § 12 DVO II analog angewandt, ohne auf § 56 REG einzugehen. Das Gericht argumentierte nicht, dass Zweifel bei der Anwendung des Gesetzes schon dann gegeben sind, wenn eine auf Grund des Wortlauts gefundene Entscheidung mit dem Zweck des Gesetzes erkennbar nicht übereinstimmt. Es wurde vielmehr dogmatisch sauber eine Analogie angenommen und entsprechend begründet.

Ähnlich in einer Entscheidung des I. Senats vom 28. Mai 1936.¹²⁹ Dort hatte sich ein Bauer – vor In-Kraft-Treten des REG – mit Übergabevertrag von 1919 den Nießbrauch an dem Hof vorbehalten. Davon machte er regen Gebrauch und verkaufte von den 37 ha Land insgesamt 17,64 ha. Der LBF monierte, dass der Hof in keinem guten Zustand sei und beantragte deshalb die Abmeierung des Bauern mit dem Ziel, den Hof an den Sohn des Bauern unbelastet zu übertragen. Das AeG Rahden entsprach dem Antrag, da in Westfalen ein solches Nießbrauchrecht üblich sei und zur Folge habe, dass der Nießbraucher wie der Eigentümer handelt. Daher könne § 15 Abs. 2 REG angewendet werden. Auf die sofortige Beschwerde des Bauern hob das LEHG Celle diesen Beschluss auf, da eine Abmeierung nur gegen den Eigentümer zulässig sei. Das REHG beschloss auf Grund der sofortigen weiteren Beschwerde des LBF, dass die Abmeierung zulässig sei. Dabei setzte sich der Senat mit der Literaturansicht auseinander, dass bei einem Nießbrauch der Eigentümer des verpflichteten Grundstücks die Rechte nach § 1052 BGB habe. Der I. Senat verglich die Zwecke der Bestimmungen des BGB und des § 15 REG miteinander und kam zu dem Schluss, dass diese nicht vergleichbar seien. Das BGB sei von der individualistisch-liberalistischen Vorstellung geleitet, das Eigentum zu schützen. Dies zeige sich vor allem in der Vorschrift des § 1051 BGB. Durch die Hinterlegung des Geldes werde der Eigentümer vor finanziellen Schäden abgesichert. Die etwaige Misswirtschaft hingegen werde nicht beseitigt¹³⁰ und brauche nach dem Leitbild des BGB auch nicht beseitigt zu werden. Hingegen habe das REG den Hof im Auge und entziehe im Missbrauchsfall die Verwaltung und die Nutznießung dem

¹²⁸ REHGE 3, 112, 115f.

¹²⁹ REHGE 3, 23.

¹³⁰ REHGE 3, 23, 26.

Schädiger komplett. Daher ließen sich die Vorschriften weder von den Voraussetzungen noch von den Schutzrichtungen vergleichen. Nach diesem strukturellen und weitgehend sachlichen Vergleich holte der Senat aus und sicherte seine Argumentation ideologisch ab:

„Das, was die neue Agrargesetzgebung von einem Bauern verlangt, kann beim Bestehen eines Nießbrauchs nur von dem Nießbraucher verlangt werden, der tatsächlich die Wirtschaft führt. Wenn zur Erzeugungsschlacht aufgerufen wird, kann nicht der Eigentümer und Bauer, sondern nur der Nießbraucher diesem Rufe folgen. Folgt dieser aber dem Rufe nicht und bewirtschaftet er den Hof völlig unzureichend und unordnungsgemäß, so könnte der Landesbauernführer nach der Entscheidung des Landeserbhofgerichts und bei einer Wortauslegung des § 15 Abs. 2 des Gesetzes nichts gegen ihn unternehmen.“¹³¹

In diesem Falle liegt also wiederum eine nachträgliche Gesetzeslücke vor, die vom REHG durch einen Analogieschluss unter Beachtung des Gesetzeszwecks geschlossen wurde.¹³² Die ideologische Untermauerung war in diesem Fall nicht mehr nötig, erscheint dem Urteil angefügt und hat keine Funktion.

d) Die Grenzen der Analogie trotz § 56 REG

Bei der Auslegung – auch unter Berücksichtigung des § 56 REG – kannte das REHG auch dort Grenzen, wo eigentlich eine weite Auslegung gewünscht wurde, um dem Ziel nahe zu kommen, möglichst viele Höfe als Erbhöfe zu erfassen. So lehnte der II. Senat mit Beschluss vom 29. Juni 1937¹³³ es ab, das Gemeinschaftsverhältnis, das zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinsamen Kindern nach dem Güterrecht des Jüttich Low (Jydske Lov) bestand (das so genannte Sitzenbleiben in ungeteilten Gütern), mit der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß dem § 24 Abs. 1 EHRV als vergleichbar anzusehen. Das AeG Leck hatte hingegen eine Analogie zur fortgesetzten Gütergemeinschaft bejaht. Das LEHG Celle hatte die Nichteintragung des Hofes in das gerichtliche Verzeichnis angeordnet, da eine Rechtsgemeinschaft besonderer Art vorliege, die sich weder mit dem Miteigentum zu ideellen Anteilen noch mit einer Gesamthandsgemeinschaft decke. Auf die sofortige weitere Beschwerde des LBF

¹³¹ REHGE 3, 23, 28.

¹³² In späteren Entscheidungen ließ das REHG ebenfalls in analoger Anwendung des § 15 REG die Abmeierung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft zu, wobei die Misswirtschaft nur bei dem überlebenden Ehegatten vorzuliegen brauchte, REHGE 8, 131. Ausnahmsweise war auch die Abmeierung eines Pächters möglich, wenn dieser zugleich der Ehemann der Bäuerin war, REHGE 7, 483.

¹³³ REHGE 4, 268.

hielt das REHG dies aufrecht. Dabei argumentierte der Senat streng formal. Er ging zunächst vom Grundsatz des § 17 Abs. 1 REG aus, wonach das Alleineigentum an einem Hof Voraussetzung für die Erbhofeigenschaft ist. Ausnahmen seien nur für die Ehegattenerbhöfe, §§ 17, 18 EHRV, sowie für solche vorgesehen, die zum Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörten, § 24 Abs. 1 EHRV. Die Ausnahmen seien deshalb eingeführt worden, weil innerhalb der ehelichen Gütergemeinschaft sowie in der fortgesetzten Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern ein so enges Band bestünde, dass gewährleistet sei, dass der Besitz in der Hand der Sippe verbleibe. Soweit eine tatsächliche Gütergemeinschaft bestehe, könne auch § 24 Abs. 1 EHRV analog auf die Güterstände des alten Rechts, Art. 200, 218 EGBGB, angewendet werden. Dies gelte nicht, falls ein solcher Güterstand eher einer Erbengemeinschaft nahe stehe.¹³⁴ Bei dem hier zu entscheidenden Güterstand kam das REHG zu dem Schluss, dass eine analoge Anwendung nicht gerechtfertigt sei. Zum einen, weil wegen des Ausnahmecharakters des § 24 Abs. 1 EHRV eine enge Auslegung geboten sei, zum anderen, weil die Kinder ein Recht auf Abteilung hätten und auch sonst durch Abtretung, Verpfändung oder Vererbung frei über ihren Anteil verfügen könnten. Das Gemeinschaftsverhältnis habe sich so sehr vom Charakter einer Gütergemeinschaft entfernt, dass auch das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des überlebenden Ehegatten zu keiner anderen Bewertung verhelfen könne, da dies nur die äußere Ähnlichkeit der beiden Rechtsinstitute betreffe.¹³⁵

Die formale Strenge, mit der das REHG hier dieses alte Rechtsinstitut sezierte, überrascht. Ansonsten zeigt sich in einer Reihe von Entscheidungen, dass das REHG bemüht war, den Kreis der Erbhöfe möglichst weit zu ziehen. Dies liegt wahrscheinlich daran, dass ihm hier jede Möglichkeit der Einflussnahme, etwa durch die dingliche Absicherung des ungeteilten Übergehens auf einen Anerben, verwehrt bleibt. Diesen Gedanken führte ebenfalls der II. Senat in einer späteren, aber ähnlich gelagerten Entscheidung weiter aus.¹³⁶ Dort ging es um die analoge Anwendung des § 24 Abs. 1 EHRV bei der Leibzucht nach nassauischem Recht. Dabei handelte es sich im Wesentlichen um eine Errungenschaftsgemeinschaft. Das Eigentum am Hof war nach dem Versterben des einen Ehegatten aufgeteilt in das Sondergut des überlebenden Ehegatten, das Sondergut des verstorbenen Ehegatten, das beschränkt durch die Leibzucht des Überlebenden, im Wege der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge auf den so genannten

¹³⁴ REHGE 4, 268, 271f.

¹³⁵ REHGE 4, 268, 274f.

¹³⁶ REHGE 5, 39.

Eigentumserben übergeht, und in das Errungenschaftsgut, an dem der überlebende Gatte und der Eigentumserbe je einen ideellen Anteil haben. Da hinsichtlich der Bestimmung des Eigentumserben die Vorschriften des BGB galten, konnte auch ein Nichtfamilienangehöriger Gesamthänder werden. Das REHG sah aber eine Anwendung des § 56 REG nur für den Fall als möglich an, dass Gewähr dafür bestehe, dass der Besitz in vollem Umfang an die einzige Tochter des Bauern übergehen könne. Da aber nach Ansicht des REHG eine grundsätzliche Entscheidung zu treffen sei, die nicht auf den Einzelfall abstellen könne und zudem keine Gewähr dafür bestünde, dass die Tochter nicht doch über ihren Anteil verfüge, lehnte es auch unter Berücksichtigung des § 56 REG eine analoge Anwendung des § 24 Abs. 1 EHRV ab.¹³⁷

In einer weiteren Entscheidung des I. Senats vom 27. Oktober 1937¹³⁸ ging es um die Frage, ob ein bei dem Tod des Bauern gerade zwei Monate altes Kind bauernfähig sein kann, obwohl sein Vater unstreitig nicht bauernfähig war, weil er sich um den Hof seines Vaters nie gekümmert hat und Kaufmann geworden war. Das EHG Dresden war als Vorinstanz der Ansicht, dass dies bei minderjährigen Kindern grundsätzlich zu unterstellen sei. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 15 Abs. 1 Satz 3 REG, wonach mangelnde Altersreife allein kein Hinderungsgrund sei. Der Wortlaut sei so eindeutig, dass für eine Anwendung des § 56 REG kein Raum bleibe. Die bindende Kraft des im Gesetz niedergelegten Führerbefehls schließe jede andere Beurteilung aus.¹³⁹ Das REHG kam allerdings zu einer anderen Interpretation des Wortsinns. Es ging davon aus, dass § 15 Abs. 1 Satz 3 REG so zu verstehen sei, dass eine Ausnahme von der Regel bestehe, wonach Bauern stets ehrbar und wirtschaftsfähig sein müssen. Diese Ausnahme sei deshalb notwendig, weil kleinen Kindern diese Eigenschaften grundsätzlich fehlen würden. Die Ausnahme schließe aber nicht aus, dass andere Faktoren, wie etwa die Frage, ob das Elternhaus eine Erziehung zu einem Bauern gewährleisten könne, außer Acht zu lassen seien. Im Ergebnis verneinte das Gericht hier die Bauernfähigkeit. Diese Entscheidung ist zum einen interessant, weil in einem beträchtlichen Maße der Wortsinn einer Vorschrift ausgelegt wird, und zum anderen, weil sich das Gericht, ohne es ausdrücklich auszusprechen, gegen den Ansatz wendet, der Wortlaut der Norm stelle die natürliche Grenze der richterlichen Rechtsschöpfung dar, da die Norm der verkörperte Führerbefehl sei. Dieser Ansatz würde in einem nicht unbeträchtlichen Maße die Entscheidungsfreiheit des REHG binden. Daher fand das Gericht

¹³⁷ REHGE 5, 39, 44.

¹³⁸ REHGE 4, 449.

¹³⁹ REHGE 4, 449, 456.

einen Weg, die Vorschrift so zu interpretieren, dass noch genügend Raum für eine durch § 56 REG legitimierte freiere Entscheidung blieb.

Bei den Grenzen der eigenen Interpretationsmacht war das Gericht offensichtlich eher geneigt, generelle Aussagen zu treffen und nicht nur auf den Einzelfall abzustellen. Eine strategische Begrenzung der Interpretationsmacht durch Erwägungen zur Besonderheit des zu entscheidenden Lebenssachverhalts lässt sich jedenfalls in solchen Fragen selten finden.

e) Ergebnis

Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, die im REG sehr verbreitet waren, tendierte das REHG dazu, ein Ergebnis, das unter Anwendung des § 56 REG gefunden worden war, durch eine Ergebniskontrolle anhand des Gesetzeszwecks, wie es das Gericht verstand, zu kontrollieren. Da dieser Zweck selbst in der Präambel sehr allgemein gehalten war, blieb dem Gericht auch hier ein Spielraum, der die Interpretationshoheit des Gerichts unberührt ließ, aber geeignet war, das Ergebnis formell und argumentativ abzusichern.

Bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe setzte das Gericht in weitem Maße seine Befugnisse nach § 56 REG ein. Dabei überschritt das Gericht auch die Wortlautgrenze bei der Auslegung oder nutzte die Vorschrift auch in Fällen, wo Zweifel nur hinsichtlich der Vereinbarkeit des im Wege der Auslegung gewonnenen Ergebnisses mit dem in der Präambel des REG niedergelegten Zwecks bestanden. Das Gericht war dabei der Auffassung, dass die Vereinbarkeit des Ergebnisses mit dem Zweck des Gesetzes Vorrang vor methodischen Erwägungen habe. Grenzen setzte das Gericht dieser weiten Ausdehnung der eigenen freien Interpretationsmacht vornehmlich dann, wenn das so gefundene Ergebnis einer Bewertung des Sachverhalts im Einzelfall entgegengestanden hätte, auch wenn der Zweck des Gesetzes, den Kreis der Erbhöfe möglichst weit zu ziehen, damit erfüllt worden wäre. Es kam den Senaten also gerade darauf an, möglichst keine grundsätzlichen Entscheidungen zu treffen, sondern im konkreten Einzelfall jeweils eine billige Lösung zu finden. Als solche billige Entscheidung wurde vornehmlich eine solche angesehen, die eine wertende Entscheidung der Anerbenbehörden vor Ort ermöglichte.

3. Die ideologische Auslegung

Die Anerbenbehörden und auch das REHG waren eingerichtet worden, um das REG als Umsetzung spezifisch nationalsozialistischer Zielerwägungen¹⁴⁰ durchzusetzen. Eine Analyse der Rechtsprechung und der Methodik des REHG wäre unvollständig, wenn nicht diesem Punkt ein besonderes Augenmerk gewidmet würde. Dabei soll untersucht werden, inwieweit die Rechtsprechung im Ergebnis von ideologischen Momenten geleitet war und in welcher Art und Weise dies im Prozess der Rechtsgewinnung eingebaut wurde. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auch auf die Stellung des Eigentümers im REG gerichtet werden, da in der zeitgenössischen Diskussion gerade die dogmatische Bewertung des Eigentums als ein Hauptunterschied zwischen dem nationalsozialistischen REG und dem mit »liberalistischem« Gedankengut belasteten BGB gesehen wurde. Darauf folgend soll ein bestimmtes Argumentationsmuster genauer untersucht werden, das bei der Analyse der Rechtsprechung aufgefallen ist und das als »Koppelung« bezeichnet werden soll. Dem Muster ist zu Eigen, dass ideologische mit klassischen Argumenten aus der Jurisprudenz zu einer Begründung zusammengeschlossen werden, wobei die klassischen Argumente die Entscheidung häufig schon tragen, die ideologischen Argumente aber einen vorrangigen Platz in der Begründung einnehmen. Zuletzt soll schließlich noch die Rolle des Ordnungsbegriffs in der Rechtsprechung der drei Senate des REHG untersucht werden. Wobei es hier zu fragen gilt, ob – soweit sich eine Orientierung an Ordnungen überhaupt nachweisen lässt – dies in der Rechtsprechung nur schmückendes Beiwerk ist oder eine tragende Rolle bei der Entscheidungsfindung spielt.

a) Die völkische Argumentation

Es zeigt sich, dass bei der Auslegung völkische Gedankengänge öfters in die Argumentation mit einbezogen wurden. In der schon weiter oben wiedergegebenen Entscheidung des I. Senats vom 28. Mai 1936,¹⁴¹ bei der es um die Zulässigkeit der Abmeierung eines Nießbrauchers ging, war es ein Indiz für die fehlende Bauernfähigkeit des Nießbrauchers, dass er eine Kuh an einen jüdischen Händler noch dazu zu einem recht geringen Preis verkauft hatte.¹⁴²

¹⁴⁰ Vgl. dazu Seite 119ff.

¹⁴¹ REHGE 3, 23; vgl. dazu Seite 248ff.

¹⁴² REHGE 3, 23, 24.

Auf fast schon kuriose Art und Weise legte der I. Senat in einer frühen Entscheidung vom 21. Dezember 1934¹⁴³ dar, warum ein Erbhofbesitzer, der die Offizierslaufbahn eingeschlagen hatte und mittlerweile Generalmajor a.D. war, das heimische Gut aber höchstens in den Ferien aufgesucht hatte, trotzdem bauernfähig sei. Dies, obwohl der Eigentümer selbst erklärte, dass er von der Landwirtschaft nichts verstehe und kein Interesse habe, sich die Kenntnisse anzueignen. Das Gericht stellte darauf ab, dass gerade Offiziere geeignet seien, ein Gut von einer Größe von immerhin über 73 ha zu leiten, da die Mitarbeit des Bauern weniger erforderlich sei als vielmehr eine leistungsfähige Oberaufsicht. Ohne – wie eigentlich gesetzlich vorgesehen – auf die persönliche Eignung des Offiziers abzustellen, führte das Gericht allgemeine Erwägungen zur Bauernfähigkeit an:

„Frühere Offiziere haben schon in vielen Fällen, besonders in der Nachkriegszeit, die Bewirtschaftung von Gütern mit gutem Erfolg übernommen und durchgeführt. Sie bringen häufig Eigenschaften mit, die bei Leitung und Organisation eines großen Gutes mit vielen Angestellten und Hilfskräften für eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung wesentliche Voraussetzung sind und den vorläufigen Mangel an landwirtschaftlichen Spezialkenntnissen ausgleichen. Ein allgemeines Verständnis von Grund und Boden dürfte auch bei Generalmajor v. E. von den Eltern her im Blut liegen und vererbt sein. Er ist infolge Geburt und Erziehung nicht als land- und bauernfremd zu betrachten.“¹⁴⁴

In einer anderen Entscheidung ging es unter anderem um die Frage, ob die Nichte der Eigentümerin, die zwar eine landwirtschaftliche Lehre aufgenommen, - aber ansonsten wenig praktische landwirtschaftliche Erfahrung hatte, es verstehe einen recht großen landwirtschaftlichen Betrieb wirtschaftlich zu leiten, also bauernfähig sei. Dabei spielte für den entscheidenden Senat eine Rolle, ob sie sich in absehbarer Zeit mit einem Landwirt verheiraten werde und so den Hof in der Sippe halten könne. Ihre kinderlose Tante sollte letztwillig den Hof erhalten, um ihn später an sie weitergeben zu können. Der LBF wollte die Bauernfähigkeit aller Verwandten der Erblasserin verneinen, um so einer neuen Sippe eine Lebensgrundlage zu schaffen. Hinsichtlich dieser Frage befand das Gericht:

„Von ihr kann erwartet werden, daß sie heiraten und Kinder haben wird. Sie ist gesund und wird als der Typ eines blonden, hochgewachsenen, nordischen Menschen geschildert. Bei ihrer bäuerlichen Einstellung ist auch anzunehmen, daß sie einen Landwirt heiraten wird. Somit weisen alle Umstände darauf hin, daß Julie B. einmal den Hof, den ihre Tante lediglich als Bindeglied der Sippe bewahren und nutzen soll, mit Erfolg in Bewirtschaftung nehmen und auf diese Weise in einem Zweig der alten angestammten Sippe erhalten wird.“¹⁴⁵

¹⁴³ REHGE 1, 142.

