

Rechtswissenschaft in Diktaturen

Die juristische Methodenlehre im NS-Staat und in der DDR

Bearbeitet von
Jan Schröder

1. Auflage 2016. Buch. XIII, 146 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 69606 0
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm
Gewicht: 343 g

[Recht > Rechtswissenschaft, Nachbarbereiche, sonstige Rechtsthemen > Rechtsgeschichte](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

die „ernsten Bibelforscher“ (Zeugen Jehovas)¹⁹⁰ nicht durch Art. 137 WRV geschützt¹⁹¹. Ähnlich untersagt das Reichsverwaltungsgericht eine Vereinsgründung mit dem Argument, es ergebe sich „aus dem Wesen des nationalsozialistischen Reiches ... unmittelbar“, daß die vereinschützenden Vorschriften des § 61 II a.F. BGB und vor allem des Art. 124 WRV „mit dem Umbruch als erloschen anzusehen“ seien¹⁹². Eher Kuriositätswert haben zwei andere Entscheidungen. Das Landesarbeitsgericht Gleiwitz möchte 1933 die Vorschrift des § 84 I a.F. Betriebsverfassungsgesetz nicht mehr anwenden, die eine Kündigung verbietet, wenn sie (vermutlich) wegen der Geschlechtszugehörigkeit ausgesprochen ist. Diese frauenfreundliche Vorschrift entspreche nicht mehr der heutigen „Weltanschauung“, denn es sei „das Bestreben der neuen Regierung, die Frau wieder ihrem häuslichen Wirkungskreis zuzuführen und die Arbeitsplätze den männlichen Volksgenossen vorzubehalten“¹⁹³. Und nach Ansicht des Amtsgerichts Kassel entspricht auch § 850 IV a.F. ZPO, wonach der Arbeitslohn des Vaters zugunsten von Unterhaltsansprüchen seiner Kinder unbeschränkt gepfändet werden darf, „nicht mehr dem heutigen Rechts- und Volksempfinden“¹⁹⁴. Es sind also vor allem untere Gerichte, die sich durch besonders schneidige Anwendung nationalsozialistischer Ideen auszeichnen wollen.

4. Unterabschnitt: Gegenbewegungen

§ 12. Gelegentliche Abwehr nationalsozialistischer Vorstellungen in der Rechtsprechung mit Hilfe der „subjektiven“ Theorie

Unsere Darstellung wäre unvollständig, wenn sie nicht auch an den gelegentlichen Widerstand gegen die neue Ideologie erinnern würde, der sich durchweg auf eine subjektiv-historische Auslegung stützte. Zwar konnte diese Rechtsprechung angesichts der Flut von folgsam nationalsozialistischen Urteilen und der ständigen Bereitschaft des Gesetzgebers, mit Gesetzen oder Verordnungen einzugreifen, letztlich nicht viel ausrichten. Es gab vermutlich auch keinen Spruchkörper, der dauerhaft in jedem Fall dem nationalsozialistischen Einfluß widerstanden

¹⁹⁰ Dazu Detlef Garbe: Zwischen Widerstand und Martyrium. Die Zeugen Jehovas im „Dritten Reich“, 3. Aufl., München 1997, S. 136–154 (Rechtsprechung). Weitere Literatur bei H. Ludyga: OLG München, S. 154f.

¹⁹¹ Hanseatisches Sondergericht (Urteil v. 15. 3. 1935), JW 1935, S. 2988f. (2989). Anders dann RG (v. 24.9.1935 = RGSt 69, 341), JW 1935, S. 3377–3379, das vom Inkraftbleiben des Art. 137 ausgeht, die Tätigkeit der „ernsten Bibelforscher“ aber analog Art. 135 S. 3 WRV wegen Verstoßes gegen Staatsschutzvorschriften unterbinden will.

¹⁹² Reichsverwaltungsgericht (Urteil v. 3.9.1942), DR 1943, S. 659–661 (660f.).

¹⁹³ Landesarbeitsgericht Gleiwitz (Urt. v. 17.8.1933), JW 1933, S. 2174f. (2174). Dazu auch B. Rütters: Unbegr. Auslegung, S. 148f.