¹⁴⁴ REHGE 1, 142, 146.

¹⁴⁵ REHGE 7, 78, 94.

Auch wenn es sich hierbei nicht um eine ideologische Argumentation im engeren Sinne handelt, so zeigen diese Entscheidungen deutlich, wie das Gericht in den geltenden Vorstellungen der Zeit verhaftet war und wie es von Fall zu Fall nach einer Begründung suchte, um zum gewünschten Ergebnis zu gelangen.

Die Werte und Wertungen, die hinter einer Entscheidung des REHG stehen können, werden an einer Entscheidung des II. Senats vom 6. Februar 1935¹⁴⁶ deutlich. Dort ging es um die Bauernfähigkeit einer Witwe, die auf Grund eines mit ihrem verstorbenen Ehemann geschlossenen Erbvertrags Alleinerbin des Hofes wurde. Sie verpachtete den gesamten Grundbesitz schon im Jahre 1913 parzellenweise und verkaufte das gesamte lebende und tote Inventar des Hofes. Lediglich im Wohnhaus des Hofes blieb sie wohnen. Der damals geschlossene Erbvertrag sah unter anderem vor, dass nach dem Tod des Letztversterbenden die zum Nachlass gehörenden Grundstücke öffentlich versteigert werden sollen und der Erlös an die jeweils mit einem entsprechenden Vermächtnis bedachten Angehörigen ausgekehrt werden solle. Dementsprechend beantragte die Eigentümerin vor dem AeG Nieder-Olm festzustellen, dass der Hof am 1. Oktober 1933 kein Erbhof wurde, da dieser dauerhaft verpachtet war. Das AeG stellte fest, dass keine ständige Verpachtung vorliege, da die Pachtverträge mit Übergang des Hofes auf einen Anerben enden würden. Diesen Beschluss focht die Eigentümerin vor dem EHG Darmstadt erfolgreich an. Gegen den Beschluss des EHG erhob der LBF sofortige weitere Beschwerde. Dabei stellte er sich auf den Standpunkt, dass für die entscheidungserhebliche Frage der ständigen Verpachtung des Bodens nicht die subjektive Einstellung der Eigentümerin ausschlaggebend, sondern auf objektive Kriterien abzustellen sei. Hier würde die Eigentümerin nach Art einer Altenteilerin auf dem Hof wohnen und nutze ihn auch entsprechend einer solchen. Damit sei die Verbundenheit mit dem Hof nicht gelöst.¹⁴⁷

Der II. Senat folgte dieser Argumentation nicht, sondern entschied, dass das Wesen der aufgeworfenen Frage eine Heranziehung subjektiver Kriterien geradezu verlange:

„Die Verbundenheit von Blut und Boden kann nicht nur nach objektiven Kriterien bestimmt werden. Der Bauer fühlt sich und seine Sippe mit dem Boden verbunden. Dieses Gefühl der Verbundenheit gehört zu der bäuerlichen Einstellung, die den Bauern erst zum wahren Bauern macht. Schon deshalb muß auch bei der Frage, ob die bäuerliche Verbundenheit gelöst ist, die subjektive Einstellung des Eigentümers berücksichtigt werden, wenn sie in entsprechenden Maßnahmen zum Ausdruck gekommen ist. Die

¹⁴⁶ REHGE 1, 258.

¹⁴⁷ REHGE 1, 258, 259.

Nichtbeachtung würde auch zu Ergebnissen führen, die dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen, besonders dann, wenn einzelne objektive Merkmale auf eine Lösung der Verbundenheit hinzudeuten scheinen, die subjektive Einstellung des Eigentümers aber darauf gerichtet ist, die Verbundenheit aufrechtzuerhalten, und so den objektiven Maßnahmen eine andere Deutung geben kann.“¹⁴⁸

In dieser Entscheidung führte der II. Senat im Übrigen weiter aus, dass es die Aufgabe der Anerbenbehörden sei, zu verhindern, dass der Boden durch Bauern kapitalistisch genutzt werde,¹⁴⁹ wobei sich das REHG ausdrücklich auf die Ziele der nationalsozialistischen Agrarpolitik berief, die für die Frage der dauerhaften Verpachtung bindend seien. Darüber hinaus teilte das REHG die Ansicht des LBF nicht, es sei nicht maßgebend, was die Beteiligten wollen, sondern was im Interesse der Allgemeinheit richtig und sinnvoll sei. Vielmehr solle nur der die Rechte und Pflichten eines Bauern haben, der auch die Verbundenheit mit Blut und Boden nicht durch eine kapitalistische Nutzung des Bodens gelöst habe. Nur so sei eine Gewähr dafür geboten, dass ein Erbhof den hohen Aufgaben für Familie und Volk gerecht werden könne.¹⁵⁰ Dies entspricht in der Sache der Konzeption der Stellung des Subjekts innerhalb der Ordnung, wie sie Larenz und Busse entworfen haben. Nur wer sich pflichtgemäß gegenüber den Anforderungen, die eine Sonderordnung zum Wohle der Volksgemeinschaft aufgibt, verhält, kann dieser Ordnung angehören. Wer die Anforderungen nicht erfüllt, gehört nicht dazu und kann daher durch eine Sanktion, wie etwa die Abmeierung, aus der Ordnung ausgeschlossen werden.

Hier zeigt sich, wie das REHG durch die Subjektivierung der Tatbestandsmerkmale des Gesetzes versuchte, eine möglichst weitgehende Deutungshoheit zu behalten. Dies wurde mit Elementen der nationalsozialistischen Blut-und-Boden-Ideologie verbunden und so auf dem Boden der Ideologie nachvollziehbar gemacht. Damit konnte gleichzeitig die eigene Auslegung weitgehend unangreifbar gemacht werden.

Während in dieser Entscheidung das REHG die subjektive Einstellung des Eigentümers zu den Werten der nationalsozialistischen Agrarideologie gegenüber dem Nutzen für die Allgemeinheit heraushob, war die Formel „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ durchaus bekannt und zeigte im Ergebnis auch Auswirkungen in der Rechtsprechung des Gerichts. Hinsichtlich der Genehmigung von Pachtverträgen nach § 30 EHRV etwa stellte sich der III. Senat auf den Standpunkt, dass die einzelnen Klauseln des Pachtvertrags vom Standpunkt der Allgemeinheit,

¹⁴⁸ REHGE 1, 258, 260.

¹⁴⁹ REHGE 1, 258, 261.

¹⁵⁰ REHGE 1, 258, 261.

insbesondere den Zielen der Ernährungswirtschaft, gutzuheißen sein müssen, da sie dann auch dem Besten des Hofes, des Verpächters und des Pächters dienen würden.¹⁵¹

In Fällen, bei denen es um die Abtretung von Bauernland für die Zwecke der Stadtentwicklung oder der Wehrmacht ging, hatte das REHG mehrfach Gelegenheit zum Verhältnis des Individuums zur Volksgemeinschaft Stellung zu nehmen. So beschloss der III. Senat in einer Entscheidung vom 30. Mai 1938,¹⁵² dass ein Abverkauf von Erbhofland auch für die Zwecke des Militärs, hier die Errichtung einer Fliegerschule durch die Luftwaffe, dann nicht in Betracht komme, wenn durch den Abverkauf eines Teils des Besitzes der Restbesitz nicht länger lebensfähig und Ersatzland nicht zu beschaffen sei. In einem solchen Fall sei vielmehr die komplette Umsiedlung des Bauern ins Auge zu fassen. Dabei ging das REHG von dem durch das Gesetz über die Landbeschaffung für Zwecke der Wehrmacht vom 29. März 1935¹⁵³ aufgestellten Grundsatz aus, der im Falle von Enteignungen bei Erbhöfen stets eine Entschädigung in Land anordnet, soweit der LBF nicht bescheinigt, dass der Hof durch die Hingabe von Ackerfläche nicht in seinem Bestand gefährdet werde.¹⁵⁴ In einer anderen Entscheidung wurde der Grundsatz dahingehend präzisiert, dass dies auch zu gelten habe, wenn freihändig Land an die Wehrmacht verkauft werde. Soweit ein Ausgleich in Land nicht möglich sei, haben die Anerbenbehörden durch Auflagen bei der Genehmigung sicherzustellen, dass der Verkaufserlös zum Ankauf neuen Landes genutzt werde.¹⁵⁵ In diesem Bereich ging also die Aufrüstung, die nach damaliger Ansicht eines der vorrangigsten Ziele der Allgemeinheit war, nicht unbedingt den Zwecken des REG vor. Vielmehr sollten diese Ziele und Zwecke in Konkordanz gebracht werden. Soweit, wie in dem Sachverhalt, dem die Entscheidung in REHGE 5, 267 zu Grunde lag, eine solche Konkordanz nicht zu erreichen war, wurden durchaus auch die Ziele des REG vor die der Allgemeinheit gestellt.

Ähnliche Erwägungen leiteten den II. Senat in einer Entscheidung vom 13. März 1936¹⁵⁶ bei der Frage, ob es der Entstehung eines Erbhofs entgegensteht, dass große Teile des Besitzes in absehbarer Zeit für die weitere Entwicklung einer nahen Stadt als Bauland in Anspruch genommen werden. Auch hier wurde dies

¹⁵¹ REHGE 6, 343, 345.

¹⁵² REHGE 5, 267.

¹⁵³ RGBl. I, 467.

¹⁵⁴ Vgl. dazu auch REHGE 3, 139, 142.

¹⁵⁵ REHGE 6, 40, 47.

¹⁵⁶ REHGE 2, 258.

verneint und ausgeführt, dass ein Ausgleich im Einzelfall zwischen den Belangen der Allgemeinheit und den Zielen des REG gefunden werden müsse. Soweit dann ein Verkauf von Erbhofland notwendig erscheine, müsse durch geeignete Auflagen zum einen sichergestellt werden, dass der Hof lebensfähig bleibe, zum anderen dürfe der Anerbe auf Kosten der übrigen Erben nicht unverhältnismäßig vom Verkaufspreis profitieren.¹⁵⁷

Bei den Entscheidungen des REHG spielten des Öfteren Fragen des »Rasserechts« eine Rolle. Insbesondere bei der Frage, ob Personen, die bei Inkrafttreten des REG schon Eigentümer eines Hofes waren, als bauernfähig einzustufen seien. Sollte dies verneint werden, so liege wegen des Fehlens der persönlichen Voraussetzungen kein Erbhof vor. In Anbetracht der erheblichen Rechtsfolgen ging das REHG bei solchen Fragen differenziert vor. Das Gericht legte für solche Sachverhalte dar, dass die Bedeutung des Vorliegens einer Erbkrankheit für die Frage der Bauernfähigkeit nicht eindeutig im Voraus zu entscheiden sei, so dass es immer einer Wertung der Umstände des Einzelfalls bedürfe.¹⁵⁸ Solche Einzelfallentscheidungen traf das REHG etwa hinsichtlich der Frage, ob ein Anlagenträger im Sinne des damaligen Gesetzes als bauernfähig gelten könne.¹⁵⁹ Soweit der Eigentümer selbst ein Erbleiden hatte, wurde vom II. Senat danach differenziert, ob er den Hof ordnungsgemäß bewirtschaftet habe und gesunde Kinder vorhanden seien, so dass der Hof seinen »bevölkerungspolitischen« Zwecken nur vorübergehend entzogen sei.¹⁶⁰ Dieses Kriterium verneinte der I. Senat bei einem Epileptiker und hielt diesen für nicht wirtschaftsfähig, obwohl der Hof ordnungsgemäß bewirtschaftet worden ist.¹⁶¹ Dort war ausschlaggebend, dass das Gericht auf Grund der Häufigkeit der Anfälle die zukünftige ordnungsgemäße Bewirtschaftung in Frage gestellt sah. In einer weiteren Entscheidung des I. Senats vom 25. September 1940¹⁶² ging es um einen Bauern, der Selbstmord begangen hatte. Seine einzige Tochter war wegen manisch-depressiver Störungen etwa ein halbes Jahr nach dem Selbstmord des Bauern auf Grund des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses¹⁶³ unfruchtbar gemacht worden. Neben der Witwe kamen als Anerben nur noch seine Schwester und deren Sohn in Frage, die allerdings schon einen Erbhof bewirt-

¹⁵⁷ REHGE 2, 258, 263.

¹⁵⁸ REHGE 8, 20, 23.

¹⁵⁹ REHGE 4, 128.

¹⁶⁰ REHGE 6, 433.

¹⁶¹ REHGE 6, 204.

¹⁶² REHGE 8, 20.

¹⁶³ Gesetz vom 14. Juli 1933, RGBI. I, 529.

schafteten. Die Witwe stellte im September 1938 den Antrag, die Erbhofeigenschaft des Grundbesitzes wegen der fehlenden Bauernfähigkeit ihres Mannes abzuerkennen, da dieser ebenfalls an manisch-depressiven Störungen gelitten habe. Das Gericht entsprach diesem Antrag, da nach der Beweislage eine große Wahrscheinlichkeit für eine solche Krankheit spreche und ein milder Maßstab bei der Beurteilung nicht angezeigt sei, da ausgeschlossen sei, dass die Nachkommen weiter auf dem Hof lebten und so kein Bedürfnis bestehe, ihn in der Sippe zu halten.¹⁶⁴ Wertend führte der Senat an, dass jede andere Entscheidung dazu führe, dass die Sippe entschädigungslos enteignet werde, da die Witwe allein den Hof nicht ordnungsgemäß bewirtschaften könne, so dass eine Abmeierung zwangsläufig sei. Dieses Ergebnis verletze das Volksempfinden und sei daher abzulehnen.

Eine gewisse Grenze zog das REHG aber dennoch, um nicht völlig der Willkür Tür und Tor zu öffnen. Dem Beschluss des I. Senats vom 7. Oktober 1939¹⁶⁵ lag zu Grunde, dass das REHG einem Landwirt wegen dessen fehlender Eignung den Hof wirtschaftlich zu führen, den Hof abgesprochen hatte. Sein Hof wurde damit kein Erbhof. Der Landwirt hatte den Betrieb zwar an sich ordnungsgemäß geführt, war aber immer wieder mit den Kreditraten in Rückstand geraten. Das REHG führte aus, dass auch unter Anwendung des in der Übergangszeit gebotenen milden Maßstabs die Zahlungsmoral des Landwirts nicht mit der bäuerlichen Ehrauffassung in Einklang stünde. Die Kinder des Landwirts stellten daraufhin beim AeG Vechta den Antrag, festzustellen, dass der Hof dennoch ein Erbhof sei. Dem Schreiben fügten sie einen Brief der Kanzlei des Gauleiters bei, der an den KBF gerichtet war und in dem sich der Gauleiter für den Landwirt verwendete. Das AeG bejahte daraufhin das Antragsrecht der Kinder und die Bauernfähigkeit, da sich viele hohe Stellen des Reichsnährstandes, der Partei und des Staates für den Landwirt eingesetzt hätten. Die Gläubiger des Landwirts legten dagegen weitere Beschwerde ein, die vom EHG Oldenburg ohne nähere Erörterung abgewiesen wurde. Die sofortige weitere Beschwerde der Gläubiger wurde vom REHG als zulässig angesehen, in der Sache aber zur erneuten Überprüfung an ein EHG zurückverwiesen. Das REHG sah allerdings einen Verfahrensverstöß des EHG als gegeben an, soweit es die Behauptungen der Kinder des Landwirts ungeprüft übernommen habe. Es erscheine nicht angängig als Grundlage für eine Entscheidung allein die Tatsache zu nehmen, dass sich die Partei für den Landwirt eingesetzt habe. Ein berechtigtes Feststellungsinteresse

¹⁶⁴ REHGE 8, 20, 29.

¹⁶⁵ REHGE 9, 16ff.

der Kinder wurde aber gleichwohl angenommen. Allerdings hielt der Senat eine Zurückverweisung an ein anderes EHG für angebracht, das schließlich ebenfalls die Bauernfähigkeit verneinte.¹⁶⁶

In diesem Fall hat das REHG ein Exempel statuiert, damit die Verfahren nicht vollständig von den Bauernführern und der Partei beeinflusst werden konnten. Trotzdem zeigt sich, dass die befassten Senate im Wesentlichen Billigkeitsentscheidungen getroffen, es aber verstanden haben, diese auf dem Boden der bestehenden Rechtslage und des ideologischen Verständnisses in einen Kontext zu stellen, der eine Übereinstimmung mit den Zielen des Nationalsozialismus zumindest suggerieren konnte. Als Strategie lässt sich darüber hinaus erkennen, dass bei Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung das Gericht selten eine allgemeine Entscheidung traf, sondern vielmehr versuchte, auf die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls abzustellen. Dies erfolgte – so steht zu vermuten – mit Bedacht, um den Untergerichten nicht zu viel Handlungsspielraum zu bieten.

b) Das Eigentum unter dem REG

Ein weiterer Aspekt bei der Auslegung des REG ist die Rolle des Eigentümers unter dem REG. Wie weiter oben bereits ausgeführt, war nicht zuletzt die Reichweite dieses Instituts und die Abgrenzung zum Eigentumsbegriff des BGB ein wesentlicher Diskussionspunkt in der Literatur zum REG. Das REHG nahm insoweit nur zu einzelnen Aspekten dieses Instituts Stellung, enthielt sich aber einer umfassenden dogmatischen Durchdringung dieser Frage. Die einzelnen Facetten sollen hier dargelegt werden. In einer Entscheidung vom 2. Juli 1937,¹⁶⁷ in der über die Abmeierung eines Bauern zu befinden war, richtete der I. Senat sein Augenmerk auf die Vorstellung des Eigentümers von seinem Eigentum und die Vereinbarkeit dieser Ansicht mit den geltenden Wertmaßstäben unter dem Nationalsozialismus. Dabei lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Der damals 73 Jahre alte Bauer lebte allein auf seinen über 19 ha großen Hof. Schon im Jahre 1931 wurde gegen ihn ein Entmündigungsverfahren angestrengt. Seine Anfechtungsklage hatte im zweiten Rechtszug Erfolg. Der LBF stellte den Antrag, dem Bauern die Verwaltung und Nutznießung an dem Hof dauerhaft zu untersagen, da die Zustände auf dem Hof unhaltbar seien. Die Tiere erhielten kaum Futter, die Milchlieferung sei wegen Unsauberkeit untersagt worden und der Be-

¹⁶⁶ REHGE 9, 16, 27 (FN)

¹⁶⁷ REHGE 5, 32.

trieb habe in den letzten vier Jahren kein Einkommen erzielt. Diesem Antrag entsprach das AeG Wuppertal-Barmen. Auf die sofortige Beschwerde des Bauern vertrat das LEHG Celle den Standpunkt, der Bauer habe schon vor dem In-Kraft-Treten des REG so mangelhaft gewirtschaftet, dass er als nicht bauernfähig anzusehen sei, womit der Hof zum Stichtag kein Erbhof geworden sei. Folglich gehe der Antrag des LBF ins Leere. Nach der sofortigen weiteren Beschwerde des LBF hatte das REHG zu entscheiden. Hinsichtlich der Frage, ob der Hof mit In-Kraft-Treten des REG ein Erbhof geworden sei, entschied der Senat, dass ein milder Maßstab bei der Frage der Bauernfähigkeit anzulegen sei. Insbesondere sei zu berücksichtigen, dass sich der Bauer vor dem In-Kraft-Treten des REG noch unzweifelhaft von Verwandten in Fragen der Führung des Hofes habe unterstützen lassen. Das sei erst in den Jahren danach von Seiten des Bauern abgelehnt worden und sei ein wesentlicher Grund für die nicht zu übersehende Verwahrlosung des Hofes.