¹⁹⁴ AG Kassel (Beschl. v. 21.9.1934), JW 1934, S. 3020.

hat. Man wird aber der Rechtsprechung im Nationalsozialismus nicht gerecht, wenn man nicht auch die Versuche würdigt, Rechtssicherheit und ideologiefreie Gesetzesauslegung gegenüber dem nationalsozialistischen Gesinnungsdruck zu verteidigen.

1. Subjektiv-historische Auslegung nationalsozialistischer Gesetze

Eine Berufung auf den Willen des Gesetzgebers, um interpretative Verschärfungen zu vermeiden, begegnet auch bei neuem Recht. Mehrfach verweigert das Reichsgericht eine Erweiterung im „völkischen“ Sinne. Das geschieht vereinzelt sogar bei dem sonst bedenkenlos ausgeweiteten „Blutschutzgesetz“. So wendet sich das Reichsgericht gegen die Ansicht, die angebliche Verurteilung der „Rassenschande“ durch das Volk müsse straf erhöhend wirken: Der Gesetzgeber habe „seine Meinung und seinen Willen“ schon durch die Aufstellung des gesetzlichen Strafrahmens zum Ausdruck gebracht¹⁹⁵. Das „Heimtückegesetz“ soll wegen der „klar zutage liegenden Meinung des Gesetzgebers“ nicht beliebig auf weitere Fälle ausgedehnt werden¹⁹⁶, und die VO gegen Wehrkraftzersetzung enthält keine „unbewußte“ Lücke, wenn sie den freundschaftlichen Umgang mit Zivilgefangenen nicht verbietet¹⁹⁷. Auch soll die wieder eingeführte *reformatio in peius* nicht auch noch zu Lasten des Mitangeklagten möglich sein, der keine Revision eingelegt hat, denn eine solche Regelung liegt „nicht im Willen des Gesetzgebers“¹⁹⁸. Das Unterschriftserfordernis nach § 21 TestG (1938) ist zu beachten, auch wenn es vielleicht dem „Volksempfinden“ widerspricht¹⁹⁹. Wegen der „bewußten“ Wortwahl des Gesetzgebers wenden sich auch das Reichsarbeitsgericht und das Kammergericht zuweilen gegen die Ausweitung antijüdischer Verordnungen²⁰⁰, und das Erbgesundheitsobergericht Jena weigert sich, die Anlage zu einer Erbkrankheit der Krankheit selbst gleichzustellen: „Wenn das Gesetz die Ausmerzung der Krankheit beabsichtigt hätte, hätte es sich ohne Zweifel darüber ausgesprochen“²⁰¹.

2. Aufrechterhaltung alter Gesetze unter Berufung auf den Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers

In anderen Fällen wird altes Recht weiterhin angewendet mit der Begründung, es sei nicht ersichtlich, daß der nationalsozialistische Gesetzgeber es aufheben wollte.

¹⁹⁵ RG (Urteil v. 24.7.1936 = RGSt 70, 290), JW 1936, S. 2714 f.

¹⁹⁶ RG (Urteil v. 8.3.1937), JW 1937, S. 1832; RG (Urteil v. 19. 8. 1939), DR 1939, S. 1977 (Textzitat).

¹⁹⁷ RG (Urteil v. 18.7.1940), DR 1940, S. 1836 f.

¹⁹⁸ RG (Urteil v. 4.6.1936 = RGSt 70, 229), JW 1936, S. 3002 f.

¹⁹⁹ RG (Urteil v. 12.11.1941), DR 1942, S. 339.

²⁰⁰ RArbG (Urteil v. 22.7.1939), DR 1940, S. 133 f. will ein Ruhegeld nicht den kraft Gesetzes wegfallenden Dienstbezügen gleichstellen; KG (Beschuß v. 23.5.1941) DR 1941, S. 2132 f. (Textzitat S. 2133) stellt eine Zwangshypothek für einen Juden nicht einer „durch Rechtsgeschäft“ erworbenen Hypothek gleich; vgl. dazu die Ablehnung dieser „begrifflichen“ Ausführungen durch *Schmidt-Klevenow*, DR 1941, S. 2395 f. und *Schmidt-von Rhein*, DR 1941, S. 2605 f., „die im Volk wohl nie Verständnis finden werden“ (2606).

²⁰¹ Erbgesundheitsobergericht Jena (Beschuß v. 10.5.1944), DR 1944, S. 630

Mit diesem Argument lehnt das Reichsgericht mehrfach rassistisch-ideologische Veränderungen des Familienrechts ab. Dauerhaft stellt es sich gegen die Abschaffung von § 1594 a.F. BGB (o. § 7 III 2 c), der „nicht durch das nationalsozialistische Gedankengut außer Kraft gesetzt“ sei²⁰². Es verweigert auch eine erweiterte Anfechtung „jüdisch-arischer Mischehen“ (o. § 7 III 2 a) nach Inkrafttreten des „Blutschutzgesetzes“. Denn dieses enthalte insofern keine Regelung, woraus „nur auf seinen Willen geschlossen werden (sc. kann), daß es auch bezüglich der Eheanfechtung bei den bisherigen Vorschriften bewenden soll“²⁰³. Auch im Steuer- und Beamtenrecht entnimmt es mehrfach dem Schweigen des neuen Gesetzgebers den Willen, das alte Recht in Kraft zu lassen²⁰⁴. Bemerkenswert sind verschiedene Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts²⁰⁵, die sich gegen Behinderungen der Gewerbefreiheit wenden. Die polizeiliche Generalklausel könne gegen die Gewerbefreiheit nichts ausrichten, „da nach dem Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers die §§ 1 und 143 RGewO nicht beseitigt sind“²⁰⁶. Wenn, in einem anderen Fall, die Gestapo einen Bewerber als politisch unzuverlässig bezeichnet, dann sei diese Behauptung noch keine „Tatsache“, die es nach § 57 RGewO rechtfertigen würde, die Zulassung zu versagen. Denn „an dem klaren und unzweideutigen Willen des Gesetzgebers“, daß der Bewerber nur beim Vorliegen von Tatsachen abgewiesen werden darf, „kann ... kein Zweifel bestehen“²⁰⁷. Überhaupt könne sich der Richter „über eine positive Gesetzesbestimmung ... nicht einfach hinwegsetzen, weil sie nach seiner Meinung nationalsozialistischer Auffassung widerspricht“²⁰⁸.

3. Subjektiv-historische Auslegung alter Gesetze

Schließlich kommt es auch vor, daß eine Entscheidung ohne weitere Absicherung direkt aus dem Willen des alten Gesetzgebers argumentiert. So sträubt sich das Reichsgericht längere Zeit gegen die analoge Ausweitung verschiedener Sexualstrafnormen, da der (alte!) Gesetzgeber die Grenzen „bewußt“ gezogen habe und keine „unbeabsichtigte“ Lücke vorliege²⁰⁹ (allerdings gibt es die bis 1940 verteidigte enge Auslegung des § 174 StGB, bei Unzucht zwischen Eltern und Kindern,

²⁰² RG (Urteil v. 23.11.1936), JW 1937, S. 154–156 (Leitsatz)

²⁰³ RG (Urteil v. 20.4.1936), JW 1936, S. 1958. S. auch RG (Urteil v. 13. 2. 1936), JW 1936, S. 1212 f. zur Klage auf Herstellung der häuslichen Gemeinschaft (§ 1353 a.F. BGB) in einer „Mischehe“.

²⁰⁴ RG (Urteil v. 15.2.1937), JW 1937, S. 2403 f. (zu § 404 I 3 RAO); RG (Urteil v. 25.5.1937), JW 1937, S. 2531–2533 (Witwengeld), dazu scharfe nationalsozialistische Kritik von *Rumpf*, JW 1937, S. 2885 f.; RG (Urteil v. 17.8.1937 = RGZ 155, 246), JW 1937, S. 2924 (Bezüge eines nach der Machtgreifung entlassenen Professors).

²⁰⁵ Vgl. dazu aus der modernen Literatur auch R. *Echterhölder*: Öffentl. Recht, S. 131 ff.

²⁰⁶ PrOVG (Urteil v. 8.10.1936), JW 1937, S. 1031 f. (1032); PrOVG (Urteil v. 16. 12. 1937), JW 1938, S. 988–990.

²⁰⁷ PrOVG (Urteil v. 12.8.1937), JW 1937, S. 2933 f.

²⁰⁸ PrOVG (Urteil v. 15.2.1934), JW 1934, 1269 f. (1269).