Dem Gericht reichte es nicht, diese objektiven Kennzeichen einer mangelnden Bewirtschaftung des Hofes darzulegen, die auf dem Boden der Rechtsprechung unzweifelhaft ausreichend waren, die Abmeierung des Bauern zu rechtfertigen. Vielmehr strich der Senat es als wesentlich heraus, dass der Bauer sich als Eigentümer verstünde, der mit seinem Hof tun und lassen könne, was ihm beliebt und dies auch mehrfach ausgesprochen habe.¹⁶⁸ Der Senat führte dazu aus:

„Die Vertretung dieses Standpunktes ist mit den Grundsätzen des heutigen Staates und den Erfordernissen der Volksernährung völlig unvereinbar. Sie widerspricht in der von S. geübten Durchführung den hauptsächlichen Pflichten eines Bauern und einer ordnungsgemäßen Wirtschaft. Wer eine solche Auffassung zum erheblichen Nachteile seines Grundbesitzes, seiner Sippe und seines Volkes in die Tat umsetzt, kann heute nicht als bauernfähig anerkannt werden. Für die Zeit vor Errichtung des nationalsozialistischen Staates im Jahre 1933 galten diese Grundsätze nicht ohne weiteres. Vielmehr entsprach es der früher herrschenden liberalistischen Wirtschaftsanschauung, daß jeder über sein Eigentum verfügen könne, wie er wolle. Die Grundsätze, daß der Bauer den von ihm bewirtschafteten Grundbesitz als Treugut seiner Sippe und seines Volkes bewirtschaftet, daß er mit der Übernahme eines Grundbesitzes von seinen Eltern nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten gegenüber Sippe und Staat übernimmt, daß der Bauer nicht nur daran denken darf, sich selbst zu ernähren, sondern auch zur Ernährung des Gesamtvolkes beitragen muss, sind nationalsozialistisches Gedankengut.“¹⁶⁹

Hier zeigt sich eine der Rechtsprechung des REHG eigentümliche Verquickung von ideologischen Argumenten bei der Entscheidungsbegründung mit solchen, die im Wege der Auslegung im herkömmlichen Sinne gewonnen wurden. An dieser Stelle ergänzen sich die beiden Bereiche. Es hätte nach der Sachlage eines

¹⁶⁸ REHGE 5, 32, 36.

¹⁶⁹ REHGE 5, 32, 36f.

Rückgriffs auf die nationalsozialistische Weltanschauung nicht bedurft, um zu der gewünschten Bejahung der Erbhofeigenschaft und der gewollten Abmeierung des Bauern im Einzelfall zu kommen. In weiteren Entscheidungen zeigt sich eine Koppelung rationaler und ideologischer Argumente in der Gestalt, dass zunächst eine Entscheidung durch ideologische und irrationale Argumente begründet wird, aber eine – eigentlich tragende – rationale Begründung auf dem Boden der konservativen Jurisprudenz nachgereicht wird, als ob das Ergebnis nach Ansicht des Senats einer zusätzlichen Absicherung bedurft hätte.¹⁷⁰

Das REHG vertrat mehrfach den Standpunkt, dass der Bauer als Eigentümer des Hofes nicht frei über diesen verfügen könne. Dabei kämen als Grenzen der freien Verfügungsmacht nicht nur die gesetzlichen Vorgaben des REG in Betracht, sondern auch Grenzen, die sich aus dem Erhbegriff ergäben. In einer Entscheidung vom 18. November 1938¹⁷¹ stellte der III. Senat klar, dass der Eigentümer in einem Gebiet, wo die freie Bestimmung des Anerben üblich sei, nicht einem seiner Söhne den Hof versprechen könne, um dann aber einen Übergabevertrag mit einem anderen Sohn abzuschließen, weil er sich mit dem einen wegen einer Nichtigkeit überworfen hat. In dem zu entscheidenden Sachverhalt arbeitete der Sohn in Erwartung des Erbes jahrelang mit seiner Familie unentgeltlich auf dem Hof und pachtete seit 1934 sogar einen Teil des Hofes. Das REHG führte aus, dass ein Übergabevertrag, wie ihn der Bauer beabsichtige gegen die bäuerliche Lebensordnung und die Ehrauffassung verstoße, die das Recht der freien Wahl des Hofnachfolgers begrenze.¹⁷² Darüber hinaus stellte der Senat fest, dass ein solches Verhalten die Abmeierung des bisherigen Eigentümers rechtfertige.

Es liegt wieder eine deutlich auf den Einzelfall bezogene Entscheidung vor. Das Hauptargument, dass nämlich die bäuerliche Lebensordnung die Willkür des Eigentümers unter der Geltung des REG begrenze, wird nicht näher ausgeführt, sondern festgestellt. Zusätzlich drohte das Gericht in seiner Entscheidung mehr als deutlich an, dass wenn sich der bisherige Eigentümer einem Übergabevertrag mit seinem bislang als Hofnachfolger vorgesehenen Sohn weiter widersetze, ein Abmeierungsverfahren unausweichlich sei.¹⁷³ Auch wenn dieser Ausspruch obiter dictum erfolgte, ist die Drohung unübersehbar und mehr als geeignet, den Sachverhalt in die vom REHG gewünschte Richtung zu lenken.

¹⁷⁰ Vgl. dazu Seite 274ff.

¹⁷¹ REHGE 6, 138.

¹⁷² REHGE 6, 138, 147.

¹⁷³ REHGE 6, 138, 150.

Ansonsten nahm das REHG wenig Stellung zu umstrittenen Fragen, die sich aus dem Eigentumsbegriff des REG ergaben. Ein Punkt, der in der Literatur besonders diskutiert worden ist, wurde allerdings von dem REHG in einer Entscheidung des III. Senats vom 12. August 1941¹⁷⁴ aufgegriffen. Dabei ging es um die Frage, inwieweit der Verkaufserlös vom Abverkauf von Boden eines Erbhofs als Surrogat zu dem Erbhof gehört oder nicht. Zu dieser Frage gab es umfangreiches Schrifttum.¹⁷⁵ Im Wesentlichen waren diesbezüglich drei Positionen auszumachen. Einer Ansicht nach war die Surrogation in weiten Ausmaßen unter analoger Anwendung von § 4 EHRV zulässig. Dies müsse erst recht dann gelten, wenn durch eine gerichtliche Auflage bei der Genehmigung eines Übergabevertrags sichergestellt sei, dass der Erlös zweckgebunden dem Erbhof zugute komme. Anderer Ansicht nach wirkte eine gerichtliche Auflage nicht dinglich, so dass sie allein eine Surrogation nicht rechtfertigen könne. Soweit sie von den Autoren dann doch zugelassen wurde, sahen sie deren Grund vielmehr in der tatsächlichen Absonderung des Geldes und der Erklärung, dieses für den Erbhof nutzen zu wollen. Eine dritte Richtung schließlich sah eine Surrogation als mit dem REG nicht vereinbar an.¹⁷⁶ In dem zu entscheidenden Fall vertrat das Verwaltungsamt des RBF den Standpunkt, die Surrogation würde kraft Gesetzes automatisch eintreten.

Dieser Ansicht des Verwaltungsamts des RBF trat das REHG, wenn auch nicht im Ergebnis, so doch in der Begründung entgegen. Gegen einen Fall der gesetzlich angeordneten Surrogation spreche vor allem § 9 REG. Diese Vorschrift sieht vor, dass Versicherungsleistungen, die auf einen Erbhof ausgezahlt werden, auch zu diesem gehören. Dies sei ein gesetzlich geregelter Fall der Verbindung einer Kapitalforderung mit einem Erbhof. Diese Vorschrift sei grundsätzlich als Ausnahme anzusehen, die nicht ohne weiteres auf andere Sachverhalte angewendet werden könne.¹⁷⁷ Daher sei im Wege der Auslegung nach § 56 REG zu bestimmen, inwieweit in dem zu Grunde liegenden Sachverhalt eine Verbindung des Erbhofs mit der Kapitalforderung möglich sei. Die dogmatische Stellung des Erbhofs wurde in diesem Zusammenhang nur kurz umrissen, und auf

¹⁷⁴ REHGE 8, 384.

¹⁷⁵ Vgl. etwa Klässel, Die Surrogation im Erbhofrecht, in: RdRN 1940, S. 65ff.; Dölle, Lehrbuch des Reichserbhofrechts, 2. Auflage, München 1939, S. 56; Busse, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936, S. 153f.; Herschel, Das Erbhofeigentum, Mannheim 1936, S. 144ff.; REHGE 8, 384, 391ff. m.w.N.

¹⁷⁶ Vgl. dazu REHGE 8, 384, 391ff.

¹⁷⁷ REHGE 8, 384, 394.

der Grundlage des § 56 REG wurde eine in den Augen des Gerichts sachgemäße Lösung angestrebt:

„Der Erbhof hat lebensgesetzliche Aufgaben für das Volk zu erfüllen. Er stellt sich als eine Art zweckgebundenen Sondervermögens dar. Seine wirtschaftliche und organische Einheit zu erhalten ist eines der Hauptziele des Reichserbhofgesetzes. Deshalb ist die Loslösung eines dem Bauern gehörenden Betriebsteiles im Wege des rechtsgeschäftlichen Erwerbes nur ausnahmsweise möglich. Erteilt das Anerbengericht hierzu die Genehmigung und erscheint es mit Rücksicht auf die Größe und Bedeutung notwendig, die durch die Abgabe des Erbhoflandes entstandene Lücke wieder zu schließen, so muß zu diesem Zweck der Erlös erbhofrechtlich gebunden werden. Eine derartige, ihrer Zweckbestimmung nach nur vorübergehende Festlegung des Veräußerungserlöses, die seine sachgemäße Verwendung zur Beschaffung von Ersatz für die veräußerten Erbhofteile gewährleistet, ihn auch gegen den Zugriff der Gläubiger des Bauern sichert, liegt im Rahmen der Aufgaben der Anerbenbehörden. Die Anerbenbehörden treffen damit eine rechtsgestaltende Verfügung, nicht nur die Feststellung einer kraft Gesetzes eingetretenen Rechtsfolge.“¹⁷⁸

Eine solche Begründung lässt wenig Raum für dogmatische Betrachtungen über das Wesen des Eigentums. Vielmehr wird eine Lösung für wünschenswert und mit den Zielen des REG am ehesten für übereinstimmend erklärt und dann mit einem knappen Hinweis auf § 56 REG formal begründet. Das Gericht führte in diesem Zusammenhang weiter aus, dass es in jedem Fall einer Überprüfung durch die Anerbenbehörden bedürfe, in welchem Umfang der Verkaufserlös für die Ersatzbeschaffung von Erbhofland notwendigerweise gebunden werden müsse. Nur in diesem Umfang sei auch eine solche Bindung durch die Behörden auszusprechen. Alles andere stelle eine vom Gesetz nicht gewollte Beschränkung des freien, verantwortungsbewussten Bauern dar.¹⁷⁹ Die in diesem Umfang notwendige Bindung des Erlöses an den Erbhof geschehe durch eine Widmung, die durch den Spruch des Gerichts zu erfolgen habe. Diese Grundsätze seien im Übrigen auch auf Fallgestaltungen anwendbar, bei denen der nach dem Verkauf verbliebene Besitz mangels Ackernahrung kein Erbhof mehr sei. Nach diesen Grundsätzen sei die Ansicht nicht zu halten, dass in analoger Anwendung des § 9 REG eine Surrogation kraft Gesetzes in solchen Fällen vorliege. Gleichwohl sei aber der Surrogationsgedanke dem REG nicht durchweg fremd und finde in der dargelegten Art und Weise Beachtung.¹⁸⁰

Eine solche Argumentation macht eine dogmatische Stellungnahme überflüssig, da sie allein auf die Macht des § 56 REG gestützt war, der es den Gerichten erlaubte, in Fällen, wo eine Gesetzeslücke im Raum stand, nach dem Zweck des

¹⁷⁸ REHGE 8, 384, 394f.

¹⁷⁹ REHGE 8, 384, 395.

¹⁸⁰ REHGE 8, 384, 396.

Gesetzes zu entscheiden. In dieser Entscheidung machte der Senat auch klar, dass er sich der großen Machtfülle, die das Gesetz den Gerichten gewährte, durchaus bewusst war. So legte er bei der Frage der analogen Anwendung des § 9 REG in diesem Fall dar:

*„Man kann also bei § 9 REG von einem Fall der „Surrogation“ im Erbhofrecht sprechen. Es fragt sich, ob es sich um einen besonderen Ausnahmefall handelt oder ob der Bestimmung des § 9 zugrundeliegende Gedanke auch auf andere Kapitalforderungen des Bauern anzuwenden ist. In dieser Frage ist zu beachten, daß das Reichserbhofgesetz sich vielfach mit der Schaffung eines gesetzlichen Rahmens und der Niederlegung bestimmter Grundgedanken begnügt und es der Rechtsprechung und der Rechtslehre überlassen hat, die angedeuteten Grundgedanken weiter zu entwickeln sowie auszubauen und hierbei die Erfordernisse des praktischen Lebens mit der neuen bäuerlichen Lebensordnung in Einklang zu bringen. § 56 REG gibt im übrigen die Möglichkeit, in rechtsschöpferischer Weise etwa vorhandene Lücken auszufüllen. Die Bauerngerichte haben auch die Pflicht, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, wenn es sich darum handelt, die in den Einleitungsworten zum Reichserbhofgesetz wiedergegebenen Ziele des Gesetzes zu verwirklichen.“*¹⁸¹

Hier werden die Grenzen der auch damals geltenden Bindung an das Gesetz - überschritten, da das Gericht nun praktisch selbst bestimmen konnte, was eine Gesetzeslücke ist. Damit konnte es sich des § 56 REG bedienen, indem es aus der Frage der Erbhofzugehörigkeit von Verkaufserlösen eine Frage der analogen Anwendung des § 9 REG machte. Die dogmatischen Erwägungen der Literatur sind dann natürlich wenig behilflich. Nach dem Verständnis, das das Gericht in dieser, aber auch in den übrigen schon dargelegten Entscheidungen offen legt, ist es wenig verwunderlich, dass es die Lösung als am praktikabelsten und mit den Zielen des REG am ehesten übereinstimmend empfand, die gleichzeitig für die Anerbenbehörden den größten Einfluss bei der Durchführung solcher Verkäufe bedeutete.

In einer späteren Entscheidung wird dieses Ergebnis ausdrücklich gegen Klässel verteidigt.¹⁸² Der Senat stellt sich dort auf den Standpunkt, der Richter im anerbengerichtlichen Verfahren sei schöpferischer Rechtsgestalter, der den Willen der agrar- und gesamtpolitischen Führung zur Geltung bringe. Zudem sei es gerade in § 37 Abs. 2 REG vorgesehen, dass eine Genehmigung mit einer Auflage verbunden werden könne. Daher würde eine rechtsgestaltende Bestimmung über die Verwendung des Erlöses keinen Bedenken begegnen.¹⁸³ Diese Aussage ist für das Selbstverständnis des Gerichts bezeichnend.

¹⁸¹ REHGE 8, 384, 394.

¹⁸² REHGE 9, 415, 421ff.

¹⁸³ REHGE 9, 415, 426.

Hinsichtlich des Eigentums unter der Geltung des REG nahm das Gericht nur noch zu der Frage Stellung, ob ein Zuschlag in der Zwangsvollstreckung deshalb nichtig sein könne, weil ein Hof im Zeitpunkt des Zuschlags die Erbhofeigenschaft besaß. Der Entscheidung des II. Senats vom 26. Januar 1937¹⁸⁴ lag der Fall zu Grunde, dass wegen Schulden die Zwangsversteigerung eines Hofes angeordnet wurde. Zum Zeitpunkt der Beschlagnahme war der Hof kein Erbhof, da er sich nicht im Alleineigentum befand, sondern das Eigentum geteilt in der Hand zweier Schwestern lag. Nach der Beschlagnahme übertrug eine Schwester der anderen ihr Eigentum, so dass nun die formellen Voraussetzungen für einen Erbhof vorlagen. In einer früheren Entscheidung hatte ebenfalls der II. Senat entschieden, dass ein Hof, der infolge der Bauernunfähigkeit seines Eigentümers im Zeitpunkt der Beschlagnahme kein Erbhof war, mit Übertragung auf einen bauernfähigen Eigentümer als Erbhof Vollstreckungsschutz genießen könne, wenn im Einzelfall keine Umstände ersichtlich seien, die die Nichtigkeit des Geschäfts herbeiführen könnten oder dem mitwirkenden Erwerber die Ehrbarkeit nähmen.¹⁸⁵ In dem vorliegenden Fall komme es allerdings nicht darauf an, ob Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass der Erwerb nichtig sei oder mangels Ehrbarkeit der Erwerberin nicht zum Entstehen eines Erbhofs führe, da, auch wenn ein Erbhof entstanden wäre, der Zuschlag nicht unwirksam geworden sein könne. Es sei aus Gründen der Rechtssicherheit undenkbar, dass ein solcher hoheitlicher Akt kein neues Eigentum schaffen könne, nachdem er rechtskräftig geworden sei.¹⁸⁶ Eine Beschwerde nach dem ZVG habe allerdings Aussicht auf Erfolg, da eine Zwangsvollstreckung in einen Erbhof wegen einer Geldforderung unzulässig sei, § 38 REG.

Die Einwände der bisherigen Eigentümerin und des LBF, dass der Erbhof eine verkehrsunfähige Sache und damit der Zwangsversteigerung nicht zugänglich sei, ließ der II. Senat nicht gelten. An einem Erbhof werde echtes Eigentum begründet. § 37 Abs. 1 REG könne daher nicht als echtes Veräußerungsverbot aufgefasst werden:

„Es darf angenommen werden, daß die Erbhofeigenschaft dem Eigentum am Erbhof einen besonderen Inhalt gibt. Das Eigentum am Erbhof ist einerseits hinsichtlich der Veräußerung und der Verfügung von Todes wegen beschränkt, andererseits aber auch durch diese Maßnahmen und vor allem durch das Vollstreckungsverbot gesichert und gefestigt. In der Beschränkung setzt sich der Gedanke durch, daß der jeweilige Eigentümer als Treuhänder der Sippe und des Volkes zu gelten hat. Die Unveräußerlichkeit und Unbelastbarkeit könnte also vielleicht schon aus dem Wesen und Zweck der Erb-

¹⁸⁴ REHGE 4, 39.

¹⁸⁵ REHGE 1, 287.

¹⁸⁶ REHGE 4, 39, 42f.

hofeigenschaft gefolgert werden, so daß § 37 REG nur das sagen würde, was schon aus der Erbhofeigenschaft selbst entnommen werden müsste. Trotzdem ist das Erbhofeigentum wirkliches Eigentum und der Inhaber des Erbhofes hat nicht etwa nur eine Art Nießbraucherstellung. Der Erbhof ist also eigentumsfähig. Die Veräußerlichkeit und Belastbarkeit ist zwar grundsätzlich ausgeschlossen, kann aber mit Genehmigung der Anerbenbehörden wirksam erfolgen. Auch die Befugnis des Eigentümers, über die Anerbenfolge in den Erbhof von Todes wegen Bestimmungen zu treffen, ist nicht gänzlich ausgeschlossen (§§ 24, 25 REG). Deshalb kann der Erbhof nicht als ein dem Privatverkehrsverkehr völlig entzogener Gegenstand angesehen werden.“¹⁸⁷

Auch hier wurde die Bedeutung der Anerbenbehörden für den gesamten Komplex des REG besonders herausgestrichen. Hinsichtlich der Natur des Erbhofeigentums lassen sich nur wenige verallgemeinerungsfähige Ansätze erkennen. Dem Gericht kam es darauf an, einen konkreten Fall zu entscheiden und nicht zur Frage des Eigentums nach dem REG dogmatisch Stellung zu nehmen. Interessant ist auch, dass der Senat die These aufstellte, die Unveräußerlichkeit und Unbelastbarkeit eines Erbhofs hätten gar nicht mehr positiv normiert zu werden brauchen, da sich die Notwendigkeit solcher Vorschriften aus dem Zweck des Gesetzes ableiten lassen könne. Dies stellt einen weiteren Beleg für das überaus große Selbstbewusstsein des Gerichts dar, das sich mit der Waffe des § 56 REG ausgerüstet, in der Lage sah, in erheblichen Fragen eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

Im Anschluss und zur Bestätigung dieser Entscheidung merkte derselbe Senat wenig später an, dass im Falle eines unzulässigen, aber rechtskräftigen Zuschlags in der Zwangsversteigerung dieser nicht der Genehmigung der Anerbenbehörden bedürfe, da die Genehmigung regelmäßig versagt werden müsse. Wegen § 38 REG sei der Zuschlag rechtsfehlerhaft ergangen, gleichwohl stehe wegen der drohenden Rechtsunsicherheit die Wirksamkeit dieses Zuschlags außer Frage.¹⁸⁸

Gerade die Ausführungen des Senats, ob § 37 Abs. 1 REG ein echtes Veräußerungsverbot darstelle, könnten als Beleg dafür dienen, dass die Typenreihe nach Larenz durch den Senat rezipiert worden ist. Dem Typus des Eigentums bzw. dem konkreten Begriff des Eigentums ist es nach Larenz gerade immanent, dass, obwohl ein Rechtsinstitut vorliege, das einen einheitlichen Begriffskern aufweise, die verschiedenen Typen unterschiedliche Ausprägung haben können und durch die jeweilige Befugnis des Eigentümers auch unterschiedlich begrenzt werden können. So kann sich das Erbhofeigentum vom Eigentum an einer sonstigen Immobilie im Hinblick auf die Pflichten des jeweiligen Eigentümers unter-

¹⁸⁷ REHGE 4, 39, 43.