²⁰⁹ So RG (Urteil v. 7.10.1937 = RGSt 71, 347), JW 1937, S. 3149 (zu § 184 StGB). Entsprechende Argumentation in RG (Urteil v. 11.11.1937 = RGSt 71, 390), JW 1938, S. 852–854 (zu § 174 StGB = RGSt 73, 358); RG (Urteil v. 16.11.1939), DR 1940, S. 282 f. (zu § 177 StGB); RG (Urteil v. 23.1.1940), DR 1940, S. 1279 (zu § 174 StGB).

1942 auf²¹⁰). Unter Berufung auf den Willen des Gesetzgebers legt es auch andere Strafvorschriften eng aus²¹¹ oder stützt seine Entscheidungen auf eine historische Auslegung älteren Rechts²¹². Noch 1941 verteidigt es mit seitenlangen historischen Ausführungen die traditionelle Auslegung des Begriffs „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ in § 13 GVG²¹³. Und das Kammergericht hält gegen den Zeitgeist am verhassten „Formalismus“ fest, indem es ein Testament mit vorgedruckter, aber nicht eigenhändig geschriebener Ortsangabe wegen des „klaren ... Gesetzwillens“ (§ 2231 Nr. 2 a.F. BGB) für nichtig erklärt²¹⁴. Solche Entscheidungen können sicherlich nicht das heute vorherrschende Bild einer dem Nationalsozialismus weitgehend angepaßten Rechtsprechung ändern. Sie zeigen aber, daß eine völlige Gleichschaltung der Justiz bis in die 1940er Jahre hinein nicht gelungen ist²¹⁵.

§ 13. Zusammenfassung

Auch die nationalsozialistische Theorie der Gesetzesinterpretation verläßt den weltanschaulich neutralen Standpunkt der „bürgerlichen“ Lehre vor 1933. Dabei macht sich wiederum die Antinomie von „völkischem“ (ideologischem) und autoritärem Prinzip bemerkbar. Neben der „objektiven“ Auslegung, die nunmehr die nationalsozialistische Weltanschauung zur Geltung bringen soll, behauptet sich die „subjektiv“-historische, am Willen der Führung orientierte. Sie wird jedoch zu ideologischen Zwecken modifiziert, während sich die traditionelle historische Auslegung nur noch gelegentlich zur Abwehr nationalsozialistischer Vorstellungen findet. Ganz herrschend war die objektive Theorie, vor allem deshalb, weil sie auch die Interpretation „vorrevolutionärer“ Gesetze im völkischen Geist zuließ. Aber selbst nach 1933 erlassene Gesetze wurden im nationalsozialistischen Sinne „verbessert“, allerdings in einer Weise, die sich zumindest mit dem hypothetischen Willen des Gesetzgebers vertrug. Auch die Feststellung von Gesetzeslücken richtete sich nach der nationalsozialistischen Weltanschauung. Bei der Lückenausfüllung stieß die Analogie auf Skepsis; die Lücken sollten vornehmlich nach dem völkischen Rechtsempfinden geschlossen werden, in dessen „weltanschaulicher Geschlossenheit“ man eine sichere Rechtsgrundlage für den Richter sah. Für ein „Richterrecht“ im Sinne persönlicher Werturteile des Rechtsanwenders war also, anders als im liberalen Staat, kein Raum mehr.

²¹⁰ RG (2. Senat, Urteil v. 8.10.1942 = RGSt 76, 242), DR 1942, S. 1757 f., gegen die vorher abweichende Meinung des 1. Senats (s. vorige Fn., letzte Entscheidung).

²¹¹ RG (Urteil v. 8.12.1936 = RGSt 70, 367), JW 1937, S. 162–164 (§ 164 StGB).

²¹² RG (Urteil v. 30.5.1938), JW 1938, S. 2686 f. (Weitergeltung von § 155 des preußischen Allgemeinen Berggesetzes); RG (Urteil v. 8.12.1939 = RGZ 162, 257), DR 1940, S. 737–739 (Rückgriff auf ein älteres Kommunalbeamtengesetz zugunsten eines jüdischen Klägers).

²¹³ RG (Urteil v. 10.3.1941 = RGZ 166, 218) DR 1941, S. 1487–1493.

²¹⁴ KG (Beschl. v. 3.2.1938), JW 1938, S. 680. Bestätigend KG (Beschl. v. 28.4.1938), JW 1938, 1720 f.

²¹⁵ Vgl. auch die Überlegungen von L. Gruchmann: Justiz, S. 1138–1143.