¹⁸⁸ REHGE 4, 46, 53ff.

scheiden. Dies kann sich auch im Umfang der jeweiligen Veräußerungsbefugnis widerspiegeln. Das muss aber nicht heißen, dass das Erbhofeigentum nicht auch vollwertiges Eigentum darstellt. Nach Larenz würde sich gerade an solchen Fragen die Elastizität des Typus beweisen. Erbhofeigentum wäre dann gerade kein aliud zum BGB-Eigentum, sondern nur ein anderer Typus. Ausgehend davon wäre es dann auch nicht gerechtfertigt, das Erbhofeigentum in der Zwangsvollstreckung anders zu behandeln, als das BGB-Eigentum. Erst recht würde sich das Erbhofeigentum nicht als verkehrsunfähige Sache im Sinne der hergebrachten Terminologie erklären lassen. Allerdings bietet weder diese noch eine andere Entscheidung des REHG inhaltlich oder terminologisch Anhaltspunkte dafür, dass Larenz tatsächlich in dieser Weise vom REHG rezipiert worden ist.

c) Die Koppelung ideologischer und dogmatischer Argumente

Durch den § 56 REG hatte das REHG große Freiheit und Macht in der Fortentwicklung des REG. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers war es ermächtigt, in Zweifelsfällen eine eigene, nur an den Zielen des Gesetzes orientierte Entscheidung zu treffen. Bei einer Analyse der Rechtsprechung des REHG fällt auf, dass das Gericht gerade in Zweifelsfällen dazu tendierte, Entscheidungen durch eine Koppelung von auf der Grundlage des § 56 REG gewonnenen teleologischen Argumenten mit formalen Argumenten auf der Grundlage des herkömmlichen Auslegungskanons zu begründen.

In der ersten Entscheidung, die nach diesem Muster aufgebaut ist, befand der II. Senat, dass ein Hof, der zum Gesamtgut einer vor In-Kraft-Treten des REG rechtskräftig geschiedenen Ehe gehörte, kein Erbhof sei.¹⁸⁹ Die Ehe war seit 1930 rechtskräftig geschieden. Der Ehemann war in die USA ausgewandert und sein Aufenthaltsort unbekannt. Eine Auseinandersetzung über das Gesamtgut, zu dem auch der Hof gehörte, hatte noch nicht stattgefunden. Das Anwesen sollte im Wege der Zwangsvollstreckung versteigert werden. Dagegen erhob die Ehefrau Beschwerde mit der Begründung, der Hof sei ein Erbhof. Das LG setzte eine Entscheidung bis zur Klärung der Erbhofeigenschaft aus. Die Eigentümerin und der Ersteigerer beantragten daraufhin eine Entscheidung nach § 10 REG vor dem AeG Mitterfels. Dieses gab der Eigentümerin Recht. Das EHG Nürnberg verneinte auf die sofortige Beschwerde des Ersteigerers die Erbhofeigenschaft nur deshalb, weil der Ehemann wegen seiner Abwesenheit als Eigentümer nicht

¹⁸⁹ Beschluss vom 19. Oktober 1934, REHGE 1, 117.

in Frage komme und die Ehefrau wegen der Vernachlässigung der Wirtschaft nicht bauernfähig sei.

Die sofortige weitere Beschwerde der Ehefrau wies das REHG als unbegründet ab. Dabei führte es aus, dass ein Erbhof nur dann entstehe, wenn er sich im Alleineigentum einer Person befinde. § 61 Abs. 2 DVO I mache davon nur dann eine Ausnahme, wenn ein Hof im Gesamteigentum einer allgemeinen Gütergemeinschaft unter Eheleuten stünde. Die Auffassung, dass die Auseinandersetzungsgemeinschaft von der Ausnahmegvorschrift des § 61 Abs. 2 DVO I erfasst werde, lehnte der II. Senat ausdrücklich ab. Dazu führte er aus:

*„Diese Auffassung [d.i. die Ablehnung der Ausdehnung des § 62 Abs. 2 DVO I auf die Auseinandersetzungsgemeinschaft, d.Verf.] steht nicht nur mit dem Wortlaut des § 62 Abs. 2 DVO I, sondern auch mit dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift im Einklang.“*¹⁹⁰

Im Weiteren führte der Senat aus, dass ein Erbhof grundsätzlich in einer Hand liegen solle. Ausnahmen erschienen nach dem Zweck des Gesetzes nur dann gerechtfertigt, wenn eine derart enge Schicksalsgemeinschaft zwischen den Gesamthändern bestehe, die es erlaube, von diesem Kriterium, zumindest in der Übergangszeit, abzuweichen. Eine solche Verbundenheit bestehe in der Gütergemeinschaft und in der fortgesetzten Gütergemeinschaft, bei einer bloßen Auseinandersetzungsgemeinschaft aber gerade nicht mehr.

In dieser Entscheidung wird der Wortlaut nur anfangs und nur unterstützend herangezogen. Das Wortlautargument dient hier gleichsam als Schlüssel, um über die Zweifelsfallregelung des § 56 REG, der in dieser Entscheidung allerdings nicht erwähnt wird, eine wertende Entscheidung anhand der Ziele des Gesetzes treffen zu können. Ebenfalls wird nur angedeutet, dass es sich bei der Norm des § 62 Abs. 2 DVO I um eine Ausnahmegvorschrift handelt, die – nach dem Kanon – nicht ohne weiteres erweiternd ausgelegt werden kann.¹⁹¹

Der I. Senat des REHG entschied durch Beschluss vom 15. Oktober 1935,¹⁹² dass dem Begehren eines Bauern, seinen Erbhof durch Teilung in drei neue Erbhöfe unter seine Söhne aufzuteilen, in aller Regel nicht entsprochen werden könne. Im Verlauf des Verfahrens entstanden Zweifel darüber, ob diese Teile überhaupt jeweils die für einen Erbhof notwendige Ackernahrung darstellen können. Dies ließ der Senat aber offen. Vielmehr argumentierte er zunächst formal, dass das REG davon ausgehe, dass nur solche Besitzungen Erbhof werden können, bei denen eine Hofstelle vorhanden sei. Zwar ergebe sich dieses

¹⁹⁰ REHGE 1, 117, 119.

¹⁹¹ REHGE 1, 117, 120.

¹⁹² REHGE 2, 83.

Erfordernis nicht aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes, aber es könne aus § 3 Abs. 2 REG geschlossen werden, dass die Hofstelle des Bauern den Mittelpunkt der Hofwirtschaft bilden müsse.¹⁹³ Daher sei schon aus diesem Grund die Ausnahnevorschrift des § 64 Abs. 3 DVO I nicht anwendbar, da diese voraussetze, dass die auf Grund einer Teilung entstehenden Besitzungen und ihre Eigentümer den sachlichen und persönlichen Voraussetzungen der §§ 1ff., 11ff. REG gerecht werden.

Neben dieser formalen Argumentation fügte das REHG noch hinzu, dass die Genehmigung einer solchen Teilung nach § 64 Abs. 3 DVO I den Grundsätzen des REG widerspreche. Der Grundgedanke des Gesetzes sei der ungeteilte - Übergang des Hofes auf einen Anerben:

„Das Gesetz geht hierbei von dem Gedanken aus, daß ein Zusammenhalten des bäuerlichen Besitzes zur Stärkung des Bauerntums und zur größeren Leistungsfähigkeit des Hofes führt und dem Wohle der Sippe mehr dient als die in manchen Gebieten Deutschlands bisher üblich gewesene Teilung und Wiederteilung des Besitzes und endliche Zersplitterung in kleinste Teile, deren Bewirtschaftung damit weder dem einzelnen noch dem Volke entsprechenden Nutzen bringt.“¹⁹⁴

§ 64 Abs. 3 DVO I sehe eine Ausnahme nur für diejenigen Fälle vor, bei denen durch eine solche Teilung wenigstens mittlere oder kleinere Höfe entstünden und durch eine strenge Anwendung des Gesetzes eine ganz besondere Härte entstehe. Nur in solchen Fällen könne der Grundgedanke des Gesetzes als gewahrt angesehen werden. Hier würden nur schwer lebensfähige Teile entstehen, so dass dem Grundgedanken nicht entsprochen werde, auch wenn für die Beteiligten eine nicht unerhebliche Härte gegeben sei.¹⁹⁵ Es ergänzen sich die formale und die ideologische Argumentation zu einer das Judiz tragenden Begründung.

In einem Beschluss vom 26. November 1935¹⁹⁶ hatte der I. Senat zu entscheiden, ob die nicht als Anerben berücksichtigten Abkömmlinge eines Bauern in einem Übergabevertrag auf das ihnen im Rahmen des § 30 REG zustehende Heimatzufluchtrecht verzichten können. Dieser Entscheidung ging ein Beschluss des AeG Rügenwalde voraus, das einen entsprechenden Übergabevertrag unter Reduzierung der Abfindungsraten, aber unter Beibehaltung des Verzichts auf das Heimatzufluchtrecht, genehmigte. Durch das Heimatzufluchtrecht würden die Belastungen des Übergabevertrages insgesamt für den Hof nicht mehr tragbar. Der KBF legte deswegen sofortige Beschwerde ein, da auf dieses gesetzli-

¹⁹³ REHGE 2, 83, 86.

¹⁹⁴ REHGE 2, 83, 87.

¹⁹⁵ REHGE 2, 83, 87f.

¹⁹⁶ REHGE 2, 110.

che Recht nicht verzichtet werden könne. Das LEHG Celle schloss sich dieser Ansicht an und verwies die Sache zur erneuten Entscheidung an das AeG. Da das Recht unabdingbar sei, müssten die übrigen Belastungen auf ihre Tragbarkeit hin überprüft werden. Der Anerbe und seine Geschwister erhoben daraufhin sofortige weitere Beschwerde. Diese sah der Senat als nicht begründet an.

Das Gericht stellte sich auf den Standpunkt, dass bei einer Prüfung der Anerbengerichte, ob ein Übergabevertrag genehmigt werden kann, zunächst im Mittelpunkt zu stehen habe, ob die getroffene Vereinbarung gegen die Ziele und Grundsätze des Gesetzes verstoße. Im Zusammenhang damit sei in aller Regel zu prüfen, ob sich der Anerbe gegenüber seinen nicht berücksichtigten Geschwistern ungerechtfertigte Vorteile verschaffe. Allerdings stünden in dieser Frage nicht die Belange des Erbhofs im Vordergrund. Die Argumentation des Anerben, dass ein solcher Verzicht im Interesse des Erbhofs stünde, da so dem Anerben ermöglicht werde, die Belastungen, die der Hof in Zukunft zu tragen habe, genau abschätzen zu können, sei nicht mit den Zielen des Gesetzes vereinbar. Einen solchen Vorteil wolle das Gesetz dem Anerben gerade nicht gewähren, da im Rahmen der §§ 30ff. REG die Belange der weichenden Erben im Vordergrund stünden. Zweck der Regelung sei es, ihnen das Gefühl zu geben, dass sie im Falle unverschuldeter Not Arbeit und Brot finden könnten. Diese Regelung sei Ausdruck des Grundsatzes, dass ein Erbhof zwar formal im Eigentum einer Person stehe, jedoch das Gut der Sippe bleibe, das durch den Eigentümer gewissermaßen treuhänderisch verwaltet werde.¹⁹⁷ Weiter führte der Senat aus:

„Auch die innere Verbundenheit der weichenden Erben (Geschwister) mit der Scholle soll durch das Recht der Heimatzuflucht erhalten bleiben. Wollte man es zulassen, daß dieses Recht in Übergabeverträgen zum Gegenstand von Rechtsgeschäften gemacht wird, daß also, worauf es in Wirklichkeit hinausläuft, durch einmalige Geldleistungen die Berechtigten „abgefunden“ werden, so würde man eine Regelung gutheißen, die dem Ziele des Reichserbhofgesetzes völlig widersprechen und die hohe ideelle Bedeutung des Heimatzufluchtrechtes verkennen würde, die auch darin ihren Ausdruck findet, daß dieses Recht in den „Grundgedanken“ der dem Gesetz vorangestellten Einleitungsworte besonders hervorgehoben ist.

Schon aus diesen grundsätzlichen Erwägungen kann – ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Wirksamkeit – eine vertragliche Vereinbarung, die den Verzicht auf das Heimatzufluchtrecht zum Gegenstand hat, oder gar eine entsprechende Auflage keine Billigung finden.“¹⁹⁸

¹⁹⁷ REHGE 2, 110, 114.

¹⁹⁸ REHGE 2, 110, 114.

Das Gericht befand darüber hinaus, dass auf dieses Recht durch ein Rechtsgeschäft nicht wirksam verzichtet werden könne. Der Senat war der Ansicht, dass es sich bei dem Heimatzufluchtrecht nicht um einen Erb- oder Erbersatzanspruch handele, sondern um Versorgungsansprüche aus dem Hof. Im Gegensatz zu den anderen Versorgungsansprüchen aus § 30 REG, für die es der Senat ausdrücklich dahingestellt sein ließ, inwieweit sie rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen offen stehen, billigte der Senat dem Heimatzufluchtrecht den Charakter eines Unterhaltsanspruchs zu. Dafür spreche, dass dieser Anspruch – wie der allgemeine Unterhaltsanspruch nach § 1611 Abs. 1 BGB auch – eine Notlage voraussetze, wobei es unerheblich sei, dass das BGB von Bedürftigkeit, das REG hingegen von einer unverschuldeten Notlage spreche. Dafür stehe auch die Verknüpfung dieses Rechts mit einer angemessenen Arbeitsleistung als Gegenleistung, da dies insoweit strukturgleich mit der Vorschrift des § 1617 BGB sei. Dem in der Literatur angebrachten Einwand, die Beschränkung auf den Kreis der weichenden Erben spreche dafür, in der Heimatzuflucht nur ein Surrogat des erbrechtlichen Pflichtteils¹⁹⁹ zu sehen, begegnete der Senat damit, dass der Bezug des Rechts auf die weichenden Erben nur den Kreis der Berechtigten eingrenze, aber nicht den Charakter des Rechts als Unterhaltsanspruch zu ändern vermöge. Die strukturelle Vergleichbarkeit des Rechts aus § 30 Abs. 3 REG mit dem Anspruch aus den §§ 1611ff. BGB lasse es als zulässig erscheinen, § 1614 BGB anzuwenden, der einen rechtsgeschäftlichen Verzicht auf Unterhaltsansprüche ebenfalls als unzulässig ansehe.²⁰⁰

Hier legte der Senat eine Zweifelsfrage im Sinne des Grundgedankens des REG aus, um diese Argumentation durch eine – dogmatisch begründete – Analogie ausgerechnet zu einer Norm des ansonsten als individualistisch abgelehnten BGB zu begründen und auf diese Weise nicht unbedeutende Autoren auf dem Gebiet des REG wie Vogels zu entkräften. Diese Koppelung der Argumentationsstränge ist in Anbetracht der ansonsten strikten und durchaus ideologisch begründeten Trennung der Rechtskreise des REG und des BGB bemerkenswert. Allerdings zeigt es auch, dass das REHG eine Argumentation allein auf der Basis der Grundgedanken des REG als nicht ausreichend erachtete, jedenfalls, wenn es sich um eine Streitfrage handelte, die nicht allein einen Einzelfall be-

¹⁹⁹ So Vogels, Das Reichserbhofgesetz, 3. Auflage, Berlin 1934, Anmerkung V Nr. 2 b zu § 30, zu den übrigen Ansichten vgl. REHGE 2, 110, 115 m.w.N.

²⁰⁰ REHGE 2, 110, 115f. Umfassend zu den vertretenen Ansichten: Buchenroth, Die Heimatzuflucht nach § 30 Absatz 3 Reichserbhofgesetz (REG) als Beispiel des anerbenrechtlichen Versorgungsprinzips in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2004, S. 215ff.

traf, sondern auch in der Rechtswissenschaft Gegenstand einer Auseinandersetzung war.

In methodisch ähnlicher Art und Weise entschied der II. Senat in einer Entscheidung vom 25. Januar 1940²⁰¹, dass der Ausstattungsanspruch nach § 30 Abs. 2 REG bei Vorliegen eines Übergabevertrages schon zu Lebzeiten des - Übergebers gegenüber dem Übernehmer geltend gemacht werden könne. Auch diese Frage war in der zeitgenössischen Literatur umstritten.²⁰² Der Senat vertrat hier den Standpunkt, dass sowohl der Erbgang als auch die vertragliche Übergabe das Ziel haben, einen Generationenwechsel auf dem Hof herbeizuführen, daher sei es gerechtfertigt, beide Fälle so weit wie möglich gesetzlich gleich zu behandeln. Dies sei nur für Gestaltungen anders zu entscheiden, in denen – wie etwa bei der Genehmigungspflichtigkeit von Übergabeverträgen – unerwünschte Ergebnisse verhindert werden sollten. Der Übergabevertrag hingegen sei eine Art der „vorweggenommenen Erbfolge“, die letztlich dazu führe, dass durch den Generationenwechsel die Rechtsbeziehung zwischen Hof und Sippe neu geregelt werde. Aus der durch den Vertrag vorgenommenen Änderung der Eigentümerstellung erwachse für den Übernehmer die Pflicht, den Hof als Treugut für die Sippe zu halten und aus dem Ertrag des Hofes die Verpflichtungen als Treuhänder zu erfüllen. Zu diesen Pflichten gehöre auch die Befriedigung der Ausstattungsansprüche der weichenden Erben.²⁰³ In der Sache ähnlich sei der Fall in den §§ 86ff. EHRV geregelt, wenn ein erzwungener Wechsel des Bewirtschafters durch die Einsetzung eines Nutzverwalters eintrete. Im gleichen Maße wie der Bauer das Verwaltungs- und Nutzungsrecht verliere, erwachse dem Nutzverwalter die Pflicht, für den Unterhalt der Kinder des Bauern aufzukommen. Diese Rechtsfolge trete auch schon vor dem Tod des Bauern ein.²⁰⁴

Das REHG kam im Wege einer Gesamtanalogie zu dem Schluss, dass bei einer vertraglichen Regelung der Übergabe der Übernehmer des Hofes auch der Verpflichtete hinsichtlich der Ausstattungsansprüche der weichenden Erben sei. Dieses methodisch sauber gewonnene Ergebnis bestätigte der Senat im Folgenden mit Erwägungen aus dem Zweck des Gesetzes. Wenn der Ausstattungsan-

²⁰¹ REHGE 7, 371.

²⁰² Für einen solchen Anspruch etwa: Busse, Anmerkung zu EHG Dresden, Beschluss vom 1.2.1935, in: RdRN 35, S. 510ff.; Johae, Anmerkung zu LEHG Celle, Beschluss vom 10.11.1936, in: RdRN 1937, S. 953ff.; dagegen: Vogels/Hopp, Rechtsprechung in Erbhof-sachen, Berlin 1934, § 30 Nr. 20; Wöhrmann, Das Reichserbhofrecht, 2. Auflage, Berlin 1934, § 30 Anm. II Ziff. 2; vgl. insgesamt REHGE 7, 371, 376 m.w.N.

²⁰³ REHGE 7, 371, 376ff.

²⁰⁴ REHGE 7, 371, 379.

spruch nur gegen den weichenden Bauern geltend gemacht werden könnte, so würde sich zeigen, dass dem Altenteiler regelmäßig die Mittel zur Erfüllung fehlen würden. Dann müsse bis zum Versterben des Bauern gewartet werden, was die dem Zweck des Gesetzes entgegenlaufende Folge habe, dass den weichenden Erben regelmäßig die Mittel fehlen würden, sich mit Hilfe der Ausstattungsmittel eine eigene Existenz aufzubauen.²⁰⁵ Diese Entscheidung, die das Gericht als praktisch bezeichnete, verteidigte es im Folgenden gegen eine Vielzahl von Einwendungen dogmatischer Art. So griff nach Meinung des Gerichts insbesondere die Ansicht Vogels²⁰⁶ nicht durch, der Rechtsgedanke des § 312 BGB, der die Nichtigkeit eines Vertrags über den Nachlass lebender Personen vorsieht, stehe einer solchen Lösung entgegen. Dies schon deshalb, weil es sich nicht um den Nachlass einer Person, sondern um bloße Versorgungsrechte handle, die nach den Grundgedanken des REG aus den Erträgen des Hofes und nicht aus der Substanz des Guts geleistet werden sollen. Zum anderen werde eine zu enge Auslegung des § 312 BGB den Bedürfnissen der bäuerlichen Lebensordnung nicht gerecht. Die Notwendigkeit, in gewissen Grenzen solche Regelungen anzuerkennen, sei schon in den Motiven zum BGB²⁰⁷ erkannt worden. Dies habe immer noch Gültigkeit.²⁰⁸

Auch hier zeigt sich wieder das Bemühen des Gerichts, ein über die Auslegung nach § 56 REG gewonnenes Ergebnis dogmatisch abzusichern und gegenläufige Tendenzen in der Literatur, in solchen Fällen häufig in einem viel größeren Ausmaß dogmatisch argumentierend, zu entkräften.

In ähnlicher Weise argumentierte der I. Senat in einer Entscheidung vom 15. Oktober 1935²⁰⁹ in Fragen des Prozessrechts. Hierbei ging es im Wesentlichen darum, ob dem LBF gegen die Regelungen eines Übergabevertrages auch dann das Recht der sofortigen weiteren Beschwerde zustehe, wenn zunächst ein Beteiligter des Vertrages gegen die Genehmigung des AeG unter Auflagen sofortige Beschwerde einlegt, nicht aber der KBF. Der LBF verfolgte mit der sofortigen weiteren Beschwerde im zu Grunde liegenden Sachverhalt das Ziel, weitere Auflagen in den Übergabevertrag aufzunehmen. Damit wurde die Zulässigkeit der *reformatio in peius* für diesen Fall entscheidend. Bei der Begründung, warum die *reformatio in peius* zulässig sei, stellte das Gericht zunächst

²⁰⁵ REHGE 7, 371, 379f.

²⁰⁶ Vogels/Hopp, Rechtsprechung in Erbhofsachen, Berlin 1934, § 30 Nr. 20.

²⁰⁷ Motive II, Seite 182ff.

²⁰⁸ REHGE 7, 371, 385f.

²⁰⁹ REHGE 2, 76.

kurz darauf ab, dass nach § 11 DVO I die Vorschriften des FGG im Erbhofverfahren analog gälten und dort die *reformatio in peius* Anwendung finde, da es sich nicht um einen Parteienprozess handelt.²¹⁰ Dieses ist an sich eine tragende Argumentation. Das Gericht führte dazu aus, es gelte

„auch in dem Genehmigungsverfahren nach § 37 Abs. 3 REG in erster Linie den Übergabevertrag, der der zu genehmigenden Übergabe zugrunde liegt, im öffentlichen Interesse des Bauernstandes und damit des Volksinteresses, daraufhin zu prüfen, ob die Belange des Hofes gewahrt sind, wobei naturgemäß die gerechten und billigen Ansprüche der Beteiligten angemessene Berücksichtigung finden müssen. Nicht die Frage, ob die eine oder andere Auflage des Anerbengerichtes gerechtfertigt ist, wird zur Entscheidung gestellt, sondern ganz allgemein die Frage der Genehmigung der Übergabe, die es von sich aus selbständig unter Berücksichtigung aller Umstände zu entscheiden hat.“²¹¹

Auch hier liegt eine Absicherung eines formal hinreichenden Arguments vor. Es kann nicht ohne weiteres entschieden werden, ob die Art der Argumentation dem Bestreben des Gerichts geschuldet ist, einen Sachverhalt unter möglichst allen Gesichtspunkten abschließend zu betrachten, oder ob es eine gewisse Unsicherheit der Senate offenbart, sich bei der Auslegung allein auf § 56 REG zu stützen. Gegen eine solche Sicht spricht, dass das REHG an anderer Stelle keineswegs zögerte, von der Macht, die ihm der § 56 REG einräumte, auch Gebrauch zu machen. Vielmehr scheint es, dass es bemüht war, in zentralen Fragen, etwa wo die Verneinung der Bauernfähigkeit nach der Lage des Einzelfalles auf eine entschädigungslose Enteignung hinauslaufen würde, oder in Fällen, wo ein Meinungsstreit unter renommierten Autoren im Gange war, Stellung zu nehmen. Um seine Entscheidung nach allen Seiten hin abzusichern, wurden dann dogmatische und ideologische Argumente zusammengeführt. Dies wäre so nicht nötig gewesen, wenn der Ansatz des REG, alle streitigen Fragen nach § 56 REG anhand der Grundgedanken des Gesetzes zu lösen, von allen Seiten voll akzeptiert worden wäre. Gerade bei den Meinungsstreitigkeiten innerhalb der Literatur zeigt sich, dass dort die hergebrachte dogmatische Argumentationstechnik vorherrschte und sich die Forderung etwa von Busse noch nicht durchgesetzt hatte, das REG als eigenständige Rechtsmaterie und abgeschlossene Regelung der Lebensordnung des Bauern anzuerkennen. Vielmehr überwog der Versuch, die Erkenntnisse der Jurisprudenz, gerade auf dem Gebiet des Zivilrechts und des BGB auf diese Rechtsmaterie zu übertragen. Dem versuchte das REHG durch die Koppelung der Argumente entgegenzutreten. Einem Wertungsargument auf der Grundlage des § 56 REG konnte methodisch wenig ent-

²¹⁰ REHGE 2, 76, 79.

²¹¹ REHGE 2, 76, 79.

gegengesetzt werden. Interessant ist, dass das Gericht diese Technik bei Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsnatur und dem Wesen des Erbhofeigentums – wie weiter oben zu sehen war – nicht anwandte. Diese Fragen schienen dem Gericht als zu wichtig. Hier wurde in den Meinungsstreit nicht als Partei eingegriffen, indem Argumente vorgebracht wurden. Vielmehr wurden in Fragen des Eigentums durch Judizien Pflöcke eingerammt, die durch Literatur und Wissenschaft nicht wieder verrückt werden sollten.

d) Das Konzept der Ordnung in der Rechtsprechung des REHG

Zuletzt soll untersucht werden, inwieweit sich ein Einfluss der zahlreichen rechtswissenschaftlichen Ansätze, die sich auf den von Schmitt zunächst eingebrachten Ordnungsgedanken berufen, nachweisen lässt. Dabei sind die Ausarbeitungen Busses von besonderem Interesse, da er sich bei seiner Darstellung explizit auf das REG bezog.²¹² Wie schon dargelegt, stellte der Ordnungsgedanke in der nationalsozialistischen Rechtswissenschaft eine besondere Form der ideologischen Interpretation von Lebenssachverhalten dar, bei der die Lebenswirklichkeit, wie sie durch den Nationalsozialismus bestimmt, gestaltet und erwünscht war, zur Auslegung von Normen herangezogen werden konnte. Diese Funktion wurde vor allem entwickelt, um ein bestehendes Normensystem wie das BGB in einen neuen Kontext stellen zu können. Im Bereich des REG war dies nicht erforderlich, da durch den § 56 REG eine bisher nicht gekannte Freiheit der Gerichte bei der Rechtsanwendung bestand. Hier ist durch das REG eine neue Ordnung geschaffen worden. Das REHG hatte daher weniger die Funktion, eine Rechtsordnung auf dieser Grundlage umzugestalten, sondern sollte vielmehr diese neue Ordnung durch seine Rechtsprechung ausfüllen. Dazu bedurfte es nicht unbedingt eines Rückgriffs auf Denkfiguren wie die der konkreten Ordnung. Wenn aber die Ordnungskonzeptionen eine eigenständige Methodik unter dem Nationalsozialismus darstellen sollten, ist es gerade in einer so neuen Rechtsmaterie wie dem Erbhofrecht lohnend, zu überprüfen, ob diese Konzepte einen Niederschlag in der Rechtsanwendung gefunden haben.

Es kann durchaus gesagt werden, dass das REHG auf das Konzept des Bauernstands als Ordnung innerhalb der Volksgesamtheit Bezug nimmt. In einer Entscheidung vom 25. April 1935 lehnte der III. Senat die Veräußerung an einen

²¹² Vgl. dazu Seite 179ff.

Dritten mit der Begründung ab, dieser sei nicht ehrbar.²¹³ Dem lag der Fall zu Grunde, dass ein hoch verschuldeter Eigentümer seinen Erbhof veräußern wollte. Schon 1931 unterschrieb er den Vertrag und ließ den Hof auf. Das Eigentum wurde allerdings noch nicht umgeschrieben. Der Käufer beehrte die Genehmigung des Verkaufs. Der Verkäufer widersprach der Genehmigung. Der Käufer führte aus, der Verkäufer sei wegen der schlechten Bewirtschaftung nicht bauernfähig; der Verkäufer widersprach dem. Der Käufer war für Delikte zwischen 1909 und 1930 insgesamt elf Mal vorbestraft; unter anderem wegen Urkundenfälschung und Hehlerei. Obwohl dem Käufer bescheinigt wurde, dass er es geschafft habe, das heruntergewirtschaftete Anwesen des Verkäufers wieder herzurichten, und dass er einen untadeligen Lebenswandel zeigte, hielt das Gericht ihn für nicht ehrbar. Zur Begründung führte der Senat aus:

„Das Reichserbhofgesetz hat mit der Forderung, daß der Eigentümer eines Erbhofes ehrbar sein müsse, dem Stand der Erbhofbauern eine gesteigerte Bedeutung zugewiesen. Den vermehrten Aufgaben der Bauernschaft für die Gesunderhaltung von Staat und Volk soll ein verstärktes Pflicht- und Standesgefühl der Bauern entsprechen. Darum müssen an die persönlichen Eigenschaften der Bauern besondere Anforderungen gestellt werden. Zwar würde unter Umständen eine einzelne, in früherer Zeit begangene schwere Straftat, wenn sie durch späteres einwandfreies Verhalten gesühnt ist, dem Täter die Ehrbarkeit im Sinne des Reichserbhofgesetzes nicht nehmen. Hier liegt aber eine lange Kette von strafbaren Handlungen vor, darunter von schwerwiegenden Verletzungen des Strafgesetzes, wie das mit 4 Jahren Zuchthaus geahndete Eidesverbrechen und die mit 1½ Jahren Gefängnis bestrafte Hehlerei. Diese Vergangenheit zwingt zu so ungünstigen Schlüssen auf die charakterliche Veranlagung R's, daß er trotz der langen Zeit, die nach der letzten erheblicheren Bestrafung verflossen ist und obwohl er sich anscheinend jetzt eines Lebens gewissenhafter Arbeit befleißigt, nicht zu den ehrbaren Bauern gezählt werden kann.“²¹⁴

Hier legte das Gericht dar, dass die Ordnung des REG es verlange, an die charakterlichen Eigenschaften der Angehörigen dieser Ordnung auf Grund der ihnen zugewiesenen Aufgaben erhöhte Anforderungen zu stellen. Dies geht über eine bloße Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Ehrbarkeit hinaus. Vielmehr legte das Gericht seine Ansicht dar, dass die Ordnung selbst dem in dieser Ordnung Stehenden einen eigenen Pflichtenzusammenhang auferlege. In dem zu entscheidenden Fall führte dies zur Nichtgenehmigung der Hofübertragung an den Käufer. Dies auch aus der Erwägung heraus, dass es die Ziele des REG nicht gestatteteten, dass ein Hof durch Übertragung an einen nicht Bauernfähigen seine Erbhofeigenschaft verliere.

²¹³ REHGE 1, 277.

²¹⁴ REHGE 1, 277, 280f.

Da aber der bisherige Eigentümer den Hof nach übereinstimmender Ansicht der Zeugen nicht ordnungsgemäß bewirtschaftet hatte und aller Voraussicht nach auch nicht in der Lage war, dem Käufer den schon gezahlten Kaufpreis und dessen Aufwendungen im Schuldendienst zu erstatten, ließ es der Senat zu, dass der Hof an den bisher untadeligen Sohn des Käufers übertragen wurde.²¹⁵ Diese Entscheidung mag als Beispiel dafür dienen, wie das REHG eine im Einzelfall billige Lösung suchte. Da das wirtschaftliche Ergebnis im Wesentlichen dem Begehren des Käufers entsprach, kann es für das Gericht umso leichter erschienen sein, das Ergebnis in pathetische Worthülsen zu verstecken. Zumal das Gericht dadurch, dass es die Eignung des Verkäufers, des Käufers und des Sohns überprüfen konnte, eine erhebliche Entscheidungsfreiheit und Flexibilität hinsichtlich des Ergebnisses erhielt. Da solche Entscheidungen auch Präjudizien waren, sicherte es sich so auch die Letztentscheidungskompetenz, oft jenseits der Wortlautgrenze.

Dieses Eingebundensein eines Bauern in die Ordnung des REG nutzte der II. Senat als Grundlage seiner Entscheidung vom 5. November 1933²¹⁶. In der Sache ging es um die Frage, ob ein Besitz, dessen Hofstelle 1926 komplett niederbrannte, Erbhof sein könne. Der Eigentümer verzichtete nach dem Brand auf einen Wiederaufbau, ließ die Restmauern niederlegen und baute sich mit der ausgezahlten Versicherungssumme eine Existenz als Viehhändler in einer nahe gelegenen Stadt auf. Den Besitz verpachtete er. Auf Betreiben des Sohnes, der das Anwesen als Erbhof übernehmen wollte, beantragte der KBF die Eintragung des Hofes in die Erbhöferolle. Der Sohn versicherte, die Hofstelle bald wieder zu errichten.

Das REHG lehnte die Erbhofeigenschaft ab. Es führte aus, dass selbst bei Hervorhebung des Grundgedankens des REG, wonach möglichst viele Höfe zu Erbhöfen werden sollen, nicht über das Fehlen wichtiger objektiver Erfordernisse, wie das Vorhandensein einer Hofstelle, hinweg gesehen werden könne. Allerdings wollte das Gericht aus Gründen der Billigkeit eine Ausnahme von diesem Kriterium machen, wenn das Fehlen einer solchen Hofstelle nur eine vorübergehende sei.²¹⁷ Soweit einem Bauern seine Hofstelle – etwa durch einen Brand – vernichtet werde, ergebe sich aus den Pflichten und der Gesinnung eines Bauern, dass er die Hofstelle unverzüglich aufzubauen habe:

²¹⁵ REHGE 1, 277, 282ff.

²¹⁶ REHGE 2, 117.

²¹⁷ REHGE 2, 117, 122.

„Wenn ein Bauer seine Hofstelle auf irgend eine Weise verliert, muß und wird er mit allen Kräften bemüht sein, sie zu ersetzen, wozu ihm die Hilfe nicht versagt werden wird. Das verlangt und bewirkt die geläuterte bäuerliche Gesinnung und die Erkenntnis von der Bedeutung des Erbhofs für Volk und Staat, die das Gesetz bei einem Bauern voraussetzt oder doch mit Hilfe des Reichsnährstandes zu erwecken, zu festigen und zu vertiefen strebt. Sollte ein Bauer seine Hofstelle beseitigen oder seiner Pflicht, sie zu ersetzen, nicht nach Kräften genügen, so droht ihm die Abmeierung und der Hof, oder dessen Verwaltung wird dann in eine andere Hand gebracht werden, von der eine alsbaldige Beschaffung der Hofstelle zu erwarten ist. Der Fortfall der Hofstelle wird also in aller Regel nur ein vorübergehender sein.“²¹⁸

Es ergab sich also aus der Ordnung, in der der Bauer stand und die durch das REG konkretisiert wurde, eine unmittelbare Pflicht, deren Nichtbefolgung bis hin zu Abmeierung sanktioniert werden konnte.

Das Gericht fuhr fort, dass in Fällen, in denen die Hofstelle vor dem In-Kraft-Treten des REG verloren gegangen sei, dennoch ein Erbhof entstanden sein könne, wenn der Wegfall damals nur ein vorübergehender gewesen sei. Dem Bauern könne durch die Instrumente des REG aufgegeben werden, eine solche wieder zu errichten. So könne verhindert werden, dass ein Eigentümer versuche, die Ziele des REG zu durchkreuzen. Im Ergebnis führte diese Auslegung des REHG dazu, dass der Wortlaut des Gesetzes, das insoweit nur von dem Vorhandensein einer Hofstelle spricht, durch die Pflichten des Bauern, die sich aus seinem Eingebundensein in die Ordnung des Bauernstands ergeben, konkretisiert wird. Diese Konkretisierung führt dazu, dass ohne eine Auslegung des Wortlauts der Vorschrift eine Entscheidung gefunden werden kann.

Anders wurden nach dem REHG solche Fälle beurteilt, in denen der Eigentümer schon vor dem In-Kraft-Treten des REG unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht habe, dass er die Hofstelle nicht wieder errichten wolle. Hier komme es entscheidend auf die Willensrichtung des Eigentümers an. Es könne nicht allein darauf abgestellt werden, dass der Anerbe die Hofstelle wieder errichten wolle. Da die fragliche Hofstelle schon 1926 abgebrannt sei und der Eigentümer die Versicherungssumme für eine anderweitige Existenzgründung verbraucht habe, könne nicht angenommen werden, dass das Fehlen der Hofstelle nur vorübergehend sei.²¹⁹

Hier zeigt sich, dass Erwägungen aus der Ordnung des Bauernstands heraus auch entscheidungstragend verwendet wurden. Dies erfährt eine Einschränkung, da diese Erwägungen eng mit solchen aus den Zielen des REG verknüpft wurden, ohne dass auf den § 56 REG abgestellt wurde.

²¹⁸ REHGE 2, 117, 123.

²¹⁹ REHGE 2, 117, 124f.

Die Fälle, bei denen das REHG seine Argumentation anhand der Frage, ob das gefundene Ergebnis mit dem bäuerlichen Empfinden übereinstimmt, überprüfte, wurden weiter oben bereits angesprochen.²²⁰ Durch diese Methode stellte das Gericht seine Entscheidung, auch wenn sie zunächst auf formalen Argumenten basierte, ebenfalls in den Kontext der Ordnung, in der sich der Bauer, der eine Entscheidung begehrte, befand. So etwa auch in der Entscheidung des II. Senats vom 16. November 1939.²²¹ Dort entschied der Senat, dass die Anerbengerichte bei Leistungsklagen aus § 36 EHRV auch dann zuständig sind, wenn eine Verurteilung zur Leistung ohne eine Neufestsetzung der Versorgungsansprüche begehrt wurde. Das REHG bejahte die Zuständigkeit zunächst auf Grund des Wortlauts der Vorschrift, da Anerbengerichte gemäß dieser Norm für die Entscheidung von Streitigkeiten zuständig seien. Dies umfasse sämtliche Streitigkeiten und damit auch das Begehren einer Leistung auf Grund bestehender Versorgungsansprüche. Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit für die Vollstreckung solcher Ansprüche lehnte der Senat mit Rückgriff auf das bäuerliche Empfinden ab:

„Eine Teilung der Zuständigkeit in Versorgungsstreitigkeiten zwischen den ordentlichen Gerichten und den Anerbenbehörden würde also zu einer dem bäuerlichen Empfinden fremden Verwicklung und zur Verteuerung des Verfahrens führen, ein Ergebnis, das dem Sinn und dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen würde. Hinzu kommt, daß die Mitwirkung bäuerlicher Beisitzer auch bei den Entscheidungen über reine Leistungsansprüche – besonders im Hinblick auf eine etwaige gütliche Einigung – erwünscht ist.“²²²

Letztlich spiegelt sich hier das Konzept Busses von der Sonderordnung wider, die zum einen durch ihren eigenen Kern, zum anderen durch ihren Bezug zur Volksgesamtheit wesensmäßig bestimmt wird. Hier ist der eigene Kern der Sonderordnung betroffen, da es sich um Fragen handelt, die keinen besonderen Bezug zu der Gesamtheit haben. Insoweit erscheint es in Übereinstimmung mit dem Rechtsempfinden der Subjekte dieser Ordnung angezeigt, eine Entscheidung zu treffen, die das Recht dieser Ordnung – als Summe aller, auch der nicht positivierten Normen – wiedergibt. Dies spiegelt sich in dem Bemühen des Gerichts wider, aus dem bäuerlichen Empfinden heraus seine Entscheidung zu begründen. Allerdings wieder mit der Einschränkung, dass zunächst formal eine Auslegung aus dem Wortlaut heraus gefunden und erst anschließend auf die Ordnung abgestellt wurde.