3. KAPITEL THEORIE DER WISSENSCHAFTLICHEN RECHTSBEARBEITUNG²¹⁶

§ 14. Allgemeines. Das „konkrete Ordnungsdenken“

Die Rechtswissenschaft vor 1933 hatte das Recht wertneutral begrifflich und systematisch bearbeitet (RaW §§ 88 ff.). Dagegen unterstellt sich die neue nationalsozialistische Rechtswissenschaft dem „völkischen“ Gedanken. Die üblichen, uns schon bekannten Stichwörter lauten in der Jurisprudenz wie in den anderen Geisteswissenschaften: Die neue Wissenschaft soll nicht relativistisch²¹⁷, neutral und indifferent²¹⁸, pluralistisch, formalistisch, liberalistisch²¹⁹, ja nicht einmal objektiv (!)²²⁰ sein, sondern lebens- und wirklichkeitsnah²²¹, ganzheitlich²²², natürlich, gesund²²³ und praktisch²²⁴. Sie ist weltanschaulich orientiert²²⁵, dem

²¹⁶ LITERATUR: B. Rütters: Unbegr. Auslegung, S. 270 ff.; K. Marxen: Der Kampf, besonders S. 214–227; K. Anderbrügge: Völk. Rechtsdenken, S. 140 ff.; Ingeborg Maus: Juristische Methodik und Justizfunktion im Nationalsozialismus, in: H. Rottleuthner (Hrsg.): Recht, Rechtsphilosophie und NS, S. 176–196; Dieter Grimm: Die „Neue Rechtswissenschaft“. Über Funktion und Formation nationalsozialistischer Jurisprudenz, in: Peter Lundgreen (Hrsg.): Wissenschaft im Dritten Reich, Frankfurt am Main 1985, S. 31–54, besonders 32–40; O. Lepsius: Gegensatzaufhebende Begriffsbildung, besonders S. 126–218; M. Stolleis: Geschichte, III, S. 318 ff.; Horst Dreier / Walter Pauly: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, in: VVDStRL 60 (2001), S. 9–72, 73–105; Frank-Rutger Hausmann: Die Geisteswissenschaften im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 2011, besonders S. 778 ff.; J. Rückert: Die Schlachtrufe, S. 521–524.

²¹⁷ F. Weinhandl, E. Tatarin-Tarnheyden, zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 63, 790.

²¹⁸ P. Ritterbusch, zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 89.

²¹⁹ H. Noack (nicht liberalistisch), F. Weinhandl (kein Formalismus), Wenzel Graf Gleispach (kein Formalismus, Liberalismus), zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 60, 63, 819; Ludwig Schnorr von Carolsfeld: Die Notwendigkeit neuer Begriffsbildung im bürgerlichen Recht, in: DJZ 1935, Sp. 1475–1479 (1479: kein Pluralismus).

²²⁰ H. Rothfels, zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 90.

²²¹ A. Coenders (lebensnah, „wirkliches Leben“), F. Weinhandl („Wirklichkeit des Lebens“), E. Kriek („die gesuchte Einheit heißt Leben“), E. Anrich („lebendige Wirklichkeit“), zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., 44 f., 63, 64, 94; M. Busse: Zur Aufgabe, S. 293 („die in der Wirklichkeit selbst wirksamen praktischen Richtgedanken“); Richard Deinhardt: Die Methode der Urteilsfindung und das neue Rechtsdenken, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), 378–382 (381: „Wirklichkeitsdenken“).

²²² L. Schnorr v. Carolsfeld: Notwendigkeit, Sp. 1476.

²²³ H.-J. Bruns, zit., nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 821.

²²⁴ H. Noack („Nöte des praktischen Lebens“), zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., 60.

²²⁵ E. Kriek, zit. nach F.-R. Hausmann: Geisteswiss., S. 64; Georg Hahn: Transzendentaler Idealrealismus. Eine Auseinandersetzung mit dem Werk Wilhelm Sauer, in: Deutsche Rechtswissenschaft 1 (1936), S. 330–352 (343: „Wissenschaftliche Erkenntnis ist in Wahrheit die bewußtseinsmäßige Entfaltung einer Weltanschauung im Leben“); R. Freisler: Ns. Recht, S. 82, 87.

Nationalsozialismus verpflichtet²²⁶, kurz: ein „völkisches Rechtsdenken“ wie es schon im Titel der 1938 erschienenen Monographie von Karl Larenz heißt²²⁷. Das Führerprinzip hat in diesem Zusammenhang keine Bedeutung mehr²²⁸.