²²⁰ Vgl. dazu Seite 242ff.

²²¹ REHGE 7, 190.

²²² REHGE 7, 190, 193.

In einer Entscheidung vom 25. Januar 1940²²³, die sich ebenfalls mit der Anwendung des § 36 EHRV befasste, ging der II. Senat auf die Frage ein, ob § 36 EHRV auch auf übergabeähnliche Verträge Anwendung finde. Im Ergebnis kam das Gericht zu dem Schluss, dass eine Ausweitung der Vorschrift über den Wortlaut hinaus zulässig sei. Die Zulässigkeit dieser Analogie begründet der Senat folgendermaßen:

„Denn auch die zuständigkeitsbegründenden Vorschriften sind der ausdehnenden Auslegung nicht entzogen, und es besteht kein Grund, anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die Fassung des § 36 dessen Anwendung auf nur übergabeähnliche Verträge unter allen Umständen hat ausschließen wollen. Alle in Frage kommenden Tatbestände aufzuzählen, war gesetzestechisch nicht möglich. Der Gesetzgeber hat sich darauf beschränkt, den gesetzgeberischen Gedanken in einer knappen Fassung auszudrücken. Deshalb sind die Worte des Gesetzes nicht im Sinne abstrakter Begriffe zu werten, sondern aus dem Zweck und dem Grundgedanken der Vorschrift muß abgeleitet werden, was der Gesetzgeber mit den gewählten Worten bestimmt hat. Der Zweck der Vorschrift ist, einerseits den Erbhof gegen vereinbarte unangemessene Versorgungsansprüche zu schützen, andererseits den Familienangehörigen eine nach den Verhältnissen gerechte und billige Versorgung zu sichern. Diesem Zweck dient zunächst die angeordnete Zuständigkeit der Anerbenbehörden, die eine den bäuerlichen Anschauungen und Bedürfnissen gerecht werdende Rechtsprechung gewährleisten soll. Der Inhalt des § 36 erschöpft sich aber keineswegs in der Zuständigkeitsregelung. (...)

Das für die Erreichung des Zwecks Wesentliche ist vielmehr die den Anerbenbehörden in Abs. 3 des § 36 EHRV eingeräumte Befugnis, die Versorgungsansprüche neuzugestalten. Diese Gestaltungsbefugnis mit ihrem weiten Eingriff in vertragliche Vereinbarungen findet ihre Berechtigung in der Erwägung, daß die Sippen- und Familienangehörigen in einer Schicksalsgemeinschaft zueinander und zu dem Hof der Sippe stehen, und daß sie und der Hofeigentümer aus dem so begründeten Zusammengehörigkeitsgefühl heraus verpflichtet sind, die Versorgungsansprüche und Leistungen den Verhältnissen des Hofes als der Grundlage der Zusammengehörigkeit unter billiger Berücksichtigung auch der persönlichen Verhältnisse anzupassen.“²²⁴

Hier ist besonders interessant, dass das Gericht den Terminus des abstrakten Begriffs nutzte. Dies zeigt zumindest eine Anlehnung an das Ordnungsdenken. Der Senat meinte mit diesem Satz, dass die in Frage stehende Vorschrift nicht abschließend sei und daher einer – wie sich der Senat ausdrückt – ausdehnenden Auslegung zugänglich sei. Danach wird die Norm anhand des Zweckes, den der Gesetzgeber mit ihrem Erlass verband, ausgelegt, was unter Einbeziehung der Grundgedanken der Präambel dazu führt, hier eine sehr weite Auslegung anzunehmen.

Wenn die Zwecke des REG als dem Wesen der völkischen Gemeinschaft und der Bauernschaft innerhalb dieser völkischen Gemeinschaft gemäß gedacht wer-

²²³ REHGE 7, 328.

²²⁴ REHGE 7, 328, 330f.

den, so findet das Gericht die Entscheidung des konkreten Einzelfalles hier aus der Ordnung heraus. Dies ist auch das Verständnis, das sich bei Busse zeigt, bei dem das Recht immer untrennbar und organisch mit der Lebenswirklichkeit verbunden ist und sich durch diese Wirklichkeit, die als Ordnung auch dem Subjekt Rechte und Pflichten auferlegt, realisiert.²²⁵ Wie schon bei den vorangegangenen Entscheidungen lassen sich Merkmale des Ordnungsdenkens – gerade in der Ausprägung, wie es bei Busse auftritt – nicht ohne eine Verbindung zu der Auslegungspraxis feststellen, die die Senate auf Grund des § 56 REG pflegten.

Die Grundgedanken der Ordnung unter dem REG sind in dem Gesetz selbst und in der Präambel beschrieben und das Gericht nahm in vielen Entscheidungen darauf Bezug. Während in anderen Ordnungen unter Rückgriff auf die nationalsozialistische Ideologie ein solcher völkischer Zusammenhang erst definiert werden musste, waren im REG die ideologischen und soziologischen Fixpunkte bereits beschrieben. Die Gerichte konnten von der Lebenswirklichkeit, wie sie als Ziel beschrieben wurde, ausgehen.

In einer Entscheidung des III. Senats vom 24. Juli 1934²²⁶ etwa ging es um die Frage, wann ein wichtiger Grund vorliegt, bei dem eine Veräußerung nach § 37 Abs. 2 REG genehmigt werden konnte. Bei der Auslegung der Norm ging der Senat wieder von den Zielen des REG aus, wonach eine Ordnung geschaffen werden soll, die dem nationalsozialistischen Ideal entspricht:

„Die Frage, was im Sinne von § 37 Absatz 2 des Reichserbhofgesetzes als wichtiger Grund anzusehen ist, kann nur unter Berücksichtigung der sittlichen und wirtschaftlichen Grundgedanken des Reichserbhofgesetzes beantwortet werden. Um wieder einen freien, gesunden, mit der Scholle fest verwurzelten Bauernstand zu schaffen, hat das Gesetz die Erbhöfe dem freien Verkehr und der willkürlichen Verfügung der jeweils auf ihnen wirtschaftenden Bauern entzogen. Der einzelne Bauer soll sich als Glied in der Kette der Geschlechterfolge wie ein Treuhänder fühlen, der die Scholle seiner Sippe zu erhalten hat. Deshalb gehört § 37 Absatz 1, der die Unbelastbarkeit und Unveräußerlichkeit der Erbhöfe anordnet, zu den tragenden Grundgedanken des gesamten Erbhofrechts.

Wenn demgegenüber Absatz 2 des § 37 dem Anerbengericht gestattet, aus wichtigem Grunde Ausnahmen von der Regel des Absatzes 1 zuzulassen, so muß die Annahme eines solchen wichtigen Grundes an strenge Voraussetzungen geknüpft werden in dem Sinne, daß nicht durch Art und Umfang der gewährten Ausnahmen die Verwirklichung der Grundziele des Gesetzes gefährdet wird. Vor allem müssen bei der Entscheidung über die Genehmigung von Veräußerungen und Belastungen die Sonderinteressen des Käufers und auch des Verkäufers in der Regel gegenüber dem Interesse, das die Allgemeinheit an der Erhaltung des Hofes hat, zurücktreten.“²²⁷

²²⁵ Vgl. dazu Seite 187ff.

²²⁶ REHGE 1, 9.

²²⁷ REHGE 1, 9, 12.

Hier zeigt sich auch ein Verständnis, wonach dem innerhalb einer Ordnung Stehenden besondere Pflichten auferlegt sind, und er daher etwa Einschränkungen in seiner Eigentümerstellung hinzunehmen hat. Gleichzeitig wird auch ein Bezug von der speziellen Ordnung des Erbhofrechts zu der Gesamtordnung der völkischen Gemeinschaft hergestellt. Das Gericht nimmt eine Abwägung der widerstreitenden Interessen vor. Wobei grundsätzlich die Allgemeininteressen am Erhalt des Erbhofs die Sonderinteressen der Eigentümer überwiegen.²²⁸

Auch in anderen Zusammenhängen verwies das Gericht auf die Einbezogenheit des Einzelnen in die völkische Gemeinschaft und die sich daraus ergebenden Pflichten und Grenzen der vertraglichen Willkür. In einem Beschluss des II. Senats vom 22. Oktober 1940²²⁹ lag dem Gericht die Frage zur Entscheidung vor, ob im Rahmen eines Übernahmevertrages zwischen einem Bauern und dessen Sohn eine Klausel zulässig sei, die die Bemessung eines angemessenen Bekleidungs geldes für den Altenteiler nicht in Reichsmark, sondern durch den Gegenwert in Roggen vorsah. Das AeG Greifenberg/Pommern genehmigte diesen Vertrag, da die Belastungen tragbar erschienen. Der KBF legte dagegen Beschwerde ein und führte aus, dass solche Entwertungsklauseln ein Misstrauen gegen den Bestand der Währung darstellen, und vom RMEL durch Runderlass vom 2. Januar 1939 ausdrücklich missbilligt worden seien. Nachdem das LEHG Celle die Entscheidung zurückverwies, sich die Bedenken des KBF aber zu Eigen machte, legten nun Bauer und Übernehmer sofortige weitere Beschwerde ein.

Der Senat schloss sich in dieser Frage dem LEHG an und führte aus, dass es in die Kompetenz der Gerichte falle, Entwertungsklauseln, die in verschiedenen Gesetzen der Weimarer Republik ausdrücklich zulässig waren, auch dann im Bereich des REG zu verbieten, wenn sie bislang vom Gesetzgeber noch nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt worden seien. Zur Begründung führte es aus:

„Die Währung des Deutschen Reichs ist die vom Vertrauen des deutschen Volkes getragene und durch seine Arbeitskraft gesicherte Reichsmark, die von der Führung des Reiches zur Waffe im Kampf um Nahrungs- und Wirtschaftsfreiheit gemacht worden ist. Ihr ausschließlicher Gebrauch im Geldverkehr des Inlandes verknüpft den einzelnen nur noch fester mit der Schicksalsgemeinschaft des ganzen Volkes, der er sich ohnehin nicht entziehen kann, und ist deshalb vom nationalsozialistischen Standpunkt aus selbstverständlich. Verglichen mit der Reichsmark kommt den aus der Geldentwertung der Systemzeit stammenden und vom Gesetzgeber bisher noch nicht beseitigten angeblich „wertbeständigen“ Maßstäben wie Feingold, Roggen und dergleichen ohnehin nur

²²⁸ Vgl. dazu schon oben S. 259ff., insbesondere die Entscheidung REHGE 2, 258, vgl. Seite 263.

²²⁹ REHGE 8, 160.

noch eine ganz untergeordnete Bedeutung zu. Ihre weitere Verbreitung ist, vom Standpunkt des Volksganzen gesehen, unerwünscht. Deshalb dürfen diese anderen Wertmaßstäbe in das vom Geist der Volksgemeinschaft und der Verantwortung des einzelnen getragene Erbhofrecht gar nicht erst Eingang finden.“²³⁰

Hier sind die Einbettung des Individuums in die Schicksalsgemeinschaft des Volkes und die Bindung des Nationalsozialismus an die Reichsmark die tragenden Argumente der Begründung. Immerhin zeigt diese Begründung die Annahme des Gerichts, dass der Einzelne in einer nicht zu lösenden Verbindung zum Volksganzen stehe, und dass diese organische Verbindung als Ordnung durch die Ziele der nationalsozialistischen Bewegung gestützt werde. Die Verbindung ist für den Senat so stark, dass es für ihn keiner sonstigen Begründung mehr bedarf, warum es nicht dem Gesetzgeber vorbehalten sein sollte, ein gesetzliches Verbot solcher Entwertungsklauseln auszusprechen.

Aus dieser Ordnung erwachsen für den Bauern vornehmlich Pflichten. Dieser besondere Pflichtenkreis ist, wie bei Busse, auf Grund der Bedeutung, die dieser Sonderordnung nach der nationalsozialistischen Auffassung zukommt, gerechtfertigt. Ein Teil dieser Sonderordnung ist neben dem Bauernstand auch der Erbhof selbst. Aus der Bedeutung des Hofes erwachsen dem Bauern ebenfalls Pflichten gegenüber den Mitgliedern der Ordnung und der Volksgemeinschaft. Dies zeigt auch eine Entscheidung des II. Senats vom 10. November 1936.²³¹ Darin führte das Gericht aus, dass es der Makel des unehrlich erworbenen Guts verhindere, dass ein Besitz zum Erbhof werden kann, auch wenn der Anerbe, der den Hof übernehmen solle, durchaus ehrbar und bauernfähig sei. In einer weiteren Entscheidung vom 30. November 1937²³² konkretisierte der I. Senat, was unter der bäuerlichen Lebensordnung zu verstehen sei. Ausgangspunkt war der Antrag eines betagten Bauern, die Bestellung einer Hypothek zu genehmigen, um damit dringende Ausgaben für den Hof zu tätigen. Er hatte sich mit seinem einzigen, bauernfähigen Sohn zerstritten, da er nicht zu einer Übergabe des Hofes bereit war. Daher bewirtschaftete er den Hof allein. Nach der Feststellung des KBF war er allein für das Zerwürfnis verantwortlich. Der Antrag auf Genehmigung der Hypothek wurde vom AeG Ohlau abgelehnt. Daraufhin legte der Bauer sofortige Beschwerde ein. Noch bevor darüber entschieden werden konnte, stellte der LBF daraufhin einen Antrag auf Abmeierung. Begründet wurde dies mit der Behandlung, die der Bauer seinen Kindern angedeihen ließe, und damit, dass er auf Grund seines Alters nicht mehr in der Lage sei, den Hof zu bewirtschaf-

²³⁰ REHGE 8, 160, 163.

²³¹ REHGE 3, 460.

²³² REHGE 5, 73.

ten. Das AeG gab dem Antrag statt, das LEHG Celle hingegen half der sofortigen Beschwerde des Bauern ab.

Das REHG gab dem LBF Recht und führte aus, dass der Bauer seinen Pflichten nicht nachgekommen sei. Insbesondere habe er es unterlassen, frühzeitig den Hof seinem Sohn als Anerben zu übergeben, was einen Verstoß gegen die Allgemeininteressen darstelle:

„Nur durch eine rechtzeitige Übergabe können auch die vom Reichserbhofgesetz verfolgten Ziele wirtschafts- und bevölkerungspolitischer Art erreicht werden. Nicht ohne Grund hat das Reichserbhofgesetz die Genehmigung der Übergabe nach § 37 Abs. 3 unter erleichterten Voraussetzungen zugelassen, um nämlich einen Anreiz zum Abschluss solcher Verträge zu geben, weil es die Auffassung vertritt, es sei vom Standpunkt der Allgemeinheit aus nur wünschenswert, daß ein bejahrter Bauer sich rechtzeitig auf sein Altenteil zurückziehe, damit der junge Bauer zur Selbständigkeit und eigenen Verantwortung in den Jahren seiner höchsten Leistungsfähigkeit gelange und im Stande sei, eine Familie zu gründen und – seine Pflichten gegenüber Volk und Staat erfüllend – Kinder zu zeugen (vergl. u.a. REHG, Bd. 2, S. 250). Mit diesen Zielen und Grundsätzen würde sich ein Bauer in Widerspruch setzen, der, obwohl selbst nicht mehr leistungsfähig, seinen einzigen Sohn und Anerben vom Hofe fortziehen lassen, sich bezahlte Hilfskräfte annehmen oder den Hof gar verpachten wollte. Damit würde er, wenn ihm nicht schlechthin zwingende Gründe zur Seite stehen, sich als unfähig erweisen, den Hof im Sinne der vom Reichserbhofgesetze gewollten bäuerlichen Lebensordnung zu bewirtschaften und zu verwalten.“²³³

Diese bäuerliche Lebensordnung beschreibt den ideologisch geprägten Pflichtenkreis der Bauern gegenüber der völkischen Gemeinschaft sehr gut. Zur völkischen Lebensordnung unter dem Nationalsozialismus gehört auch das Rassendenken, da es nach dem Konzept der konkreten Ordnung gerade darauf ankommt, dass die Gemeinschaft, in der der Einzelne steht, in sich gleichartig ist, da nur so eine organische Verbindung zwischen Volk, Recht und Individuum konstruiert werden konnte. Wie schon oben gezeigt,²³⁴ nahm das Gericht auch zu Fragen der Erbgesundheit der Bauernschaft Stellung. Auf Grund des relativ geringen Anteils der jüdischen Bevölkerung in der Landwirtschaft gibt es relativ wenige Stellungnahmen des Gerichts zu Fragen des § 13 REG, der fordert, dass ein Bauer nur sein kann, wer deutschen oder stammesgleichen Blutes ist. Als Stichtag wurde der 1. Januar 1800 bestimmt. In einer Entscheidung vom 19. Juli 1939²³⁵ nahm der I. Senat Stellung zu der Frage, ob dieses Datum einen absoluten Stichtag oder nur eine Beweisregel beinhaltet. Dabei bezog sich das Gericht auf § 6a EHRV. Dieser besagte, dass das Fehlen der Deutschstämmigkeit dann

²³³ REHGE 5, 73, 83.

²³⁴ Vgl. S.259ff.

²³⁵ REHGE 6, 417.

nicht angenommen werden könne, wenn keiner der direkt vor dem 1. Januar 1800 nächsten Vorfahren jüdischen Blutes gewesen sei.

Allerdings wäre dem Wortlaut nach auch eine Auslegung möglich gewesen, dass § 6a EHRV nur eine unwiderlegbare Vermutung zugunsten desjenigen darstelle, der nachweisen könne, dass auch die Eltern des zum Stichtag des 1. Januar 1800 lebenden Vorfahren nicht jüdischer Abstammung gewesen seien. Ohne auf diese Möglichkeit auch nur einzugehen, stellte der Senat hier fest, dass ein Landwirt nicht bauernfähig sei, dessen Vorfahre zwar zum Stichtag christlich getauft war, dessen Vater aber erst – vor dem Stichtag – zum christlichen Glauben übergetreten war.²³⁶ Auf der anderen Seite betonte der I. Senat in einer Entscheidung vom 27. September 1937²³⁷, dass allein die Tatsache, dass eine Eigentümerin eines Erbhofs mit ihrem nicht deutschstämmigen Mann Kinder zeugte, die deshalb nicht anerbenfähig sind, nicht ausreichend sei, die Bauernfähigkeit der Eigentümerin oder die Erbhofeigenschaft des Hofes zu verneinen.

Nachdem sich im Lauf der Untersuchung gezeigt hat, dass sich das REHG bei der Rechtsgewinnung des Ordnungsdenkens bediente und auch im Übrigen vom Geist und vom Duktus der nationalsozialistischen Bewegung getragen war, ist es nicht verwunderlich, dass es auch Stellung zum Führerprinzip nahm. So begründete etwa der I. Senat in einer Entscheidung vom 24. Mai 1938²³⁸ die Aufhebung von Versorgungsleistungen aus einem vor In-Kraft-Treten des REG abgeschlossenen Übergabevertrag nicht allein damit, dass die dort ausbedungenen Leistungen der nunmehr geltenden Rechts- und Lebensordnung der Bauernschaft zuwiderlaufen würden, sondern auch damit, dass eine Klausel, in der sich etwa der Altbauer die Nutzung eines Waldgrundstücks vorbehielt, dem allgemeinen Führerprinzip nicht entspreche. Weiter führte er aus, dass das Führerprinzip im Bereich des REG eine besondere Ausprägung in dem Grundgedanken gefunden hat, dass allein der jeweilige Eigentümer für die Nutzung der Gesamtbesitzung zu sorgen habe.²³⁹ Solche Erwägungen sind erkennbar schlagwortartig und gehen auf die Umstände des Einzelfalls jedenfalls in den Urteilsgründen nur sehr oberflächlich ein.