Was nun allerdings „völkisch“ und was nicht völkisch war, ließ sich bei den hochtechnischen Problemen der wissenschaftlichen Begriffs-, Satz- und Systembildung nicht mehr mit solcher Sicherheit sagen wie in der Rechtsquellen- und Interpretationslehre. Zweifellos war es nicht völkisch und gut nationalsozialistisch, wenn etwa ein Richter versuchte, Befehle des Führers anhand anderer Wertvorstellungen zu korrigieren (o. § 4 III). Aber ob die Begriffe klassifizierend, typologisch oder gar nicht definiert werden sollten, ergab sich nicht mehr zwingend aus der nationalsozialistischen Weltanschauung. Die Meinungen über die richtige Theorie der Rechtswissenschaft gehen deshalb nach 1933 sehr viel weiter auseinander als über die Rechtsquellen und die Gesetzesauslegung. Wir werden im Folgenden der „völkischen“ Theorie nur einige Vorstellungen zurechnen, die sich besonders scharf von der Lehre des frühen 20. Jahrhunderts unterscheiden. Häufig werden sie von Mitgliedern der politisch protegierten Kieler „Stoßtruppfakultät“²²⁹ vertreten, aber nicht nur von ihnen. Von diesen Vorstellungen heben sich die oft traditionellen Ansichten der Gegner (§ 18) deutlich ab.

Das wichtigste Schlagwort für die „völkische“ Theorie erfand 1934 Carl Schmitt mit seiner Lehre vom „konkreten Ordnungsdenken“²³⁰. Schmitt meint, das Recht werde „entweder als eine Regel, oder als eine Entscheidung oder als eine konkrete Ordnung und Gestaltung“ aufgefaßt²³¹. Heute paßten das normativistische und das dezisionistische Denken nicht mehr, und „Jetzt bedarf es eines konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens, das den zahlreichen neuen Aufgaben der staatlichen, völkischen, wirtschaftlichen und weltanschaulichen

²²⁶ Karl August Eckhardt: *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg 1935, S. 7 („Die deutsche Rechtswissenschaft muß nationalsozialistisch werden“); H. Frank: *Rechtsgrundlegung*, S. 48 (Zweck der Rechtswissenschaft ist „die Förderung der Rechtsidee des Nationalsozialismus“).

²²⁷ Karl Larenz: *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*, Berlin 1938.

²²⁸ Das ist an sich selbstverständlich, wenn die Führung nicht auch die Begriffe und das System vorgibt, womit sie aber eine eigenständige (jedenfalls mehr als nur exegetische) Rechtswissenschaft überhaupt ausschließt. Eine Ahnung, daß es eine solche Entwicklung im Führerstaat geben könnte, findet sich bei Friedrich Schaffstein: *Politische Strafrechtswissenschaft*, Hamburg 1934, S. 24: „Immerhin eröffnet sich die Perspektive, daß der Gedanke der Unterwerfung unter die Führerautorität in seiner extremsten Form unsere strafrechtliche Begriffsbildung und Gesetzesauslegung einmal zu der gleichen wertfreien formallogischen Methode zurückführen könnte, wie sie dem Rechtssicherheitsideal des Liberalismus entsprach. Eine Perspektive, die freilich niemals Wirklichkeit werden kann, weil und solange das nationalsozialistische Bekenntnis zu einem organischen Rechts- und Staatsbegriff die rechtswissenschaftliche Entwicklung nach der entgegengesetzten Seite drängt“ (zitiert nach F.-R. Hausmann: *Geisteswissenschaften*, S. 816).

²²⁹ Dazu Jörn Eckert: *Die Kieler Rechtswissenschaftliche Fakultät. „Stoßtruppfakultät“*, in: Heribert Ostendorf (Hrsg.): *Die NS-Strafjustiz und ihre Nachwirkungen*, Baden-Baden 2003, S. 21–55; Christina Wiener: *Kieler Fakultät und „Kieler Schule“*. Die Rechtslehrer an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Kiel in der Zeit des Nationalsozialismus und ihre Entnazifizierung, Baden-Baden 2013.

²³⁰ Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934.

²³¹ C. Schmitt: *Drei Arten*, S. 7.