²³⁶ REHGE 6, 417, 425ff.

²³⁷ REHGE 7, 1.

²³⁸ REHGE 5, 295. In einem späteren Beschluss des II. Senats wurde auch ein in einem Übergabevertrag vorgesehenes Recht der Geschwister, Teile des Waldes als Abfindung abholzen zu dürfen, abgelehnt, vgl. REHGE 9, 145. Hier wurde allerdings darauf abgestellt, dass dem Hof über einen langen Zeitraum notwendige Betriebsmittel entzogen würden, REHGE 9, 145, 152.

²³⁹ REHGE 5, 295, 309.

Hier zeigt sich aber, wie solche ideologischen Phrasen von den Gerichten aufgegriffen wurden, um neues Auslegungsmaterial zu erhalten.

e) Ergebnis

Die Analyse der Rechtsprechung des REHG zeigt, dass sich die Senate bei der Rechtsfindung innerhalb der vom Nationalsozialismus vorgegebenen Determinanten Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führerprinzip bewegten. Wie auch bei den Entscheidungen etwa der Zivilgerichte wurden ideologische Bewertungen in den Beschlüssen aufgegriffen und überwiegend als eigenständige Argumentationshilfe genutzt.

Daneben spiegelt sich aber auch in einem erheblichen Umfang das Bestreben des Gerichts wider, die Bauern als Adressaten des REG in dem Kontext der bäuerlichen Ordnung, in den sie eingebettet sind, zu begreifen. Die Ordnung des REG ist dabei der bäuerliche Rechte- und Pflichtenkreis, wie er durch das Gesetz definiert wird. Dabei ist der Bauer eben nicht mehr Träger von solchen Rechten und Pflichten, sondern ist in seine Ordnung eingebunden und leitet aus dieser seine Rechtsstellung ab. Dies schließt nicht zuletzt auch den Eigentumsbegriff des REG ein. Hier zeigt sich eine erhebliche Lösung vom BGB, das in weiten Teilen um seinen spezifischen Eigentumsbegriff herum errichtet worden ist. Bei der Bestimmung des Inhalts des Eigentumsrechts des Bauern orientiert sich das REHG an den durch das Gesetz zugewiesenen Rechten und Pflichten. Bei einem solchen Ansatz ist der Rückgriff auf die Konzepte des Sachenrechts des BGB geradezu verfehlt. Daher findet dies nur sehr vereinzelt statt. So erklärt es sich auch, dass auf die Literatur zu dieser Frage nur sehr vereinzelt eingegangen wird. Gerade bei der Verortung des Erbhofes Eigentums wurde in der Literatur versucht, dieses Institut mit den Mitteln des Sachenrechts zu erklären.

Die Senate des REHG haben das Verständnis, dass das Recht in einer organischen Verbindung zur Lebenswirklichkeit steht. Allerdings wird diese Lebenswirklichkeit nicht mittels eines empirischen Befunds ermittelt, sondern sie ergibt sich aus einem Abgleich mit den Zielvorgaben des REG, wie sie in der Präambel beschrieben werden. Durch die Konkretisierung des Wortlauts des Gesetzes und den definierten Zweck des Gesetzes unter Berücksichtigung der Ordnung und der Umstände des Einzelfalls gelangt das Gericht zu einer Entscheidung für den jeweiligen Einzelfall. Damit ist auch die jeweilige Entscheidung konkret und aus der Ordnung heraus getroffen. Häufig wird das gefundene Ergebnis anhand der Präambel oder des bäuerlichen Empfindens überprüft, was in diesem Kontext als

Rückversicherung des Gerichts verstanden werden kann, ob sich das gefundene Recht noch im Einklang mit der Ordnung aus der heraus entschieden wurde, befindet. Nach einem solchen Verständnis ist die Koppelung von hergebrachten dogmatischen Argumenten mit solchen, die aus dem Verständnis der spezifischen Ordnung heraus gewonnen wurden, nicht nur eine Absicherung des Ergebnisses, sondern geradezu ein notwendiger Schritt zur Bestätigung des gefundenen Ergebnisses.

II. Zusammenfassung

Die Auswertung der Rechtsprechung zeigt, dass die Senate in den allermeisten Fällen darum bemüht waren, eine billige Entscheidung zu treffen. Dabei sollten auch solche Härten aus dem Gesetz genommen werden, die dem Übergang zwischen neuer und alter Rechtslage geschuldet waren. Die Senate berücksichtigten dabei in einem ausgeprägten Maße, dass die Regelung der Nachfolge in einen landwirtschaftlichen Betrieb eine gewisse Vorlaufzeit erfordert und ein so grundlegender Wandel der rechtlichen Determinanten zu erheblichen Problemen in der Praxis führt.

Als weiteres bestimmendes Moment zeigt sich die überragende Rolle, die § 56 REG bei der Rechtsgewinnung des Gerichts spielte. Die Ermächtigung zur Lückenschließung führte dazu, dass in einem weiten Umfang über die bestehende Praxis und Lehrmeinung Lücken im Gesetz gesucht und auf Grund der überschaubaren Regelungsdichte der Rechtsmaterie auch gefunden wurden. Damit war der Weg frei für eine weit vom Gesetz gelöste Rechtsfindung im Einzelfall. Dies war nicht zuletzt deswegen einfach, da die Referenz an die Grundgedanken des Gesetzes, die selbst offene Begriffe waren, einen erheblichen interpretatorischen Spielraum bot. Die Bindung an das REG war danach äußerst schwach. Durch einen Rückgriff auf die Möglichkeiten, die § 56 REG bot, konnte auch die Bindung an das übrige, geltende Recht strategisch aufgeweicht werden, soweit dafür zur Lösung eines Einzelfalls Bedarf gesehen wurde. Dabei gingen die Senate auch bewusst über den eigentlich gesetzlich vorgesehenen Anwendungsbereich des § 56 REG hinaus. Dem Wortlaut nach sollte dieser nur Anwendung finden, wenn im Wege der Auslegung keine eindeutige Lösung für einen Sachverhalt gefunden werden konnte. In der Praxis der Senate hat sich diese Norm aber zu einer Allzweckwaffe entwickelt, um auch wenn der Wortlaut einer eigentlich anwendbaren Norm keinen Raum für Zweifel ließ, eine auf den Einzelfall abstellende Entscheidung zu finden. Die Struktur der Entscheidungen legt

dabei nahe, dass sich das Gericht bewusst war, dass es sich weit vom Gesetz entfernt. Eine gewisse Grenzlinie zur reinen Willkürentscheidung, auch im Hinblick auf die Disziplinierung der Untergerichte, wurde dadurch gezogen, dass immer auf die besonderen Umstände des Einzelfalls abgestellt wurde. Bei der Anwendung des § 56 REG, insbesondere, wenn für dessen Anwendung aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts eigentlich kein Raum war, zeigt sich die Nähe des REHG zu dem Verständnis Busses, wonach mittels dieser Vorschrift die vom Gesetzgeber durch das REG geschaffene Ordnung geschützt und durchgesetzt werden solle.²⁴⁰ Damit wird der Kontext der hergebrachten Rechtsgewinnung mittels Auslegung und Rechtsfortbildung zugunsten einer direkt politisch motivierten Rechtsgewinnung verlassen.

Je nach Bedarf wurden Härten gefunden, die eine bestimmte Entscheidung für die Betroffenen mit sich bringt, die nach dem Rechtsempfinden der Gemeinschaft nicht mehr tragbar waren. In anderen Fällen wurde die Entscheidung in einen nationalsozialistischen Kontext gestellt, so dass sie nicht mehr angreifbar war.

Der Gesetzgeber ermöglichte durch die Gesetzgebungstechnik diesen Weg der Entscheidungsfindung. Das REG war als Rahmengesetz konzipiert, das der Ausfüllung durch die Rechtsprechung bedurfte. Daran zeigt sich, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber selbstverständlich davon ausging, dass das bestimmende Moment bei der Rechtsanwendung unter dem Nationalsozialismus die ideologisch konforme Rechtsanwendung sei. In Anbetracht der Tatsache, dass die Macht der Gerichte nicht verfahrensrechtlich beschränkt wurde und auch sonst keine Möglichkeiten einer Korrektur der Beschlüsse des REHG vorgesehen waren, stellt dies einen nicht unbeträchtlichen Vertrauensvorschuss des nationalsozialistischen Gesetzgebers an das Gericht dar.

Das Gericht erwies sich dieses Vertrauensbeweises würdig. Bei aller Betonung der Eigenständigkeit der Entscheidungen nahmen die Senate durchaus die nationalsozialistische Ideologie in die Begründung auf und fassten im Wesentlichen entsprechende Beschlüsse. Im Duktus und Inhalt der Entscheidungen lässt sich eine Vielzahl von Belegen finden, die die Nähe zur nationalsozialistischen Ideologie unterstreichen. Das Konzept Busses und die „Sonderordnung als Pflichtengefüge“ von Larenz, das die Rechtsstellung des in die Ordnung integrierten Individuums definiert, finden sich in einer Reihe von Entscheidungen der Senate zumindest angedeutet. Dieser Bezug lässt auch das häufige Bemühen der Senate verständlich erscheinen, ein im Einzelfall gefundenes Ergebnis anhand der Zwe-

²⁴⁰ Siehe dazu Seite 207f.

cke des Gesetzes oder des bäuerlichen Rechtsempfindens abzusichern. Dies kann als Test verstanden werden, ob sich die Entscheidung in die bäuerliche Sonderordnung einfügt. Nicht vollständig adaptiert wurde der Standpunkt Buses, wonach die jeweiligen Sonderordnungen in Bezug zu der Volksgemeinschaft in ihrer Gesamtheit zu sehen sind. Bei Fällen, in denen dies eine Rolle spielte, etwa bei Landverkäufen zugunsten der Stadtentwicklung oder für die Zwecke der Wehrmacht, ordnete das REHG die Ziele des REG nicht immer dem Wohl der Volksgemeinschaft unter. Es versuchte zuweilen noch nicht einmal, eine Art Konkordanz herzustellen, sondern sah das REG und seine Ziele als vorrangig an.

Bei dem REHG fand die verbreitete Ansicht wenig Akzeptanz, eine unter dem Nationalsozialismus erlassene Norm habe als normierter Führerbefehl unbedingten Vorrang vor der Auslegung von Normen durch das Gericht. Dieser Ansicht erteilte das Gericht – als eine der seltenen Stellungnahmen zu methodischen Fragen, die in der Rechtswissenschaft diskutiert wurden – eine eindeutige Absage. Hier hätte eine Beschränkung der eigenen Entscheidungsmacht gedroht, die vom Gericht nicht gewünscht war.

Insgesamt hatten die Senate zu methodischen und dogmatischen Leitfragen im Zusammenhang mit der Anwendung des REG ein eher strategisches Verhältnis. Das Gericht bemühte sich, zu solchen Fragen nur dann Stellung zu nehmen, wenn es sich nicht vermeiden ließ. Selbst dann wurde in der Argumentation Vorsorge getroffen, dass die Erwägungen lediglich auf einen Einzelfall anwendbar waren. Etwa bei der Frage der Rechtsnatur des Erbhofeigentums, die mit gutem Grund als eine Kernfrage bei der Anwendung des REG gelten konnte und ein akademischer Prüfstein für das Verhältnis des REG zum Privatrecht war, bemühte sich das Gericht ersichtlich, eine tiefer gehende Diskussion zu vermeiden und eine Lösung zu finden, die vor allem praktikabel war. Ein solches strategisches Verhältnis zeigt sich auch bei Fragen, die Berührungspunkte mit der Dogmatik oder der Terminologie des BGB aufwiesen. In weiten Teilen wurden die Begrifflichkeiten und Wertungen des BGB akzeptiert und nicht in Frage gestellt. Gerade im Bereich des Erbrechts bestand nach Ansicht des REHG ein enger Zusammenhang. Die Institute des BGB wurden allerdings dann nicht angewendet, wenn das Ergebnis nicht den Vorstellungen des Gerichts entsprach. Der argumentative Aufwand für die Begründung der Nichtanwendung war minimal. Gleichwohl konnte die Nichtanwendung weit reichende Folgen haben. Hier lässt sich keine schlüssige Begründung finden, warum in dem einen Fall auf das BGB Bezug genommen wurde, in dem anderen Fall nicht. Dies lässt eine gewisse

Willkür erkennen, die wiederum ihre Begründung in der Tendenz des Gerichts findet, sich bei seiner Entscheidung vom Einzelfall leiten zu lassen.

In deutlich erkennbarer Weise wurde die Bindung an das Gesetz zugunsten einer situativen Einzelfallrechtsprechung aufgegeben. In Anbetracht der deutlichen Bezüge auf Elemente der völkischen Rechtswissenschaft und der nationalsozialistischen Ideologie kann dies auch nicht als Versuch gelten, die Rechtsprechung gerade von diesen Elementen frei zu halten. Eine Flucht in die Generalklausel zur Absicherung der Unabhängigkeit des Gerichts fand gerade nicht statt. Vielmehr übte der Richter die durch den Paradigmenwechsel in der Rechtswissenschaft neu geschaffene Freiheit bei der Anwendung der Gesetze weitgehend aus und versuchte so weit wie möglich, auf die überkommenen Grundsätze der Bindung an das Gesetz zu verzichten.

So erscheint die Rechtsprechung des REHG geradezu als Prototyp der neuen nationalsozialistischen Rechtsprechung. Zwar haben sich auch die Zivilgerichte in einem weiten Umfang von der Bindung an das Gesetz befreit. Dabei stand aber im Vordergrund, durch die Auslegung die Schranken zu überwinden, die das noch unter einem anderen Regime und einem anderen Wertekonzept entstandene BGB und die übrigen privatrechtlichen Regelungen dem nationalsozialistischen Rechtsanwender auferlegten. Unter der Geltung des REG war das nicht notwendig. Die Auswertung der Rechtsprechung des REHG zeigt, dass die Senate des REHG die neu gewonnene Freiheit nutzten, und seiner Einzelfallrechtsprechung bei gelegentlicher Härte in aller Regel eine gewisse Billigkeit attestiert werden muss. Trotzdem muss diese Rechtsprechung gleichwohl im Nationalsozialismus verwurzelt angesehen werden. Gerade diese Einzelfallrechtsprechung war das, was die Architekten des Ordnungsdenkens sich von einer völkischen Rechtspflege zugunsten der konkreten Lebensumstände erhofft haben.

Die Entscheidungen zeigen auch, wie elastisch die Rechtsprechung es schaffte, ein neues Rechtsgebiet zu erschließen und zu systematisieren, obwohl der Gesetzgeber nicht viel mehr als die Grundgedanken geregelt hatte. Dies konnte in der Schnelligkeit und der Stringenz nur geschehen, indem die Senate wissentlich auf breiter Front auf weltanschauliche Erwägungen Bezug nahmen. Die Entscheidungen zeigen aber auch, dass Rechtsanwendung ohne Bezugnahme auf außerjuristische Maßstäbe, gerade in solchen Situationen des Umbruchs und der Neugestaltung nicht möglich ist.

Das Gericht wendete mit seinen Mitteln nicht nur das Gesetz an, sondern schuf spezifisch nationalsozialistisches Recht. Dies geschah in stiller Referenz an die Ideen der Kieler Schule zur Neugestaltung der Rechtswissenschaft, die die nati-

onalsozialistische Ideologie und ihr Konzept des Einzelnen im Verhältnis zum völkischen Ganzen in der Rechtswissenschaft und der Rechtsanwendung widerspiegeln wollte.

Abschließend ist anzumerken, dass die Konzepte des völkischen Ordnungsdenkens in allen ihren Spielarten nicht allein eine wertfreie akademische Spielerei waren, die allenfalls eine Als-ob-Geltung beanspruchen konnten. Diese Ansätze stellten vielmehr einen durchaus ernst gemeinten Versuch dar, auf die gewandelte Werteordnung zu reagieren und den Nationalsozialismus mit einer ihm angemessenen Rechtswissenschaft auszustatten. Lediglich der Krieg und die Niederlage Deutschlands konnten Schlimmeres verhüten. Lehre und Rechtsanwendung scheinen jedenfalls bereit gewesen zu sein, dem Führer bei der Schaffung eines völkischen „Rechtsstaats“ in die Hand zu arbeiten. Das REHG gab damit tatsächlich ein Beispiel völkischer Rechtspflege.

Gesamtergebnis

Die Frage der Rechtsgewinnung war in der Weimarer Republik ein ständiger Streitpunkt in der Rechtswissenschaft. Schon vor dem Ersten Weltkrieg zeigte sich eine allgemeine Unzufriedenheit mit dem bestehenden System, insbesondere dem Positivismus als rechtswissenschaftlich und erkenntnistheoretisch vorherrschendem System. Die akademische Auseinandersetzung um die auf diesem Eckpfeiler fußende Begriffsjurisprudenz wurde zunächst von der Freirechtslehre und später von der Interessenjurisprudenz eröffnet. Nach dem verlorenen Krieg traten zu dieser sachlichen Auseinandersetzung um Fragen der Rechtsgewinnung und der richtigen Methode Faktoren hinzu, die ein Umdenken in der Methodik des Rechts begünstigten. Durch die Ausrufung der Weimarer Republik war für viele Akademiker die Identifikation mit dem Staat und dem Kaiserreich verloren gegangen. Dies begünstigte Irrationalismus und die Abwendung von dem naturwissenschaftlich geprägten Weltbild des Positivismus. Auch die Rechtsanwendung, die mehr als die Wissenschaft von dem vorherrschenden methodischen Verständnis geprägt war, stellte, gerade im Zusammenhang mit der Wirtschaftskrise, notwendigerweise die bisherige Technik der Rechtsgewinnung in Frage. Dies zeigt sich insbesondere an dem Urteil des RG zur Aufwertung der Währung. Wissenschaft und Justiz tendierten jedenfalls dazu, eine größere Freiheit vom Wortlaut der anzuwendenden Norm einzufordern.

Gleichzeitig wurde das bestehende gesellschaftliche System in Frage gestellt und mit ihm, wenn auch unausgesprochen, die zentralen Gesetze, wie vor allem die WRV. Diese Entwicklung führte unter dem Nationalsozialismus dazu, dass schließlich auch das Wertesystem etwa des BGB in Frage gestellt wurde. In der konservativen Gegenbewegung zur weitgehend ungeliebten Weimarer Republik engagierten sich bereits zahlreiche Rechtswissenschaftler, die auch im Nationalsozialismus versuchten, einen methodischen Weg zu finden, den Nationalsozialismus und seine Ideologie in die Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung zu integrieren.

Bezugspunkte der völkischen und nationalsozialistischen Methode der Rechtsgewinnung waren Rasse, Volk, Gemeinschaft und Führerprinzip. Aus diesen Komponenten definierten sich die zahlreichen Ansätze, die das bestehende Recht, das als zu liberalistisch verstanden wurde und die Rechte des Subjekts

entgegen der nationalsozialistischen Ideologie zu stark betonte, umgestalten wollten.

Die Wissenschaft bemühte sich, neue Ansätze zu finden, um der gewendeten Staatsverfassung Rechnung zu tragen. Neben diesem funktionalen Erklärungsmodell für die Aktivitäten der Rechtswissenschaftler kann aber durchaus auch die als belastend empfundene Erstarrung der Methodik und der philosophischen Verortung der Rechtswissenschaft als Motiv gelten. Die Kritik der Freirechtslehre am Positivismus wurde letztlich fortgeführt. Naturgemäß übte die Aufbruchstimmung vor allem auf die jüngeren Wissenschaftler einen großen Anreiz aus.