Lage und den neuen Gemeinschaftsformen gewachsen ist“²³². Welche materiellen Rechtsprinzipien sich daraus für den nationalsozialistischen Staat ergeben, läßt sich nach Schmitt nicht ein für allemal sagen. Das Recht resultiere aus der inneren Ordnung (etwa des Führerstaates) selbst und könne nicht auf Regeln gebracht werden: „Die konkrete innere Ordnung ... jeder Institution widersteht, solange die Institution andauert, jedem Versuch restloser Normierung und Regelung“²³³. Das Recht selbst ist also nicht als vorgeordnetes Abstraktum faßbar, es erscheint nur in der jeweiligen Ordnung. Damit lief die Lehre Carl Schmitts auf ein „Fallrecht“²³⁴ hinaus, das sich mit den bisherigen Vorstellungen von juristischer Begriffs- und Systembildung nicht mehr vertrug. Schmitt ließ zwar die Konsequenzen, wie das meiste in seiner Lehre, offen. Aber das Schlagwort vom „konkreten Ordnungsdenken“ wies doch in eine bestimmte Richtung und wurde bei der Diskussion über die Methode der Rechtswissenschaft überall aufgegriffen²³⁵.

§ 15. Begriffsbildung: Die inhaltliche Seite

1. Rückkehr zu Wesensbegriffen

Die Rechtstheorie des Kaiserreichs und der Weimarer Republik hatte die „Wesens“-„Substanz“-Begriffe der historischen Schule kritisiert und eine „funktionale“, teleologische Begriffsbildung verlangt. Ein Begriff sollte entsprechend dem Zweck der jeweiligen Rechtsnorm und unter Umständen auch abweichend von seiner fachspezifischen Bedeutung bestimmt werden (RaW § 90 II 1). Dagegen lag es für eine Rechtslehre wie die nationalsozialistische, die auf keinen Fall „relativistisch“, „neutral“, „pluralistisch“ sein wollte, nahe, nach dem *einen* richtigen, wesensentsprechenden Begriff zu suchen. Der Begriff sollte „das Wesen seines

²³² C. Schmitt: Drei Arten, S. 67.

²³³ C. Schmitt: Drei Arten, S. 20.

²³⁴ Von der „Wandlung vom Gesetzesrecht zum Fallrecht, d.h. von der abstrakten Norm zur konkreten Entscheidung aus der konkreten Ordnung“ spricht auch eine Verlautbarung „Aus der deutschen Rechtsfront“, in DJZ 41 (1936), Sp. 435 f. (435); es handelt sich um den Bericht über eine von Carl Schmitt geleitete Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Hochschullehrer über „Lage und Aufgabe der Rechtswissenschaft“. Allerdings sollen eine „allgemeine Grundlegung und eine ihr entsprechende spezifisch rechtswissenschaftliche Systematik und Dogmatik“ weiterhin stattfinden.

²³⁵ Ausführlichere zeitgenössische Stellungnahmen finden sich z.B. bei: K. Larenz: Gegenstand, S. 29 ff.; Georg Dahm: Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, o.O., o.J. (als Sammelband mit einem Aufsatz Schaffsteins; identisch mit ZStW 57 [1938], S. 225 ff.), S. 67 ff.; Friedrich Schaffstein: Zur Abkehr der strafrechtlichen Tatbestandsauslegung von der zivilrechtlichen Begriffsbildung, in: Deutsche Rechtswissenschaft 4 (1939), S. 241–258 (245 ff.). Kritisch Erich Schwinge/Leopold Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, Bonn 1937, S. 17 ff.; Karl Engisch: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, in: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform 29 (1938), S. 133–148 (135–137); Alfred Manigk: Neubau des Privatrechts. Grundlagen und Bausteine, Leipzig 1938, S. 9 f., 52 ff. – Aus der modernen Literatur u.a. B. Rütters: Unbegr. Auslegung, S. 277 ff.; K. Marxen: Kampf, S. 238 f.; K. Anderbrügge: Völk. Rechtsdenken, S. 106 ff.; E.-W. Böckenförde: Ordnungsdenken, konkretes, in: HistWbPhilos 6 (1984), Sp. 1312–1315; O. Lepsius: Gegensatzaufhebende Begriffsbildung, S. 205–211.

Gegenstandes ins Bewußtsein“ heben (Michaelis), „an das ‚Wesen‘ der Dinge ... heran“ kommen (Larenz)²³⁶. Wolfgang Siebert kritisiert die unterschiedlichen Begriffe des Verlöbnisses im Straf- und Zivilrecht, „die zahllosen Trennungen und Gegenüberstellungen, die eine ganzheitliche und wesensmäßige Betrachtung des Verlöbnisses von vornherein unmöglich machen... Wo bleibt da die einzig entscheidende Frage nach dem Wesen des Verlöbnisses?“²³⁷. Auch „völkische“ Strafrechtler treten dafür ein, mit den Begriffen das „Wesen des einzelnen Verbrechens“ zu erfassen (Dahm)²³⁸.

Ein besonderes Ärgernis für die „ganzheitliche“, wesensmäßige Begriffsbildung war das „an-sich-Denken“ der älteren Rechtslehre, das einem Begriff „an sich“ eine bestimmte Bedeutung zusprach, diese dann aber im Hinblick auf einzelne Rechtsphänomene relativierte. So sah die ältere Theorie im Rechtsmißbrauch die unerlaubte Ausübung eines „an sich“ gegebenen Rechts. Dagegen begründet Siebert die Auffassung, daß der Rechtsmißbrauch eine Überschreitung der immanenten Grenzen des Rechts selbst sei; er nimmt den Sonderfall des Mißbrauchs also schon in den Begriff des Rechts hinein. Dies ist nach Siebert eine „vom Gemeinschaftsgedanken“ her „wesensnotwendige Gestaltung des Rechtsinhalts“²³⁹. Ähnlich äußert sich Larenz zur Rechtsnatur der Einrede. Sie ist „nicht ein ‚Gegenrecht‘ gegen das ‚an sich‘ vorhandene Recht des Gläubigers, sondern eine konkrete Begrenzung oder Gestaltung des Rechts, deren Vornahme und Geltendmachung dem Verpflichteten vorbehalten ist“²⁴⁰. Dahm kritisiert die strafrechtliche Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Ein Arzt, der zu Heilzwecken handelt, erfülle nicht „an sich“ (wenn auch vielleicht gerechtfertigt) den Tatbestand der Körperverletzung, sondern verwirkliche schon gar keinen Straftatbestand²⁴¹.

²³⁶ K. Michaelis: Wandlungen, S. 60f.; Karl Larenz: Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie, in: Deutsche Rechtswissenschaft 5 (1940), S. 279–299 (298). S. auch Franz Wieacker: Rechtsbegriff und juristische Fiktion. Eine Besprechung, in: Zeitschr. für die gesamte Staatswiss. 102 (1942), S. 176–184, 181: „Wesenhaftigkeit der rechtlichen Wirklichkeitsgefüge“, 183: „in der Wirklichkeit des völkischen Rechtslebens aufleuchtende(n) Rechtsgehalt“ (gegen J. Essers „Fiktionen“, s.u. § 18, 1).

²³⁷ Wolfgang Siebert: BGB.-System und völkische Ordnung, in: Deutsche Rechtswiss. 1 (1936), S. 204–262 (209).

²³⁸ G. Dahm: Verbrechen und Tatbestand, S. 83 (Hervorhebung im Original). S. auch F. Schaffstein: Zur Abkehr, S. 245: Begriffe müssen aus den „Ordnungen der Wirklichkeit herausgeholt“ und „nach den Dingen“ gestaltet werden; Hans Welzel: Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft, Mannheim – Berlin – Leipzig 1935, S. 73: es ist „die Fülle der im konkreten Lebenstatbestand konvergierenden Wertbeziehungen“ zu erfassen (mit ausdrücklicher Kritik an der teleologischen Begriffsbildung), 76: die Rechtswissenschaft muß auf die „ontische Struktur“ der Dinge achten und „immerfort das bloß Juristische transzendieren“.

²³⁹ W. Siebert: Wesen des Rechtsmißbrauchs, S. 200f. (Hervorhebung im Original). Dazu Hans-Peter Haferkamp: Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, Berlin 1995.

²⁴⁰ Karl Larenz: Vertrag und Unrecht. 1. Teil, Hamburg 1936, S. 139.

²⁴¹ G. Dahm: Verbrechen und Tatbestand, S. 65, 68, 97. Weitere Beispiele 65ff., der Ausdruck „An-sich-Denken“ S. 67.