Als durchaus eigenständige Versuche, eine neue Rechtswissenschaft zu erschaffen, können die Systeme von Carl Schmitt und Karl Larenz genannt werden. Während Schmitt 1933 schon etabliert war und sich ein gewisses Renommee hatte schaffen können, war Larenz zu diesem Zeitpunkt ein junger und ehrgeiziger Wissenschaftler, der noch Karriere machen wollte. So unterschiedlich die Ausgangspunkte waren, so verschieden waren auch die anthropologischen und philosophischen Grundannahmen der beiden. Schmitt war ein Realist der Macht, der noch in der Weimarer Republik einen ausgeprägten Devisenismus vertreten hatte, das pessimistische Menschenbild eines Hobbes vertrat, tief durch das katholisch-konservative Milieu geprägt und vor allem als Staatsrechtler anerkannt war. Larenz hingegen war jung und als Wissenschaftler dem Idealismus verpflichtet. Er steht für den Versuch, ein idealistisches Programm auf der Grundlage Hegels in die Rechtswissenschaft zu integrieren. Hegel prägte sein Menschen- und Weltbild. Larenz steht als ein prominenter Vertreter der Kieler Schule für den Versuch, nicht nur die Rechtswissenschaft, sondern auch die Lehre im Geiste des Nationalsozialismus neu zu formieren und den Einfluss liberalistischer Ideen, basierend auf der Tradition des BGB, an den Hochschulen zurückzudrängen und so den akademischen Nachwuchs gleichzuschalten.

Die Programme der beiden Wissenschaftler ähneln sich stark. Beiden ging es um die Ausschaltung eines liberalen Menschenbilds unter Betonung einer organischen Verbundenheit des Einzelnen mit der Gemeinschaft. Beiden Konzepten ist gemeinsam, dass der Einzelne in einer bestimmten Ordnung steht und sich aus dessen gliedschaftlicher Stellung heraus seine Rechtsstellung bestimmt. Vor allem Larenz strich bei seinem Ordnungsdenken diesen Punkt heraus, und betonte, dass sich auf Grund der ideologischen Prämissen diese Rechtsstellung mehr als eine Pflichtenstellung des Subjekts gegenüber der Gesamtheit beschreiben lasse. Aus der Einbindung des Rechtsstabs in diesen völkischen Staat werden die Gerichte nach beiden Autoren in die Lage versetzt, Recht zu sprechen, das nicht

länger auf Grund abstrakter Rechte dem Einzelnen zukommt, sondern – in einem methodisch korrekten Verfahren – Recht zu sprechen, das dem jeweiligen Einzelfall gerecht wird. Dazu bedarf es nach Schmitt des kOD und nach Larenz der kaB und der Typen als deren Spiegelung in der Welt des Tatsächlichen.

Durch den Bezug der rechtlichen Begriffe zu der per definitionem als gerecht und von der Volksgemeinschaft als angemessen betrachteten nationalsozialistischen Ordnung wird dem Rechtsstab Material an die Hand gegeben, das es ihm ermöglicht, diese ideologische Komponente als legitime Auslegungsmethode in die Rechtsfindung zu integrieren. In der Wahrnehmung der Zeit, aber auch in der heutigen rechtsgeschichtlichen Forschung, wurde vor allem die Transformation des bestehenden Rechtssystems in eine durch die nationalsozialistische - Ideologie geprägte Rechtsordnung gesehen. Durch die neuen Machthaber wurden auch gänzlich neue Gesetze geschaffen. Eines der wichtigsten war das REG.

Das REG war als ordnungspolitische Maßnahme vor allem eine Antwort auf die Fragen der Zeit. Es sollte die Zersplitterung des bäuerlichen Besitzes beseitigen, die schon länger als einer der Hauptgründe für die Krise der Landwirtschaft ausgemacht worden war. Gleichzeitig war das REG aber auch Ausdruck der rassistischen Ideologie seiner Verfasser.

Neben diesen ideologischen Inhalten wurde mit § 56 REG ein neuer gesetzgeberischer Ansatz gewählt. Danach wurde der Rechtsanwender auf die in der Präambel aufgeführten Ziele des Gesetzes verpflichtet, wenn bei der Anwendung des Gesetzes Zweifel entstehen.

Die nationalsozialistischen Ansätze bei Fragen der Rechtsgewinnung gingen, wie die Rechtsprechung der Zeit, davon aus, dass sich das Recht grundlegend wandelte. Den Äußerungen des Führers wurde Rechtssatzqualität zugebilligt und bei der Rechtsauslegung und -fortbildung wurde versucht, den Gerichten die nötige Freiheit bei der Rechtsfindung einzuräumen. Betont wurde, dass die Bindung an das Gesetz für Normen, die unter dem Nationalsozialismus erlassen wurden, unbedingt fortgelte.

Bei der Analyse der Gedanken Busses zeigt sich, dass versucht wurde, das REG im Sinne des Ordnungsdenkens zu deuten. Darin offenbart sich die Nähe dieses Ansatzes zu dem Ständegedanken, der vor allem Darré bei dem Entwurf des REG beeinflusste. Aus der Ordnung der bäuerlichen Lebensweise heraus unternahm es Busse, das REG als artgemäßes Recht dieser Ordnung darzustellen. Gleichzeitig wies er immer auf den Bezug zur Gesamtordnung, der völkischen Gemeinschaft, hin. Allerdings ist bei ihm ein gewisser Realismus zu finden. Die Ordnung ist bei ihm auch ein Instrument, um das Subjekt zu disziplinieren. Die-

se Ansätze waren bei Larenz auch zu finden, allerdings überwog bei ihm der Gedanke, auf der Grundlage Hegels ein wirksames und dem Nationalsozialismus angemessenes Konzept der Rechtsgewinnung zu entwickeln.

Dabei schottet sich das völkische Ordnungskonzept weitgehend gegen Kritik ab, indem es ein Konzept der Wissenschaft entwickelt, das verhindert, dass Personen, die nicht in der völkischen Ordnung stehen, an dem Diskurs über das System teilhaben können. Dies stellt in gewissem Umfang eine Instrumentalisierung Hegels dar, auf dessen Grundlagen die völkische Ordnung auch bei Busse gegründet ist. Die Verquickung von Ordnungskonzept und Nationalsozialismus ist bei Busse nicht nur funktional, sondern das Ordnungskonzept dient bei ihm offen dazu, den nationalsozialistischen Anspruch der totalen Eingliederung des Subjekts in die Gemeinschaft zu untermauern.

Busse gebrauchte das Konzept der Ordnung, um Ergebnisse zu begründen, die mit der hergebrachten wissenschaftlichen Methodik und der Rechtsdogmatik auf der Grundlage des BGB nicht zu vereinbaren sind. Dies schafft nicht nur einen neuen Eigentumsbegriff, der nicht mehr umfassend ist, sondern nur noch ein Pflichtengefüge darstellt, in dem der Eigentümer Befugnisse, die sich aus seiner Stellung in der Ordnung ergeben, aber keine Rechte mehr hat. Die Ordnung schafft die Lebenswirklichkeit des Subjekts und greift nur als Reflex in dessen Rechtsstellung ein. Dabei integriert Busse auch die Gerichte. Diese sollen in diesem Sinne die Ordnung, in der das Subjekt steht, bei der Entscheidung mitberücksichtigen. Eine richterliche Entscheidung ist nicht mehr die Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter den Tatbestand einer Norm, sondern die umfassende Würdigung des Sachverhaltes anhand der Ziele des Gesetzes. Diese zu erkennen, ist dabei die sehr freie Interpretationsarbeit des Gerichts. Die Bindung des Gerichts an das Gesetz ist damit in einer ganz anderen Art und Weise verwirklicht als noch in der Weimarer Republik und im weiten Umfang ideologisch gesteuert.

Das REHG nutzte die Freiheit, die ihm vom Gesetzgeber gewährt wurde. Ganz im Sinne der Ordnungsvorstellung Busses konzentrierte es sich auf den Einzelfall und bezog sehr selten in wissenschaftlichen Auseinandersetzungen um Rechtsfragen des REG Stellung. Es war erkennbar darauf bedacht, sich selbst in Rechtsfragen nicht festzulegen, sondern das Besondere des jeweiligen Falls zu betonen. Damit konnte es frei agieren und legte dabei in den meisten Fällen auf die Billigkeit des gefundenen Ergebnisses Wert. Dieses Bestreben nach einer Lösung im Einzelfall unter der weitgehenden Nichtbeachtung der jeweiligen Literaturmeinung erstaunt zunächst. Gerade in einem neuen Rechtsgebiet, das in

weiten Teilen den jahrhundertealten Erbbräuchen der Bauern zuwiderlief, fördert eine intensive Auseinandersetzung mit der Literatur und das Verfassen von Leitentscheidungen eine schnelle Systematisierung des Rechtsgebiets. Ein solches Erschließen der Materie wäre schon deswegen geboten gewesen, weil die Untergerichte in erheblichem Umfang geradezu willkürliche Entscheidungen trafen und etwa in den Begründungen direkten Bezug auf den vermeintlichen Führerbefehl nahmen. In den ausgewerteten Beschlüssen billigte das REHG solche Entscheidungen nicht, sondern führte in der Regel eine Kontrolle des Ergebnisses an den in der Präambel niedergelegten Zwecken des REG durch. Eine Erklärung für die Hervorhebung des Einzelfallcharakters der jeweiligen Entscheidung könnte sein, dass sich das Gericht selbst nicht zu einem Zeitpunkt präjudizieren wollte, zu dem wegen der mangelnden Erfahrung bei der Anwendung des neuen Gesetzes noch nicht die Tragweite solcher Präjudizien für die Praxis abzusehen war. Dagegen spricht aber, dass sich der Stil der Entscheidungsbegründung in den ausgewerteten neun Bänden nicht wesentlich geändert hat. Zu berücksichtigen ist ferner, dass es sich bei der Materie um einen relativ überschaubaren Komplex handelt, der ab einer gewissen Zeit zumindest in den Schwerpunkten ausgelotet ist. Vielmehr liegt es nahe, darin die Verwirklichung des Anspruchs zu sehen, die Rechtsgewinnung und damit auch die richterliche Entscheidung nicht länger als die Anwendung abstrakter Rechtsbegriffe zu verstehen, sondern die Forderung Schmitts aufzugreifen und eine konkrete Entscheidung zu treffen, die ihre Grundlage in der jeweiligen Ordnung hat, in der sich die Beteiligten befinden. In einem solchen Kontext ist es überflüssig, mehr als unbedingt notwendig auf die wissenschaftliche Diskussion zu diesen Fragen einzugehen. Zumal, wenn in der Literatur versucht wurde, etwa das Eigentum im REG mit den hergebrachten Mitteln des Sachenrechts zu erklären. Zwar hat schon der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 56 REG und der verfahrensrechtlichen Beteiligung von Laienrichtern in einem gewissen Maß die Wurzeln für eine am konkreten Einzelfall orientierte Rechtsprechung gelegt, aber das REHG ist darüber weit hinausgegangen. Ein Zweifelsfall, der die Anwendung des § 56 REG zuließ, wurde sehr großzügig angenommen. Bei der Anwendung des § 56 REG, insbesondere, wenn für dessen Anwendung aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlauts eigentlich kein Raum war, zeigt sich die Nähe des REHG zu dem Verständnis Busses, wonach mittels dieser Vorschrift die vom Gesetzgeber durch das REG geschaffene Ordnung geschützt und durchgesetzt werden sollte. Damit wird der Kontext der hergebrachten Rechtsgewinnung mittels Auslegung und Rechtsfortbildung zugunsten einer direkt politisch motivierten Rechtsgewinnung verlassen. Eine Grenze wurde erst bei der Kollision mit

nationalsozialistischem Recht gezogen. Es zeigt sich, dass das Gericht den Zweck des REG mit dem anderer nationalsozialistischer Normen abwog, das REG aber im Zweifel als vorrangig ansah.

Insgesamt zeigt sich bei den Senaten – etwa bei der Frage der Gestaltung von Übergabeverträgen hinsichtlich deren Inhalts oder der Person des Übernehmenden – die Tendenz, eine Lösung zu favorisieren, bei der eine bestimmte Gestaltung nicht von vornherein verboten, sondern unter den Vorbehalt einer Genehmigung durch die Anerbenbehörden gestellt wird. Darin findet sich die Forderung von Busse und Larenz wieder, die Trennung des öffentlichen und des privaten Rechts aufzuheben und die Rechtsstellung des Einzelnen aus seiner Pflichtenstellung gegenüber der Volksgesamtheit zu definieren. Durch eine weitgehende Kontrolle solcher Übergabeverträge durch die Anerbenbehörden wird dieser Bereich der privatrechtlichen Willkür der Beteiligten entzogen und in den Kontext des Allgemeinwohls gestellt. Der Gedanke, dass die Rechtsstellung des Einzelnen durch seine Stellung in der Ordnung definiert wird, zeigt sich bei den Entscheidungen des REHG auch in dem Verständnis des Eigentumsbegriffs innerhalb des REG. Hier zeigt sich eine Abkehr vom liberalen Eigentumsbegriff des § 904 BGB. Aus dem Erbhofeigentum ergeben sich vor allem Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft und der Sippe, die es verhindern, dass der Eigentümer frei über seinen Hof verfügen kann. Diese Pflichten bestimmen nach der Rechtsprechung des REHG auch das von einem Bauern zu erwartende Verhalten bei Fragen der Bewirtschaftung des Hofes. Hier ist bezeichnend, dass das Gericht ausführte, dass sich die Unveräußerlichkeit des Erbhofs schon aus dem Zweck des Gesetzes ergäbe, so dass dies nicht einmal gesetzlich hätte normiert werden müssen. Auch zeigen sich deutliche Affinitäten zu der Typenkonzeption von Larenz bei der Einordnung des Erbhofeigentums. Keine Bezüge lassen sich hingegen für den idealistischen Ansatz bei der Begründung der Geltung des Rechts als Ausdruck der Volksgemeinschaft finden. Bei aller Übereinstimmung in der Sache sind die direkten Referenzen an Larenz oder Busse relativ gering. Einzig der Begriff der Ordnung wird in einem Bezug genannt, der eindeutig auf die methodischen Ordnungskonzeptionen hinweist. Trotzdem weisen die analysierten Entscheidungen so deutliche Bezüge inhaltlicher Art auf, dass abschließend festgestellt werden kann, dass die im Laufe dieser Arbeit aufgegriffenen und in ihren historischen Kontext gestellten Ordnungskonzeptionen Einfluss auf die Rechtsprechung des REHG gehabt haben. Dies zeigt auch, dass die Ordnungskonzepte, wie sie Schmitt, Larenz und Busse entwickelt haben, nicht nur rein akademische Konstruktionen waren, sondern sich als praktisch nutzbar erwiesen. Insoweit geht auch der Einfluss der Kieler Schule, der Larenz und Busse

angehört haben, weiter, als die zeitgenössische Kritik vermuten lässt. Dieses Ergebnis zeigt auch, dass die Ordnungskonzeptionen durchaus als generelles methodisches Instrument der Rechtsgewinnung geeignet waren und nicht nur einen Lösungsansatz boten, um im Wege der unbegrenzten Auslegung vernationalsozialistisches Recht im Sinne des nunmehr gewünschten Ergebnisses umzudeuten. Das REHG entwickelte vielmehr – wenn auch in einem sehr überschaubaren rechtlichen Kontext – eine Rechtsanwendung aus dem Ordnungsdenken als methodische Leitlinie heraus. Gleichzeitig ist auch ersichtlich, dass sich das REHG nicht vollständig vom gesicherten Methodenbestand der Rechtsgewinnung gelöst hat. Gerade bei der Frage des Verhältnisses des REG zu Normen, die ebenfalls einen nationalsozialistischen Kontext hatten, zeigt sich, dass auf die bestehenden Erkenntnisse bei der Bestimmung des Vorrangs zurückgegriffen wurde. Ebenso wurden Analogieschlüsse benutzt, soweit sie sich in das Gesamtkonzept einbinden ließen. Dieser Rückgriff auf das Bestehende ist in der Gesamtschau doch als so erheblich zu bezeichnen, dass der methodische Ansatz des REHG nicht als völlig selbstständiger und neuer Weg bezeichnet werden kann. Vielmehr stellt er eine Fortentwicklung dar.

Wie im ersten Teil der Arbeit aufgezeigt, sind auch die Ordnungskonzeptionen von Schmitt und Larenz eingebettet in einen zeit- und ideengeschichtlichen Kontext. Trotz des viel beschworenen Neuanfangs einer völkischen Rechtswissenschaft sind beide geprägt durch ihre Zeit. Bei Schmitt lassen sich seine Thesen durchaus als Weiterentwicklung und Zuspitzung seiner schon in Weimar entwickelten Gedanken begreifen. Allerdings lässt sich auch nicht übersehen, dass er in seiner ihm eigenen Art auch die Verbindung zu der nationalsozialistischen Ideologie suchte und zumindest in seinen Schriften auch herzustellen wusste. Bei Larenz zeigt sich diese Eingebundenheit noch deutlicher in seinem Bemühen, seine Ordnungskonzeption in einen hegelianischen Kontext zu stellen. Busse hingegen ist einen Schritt weiter gegangen und hat das Ordnungskonzept in weiten Teilen aus dem ideengeschichtlichen Kontext gelöst und auf den Nationalsozialismus zugeschnitten. Gerade die Ordnungskonzeptionen haben sich als besonders geeignet erwiesen, spezifisch nationalsozialistischen Inhalt zu transportieren. Zu einem gewissen Anteil sind sie dafür geschaffen worden. Immerhin haben diese Konzepte ihre Tauglichkeit als Methoden der Rechtsgewinnung durch ihren Einfluss auf die Rechtsprechung des REHG bewiesen. Damit sind sie mehr als ein Hilfskonstrukt zum Umdenken bestehender Rechtsbegriffe. Einen spezifisch völkischen oder nationalsozialistischen Sonderweg der Rechtsgewinnung stellen sie aber nur zum Teil dar. Dazu sind die Verbindungslinien zu den überkommenen Verfahren der Rechtsgewinnung zu groß. Dafür spricht

auch, dass sich die bestimmenden Determinanten der völkischen Rechtswissenschaft, also Volk, Gemeinschaft, Rasse und Führerprinzip, grundsätzlich, wenn auch nicht in der Brutalität und Rechtlosigkeit ihrer Verwirklichung, ebenfalls aus dem zeitgeschichtlichen Kontext erklären lassen. Die Ordnungskonzeptionen und auch ihre Anwendung in der Rechtsprechung sind in der Entwicklungslinie von der Begriffsjurisprudenz hin zu der heutigen Wertungsjurisprudenz zu sehen. In einem gewissen Maße hat die Rechtsprechung des REHG – für sich allein betrachtet – die heutige Elastizität bei der Rechtsanwendung vorweggenommen. Unter diesem Gesichtspunkt sind auch die Ordnungskonzeptionen in dieser Entwicklungslinie zu sehen. Dies kann abschließend als Appell für die Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft betrachtet werden, sich stets vor Augen zu führen, dass getroffene Wertungen immer eine subjektive, im Extrem auch ideologische Komponente haben, die offen gelegt werden muss, um eine rechtsstaatliche Kontrolle der Entscheidung zu erlauben.

Lebenslauf

Der Verfasser wurde am 7. September 1971 als Kind von Stefan und Dora Sigmundt in Aachen geboren. Der Schulbesuch wurde 1991 mit dem Abitur am bischöflichen Pius-Gymnasium in Aachen abgeschlossen. Nach der Ableistung des Zivildienstes 1991/1992 nahm der Verfasser 1993 das Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität in Würzburg und der Queen's University Belfast auf, das 1998 mit dem 1. juristischen Staatsexamen in Würzburg abgeschlossen wurde. Danach folgten das Referendariat im OLG-Bezirk Bamberg und das 2. juristische Staatsexamen im Jahr 2000. Von 1999 bis 2000 war der Verfasser als Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Weitzel für Bürgerliches Recht, europäischer Rechtsgeschichte sowie Zivilprozessrecht in Würzburg tätig.

Von Juni 2000 bis Januar 2002 war der Verfasser Mitarbeiter und Rechtsanwalt bei der Kanzlei Michaelis Pfeifer König in Frankfurt in den Bereichen allgemeines Wirtschaftsrecht und eCommerce.

Im Februar 2002 wechselte der Verfasser zum Bundesaufsichtsamt für den Wertpapierhandel, das später in der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht aufging und ist dort bis heute beschäftigt.