

ROBIN ANSTÖTZ*

*Die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln (§§ 242, 138 BGB)
durch die Rechtsprechung im Nationalsozialismus.
„Einfalltore“ für die nationalsozialistische Weltanschauung?****

INHALT: I. Rechtsquellen und Richterbild des Nationalsozialismus. – 1. Rechtsquellen des Nationalsozialismus. – 2. Richterbild des Nationalsozialismus. – II. Die Anwendung der §§ 138, 242 BGB unter dem Einfluss der nationalsozialistischen Weltanschauung. – 1. Charakteristika einer Generalklausel. – 2. §§ 138, 242 BGB als Generalklauseln. – 3. Generalklauseln als ‚Einbruchstellen‘ nationalsozialistischen Rechtsdenkens. – 4. Rechtsprechung zu §§ 138, 242 BGB im Nationalsozialismus. – a) Rassenideologie. – aa) Sittenwidrigkeit eines Kindesannahmevertrags. – bb) Führung ‚arischer‘ Firmenbezeichnungen durch Juden. – b) Gemeinschaftsgedanke. – aa) Allgemeine Lieferbedingungen eines Überlandwerks. – bb) Herabsetzung übermäßig hoher Ruhe- und Versorgungsbezüge. – III. Fazit. – Rechtsprechungsverzeichnis. – Literaturverzeichnis. – Redenverzeichnis.

Das BGB hat als zentrale Kodifikation des deutschen Zivilrechts seit seinem Inkrafttreten am 01.01.1900 verschiedene politische Systeme überlebt. So begleitete es nicht nur den Übergang vom Deutschen Kaiserreich in die Weimarer Republik, sondern überstand außerdem den Untergang der ersten parlamentarischen Demokratie Deutschlands durch die ‚Machtergreifung‘ der NSDAP und galt auch nach Kriegsende im geteilten Deutschland fort.

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand bei Prof. Dr. Julian Krüper am Institut für Glücksspiel und Gesellschaft der Ruhr-Universität Bochum. Der vorliegende Beitrag ist im Rahmen eines rechtshistorischen Grundlagenseminars zum Thema „Recht und Juristen im Nationalsozialismus“ von Prof. Dr. Arndt Kiehle und Prof. Dr. Fabian Klinck (beide Ruhr-Universität Bochum) im Sommersemester 2023 entstanden.

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

Bemerkenswert ist dabei vor allem, dass das BGB während der Herrschaft der Nationalsozialisten textlich weitestgehend – Ausnahmen bilden sein viertes und fünftes Buch – unverändert blieb, obwohl sich die nationalsozialistische Weltanschauung gerade als Gegenentwurf zur liberal-individualistischen Ausrichtung verstand. Die naturrechtliche Rechtsauffassung des Nationalsozialismus und das damit einhergehende veränderte Verständnis von den Rechtsquellen (I. 1.) ermöglichte der Richterschaft (I. 2.) jedoch insbesondere über die Generalklauseln der „vorrevolutionären Gesetze“, die nationalsozialistische Rechtsidee zu realisieren (II.).

I. Rechtsquellen und Richterbild des Nationalsozialismus

Bevor sich diese Arbeit der Frage zuwenden kann, ob und wie die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung als „Einfalltore“ für die nationalsozialistische Weltanschauung dienstbar gemacht wurden, müssen die in rechtstheoretischer und rechtspraktischer Hinsicht relevanten Veränderungen, die sich mit dem nationalsozialistischen Staat ab 1933 einstellten, beleuchtet werden. Für die hier interessierende Frage sind dafür insbesondere die veränderte Rechtsquellenlehre und das Richterbild von Bedeutung.

1. Rechtsquellen des Nationalsozialismus

Das Staatsrecht des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts war entsprechend der vorherrschenden Auffassung in der allgemeinen Rechtstheorie von einem positivistischen Rechtsbegriff geprägt¹. Recht ist danach nur das im dafür vorgesehenen Verfahren gesetzte und änderbare Recht. Der Rechtspositivismus geht von der Selbstherrlichkeit des Gesetzgebers aus, der nur an die sich selbst gesetzten Schranken – insbesondere in der Verfassung – und nicht an irgendein außerrechtliches, sozusagen vorpositives Moral- oder Gerechtigkeitsideal gebunden ist². Für die Rechtsanwendung bedeutet dies, dass sie Recht nur aus der Quelle des gesetzten Rechts erkennen darf, sie also nur an das (verfassungsgemäße) Gesetz gebunden und vice versa zu seiner Anwendung verpflichtet ist. Das geltende Recht ist dabei

¹ Als zentrale Werke des Rechtspositivismus sind hier nur diejenigen von *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 332 ff. et passim; *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934, S. 12 ff. et passim, zu nennen.

² So deutlich RGZ 118, 325 (327).

nur nach dem ihm bei seiner Setzung gegebenen Telos, nicht nach anderen Idealen auszugehen.

Erschüttert vom Ersten Weltkrieg, der Weltwirtschaftskrise der 1920er und 1930er Jahre und den damit verbundenen sozialen Härten geriet der positivistische Rechtsbegriff, der auf das Vertrauen in die Sittlichkeit und Stabilität der staatlichen Verhältnisse baut, in eine Krise³. Hierin fand die nationalsozialistische Bewegung den Nährboden ihrer programmatisch zentralen antipositivistischen, stattdessen idealistisch-natürlichen Rechtsauffassung⁴. Sie rügte den bloß formalen und wertlosen Charakter des überkommenen Rechts, welches lediglich einer „liberalistischen wertlosen Lebenstechnik“⁵ diene, indem es den Staat als Hüter des Volksgestes unterdrücke⁶, und plädierte daher für ein materiell vom Volksgesit her zu verstehendes Lebensrecht⁷. Im nationalsozialistischen Staat ist die Urquelle des Rechts deshalb nicht das Gesetz. Stattdessen „wurzelt [es] als Lebensordnung des Volkes im Volke,

³ Eingehend und m.w.N. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 9. Aufl. 2022, S. 95 ff.

⁴ Zutreffend belegt *Maus*, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, 1989, S. 80 (88 ff.), den Antipositivismus der nationalsozialistischen Rechtsdoktrin. Insoweit auch folgerichtig gegen die These einer Mitschuld des Rechtspositivismus an der NS-Diktatur *Dreier*, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Härle/Vogel (Hrsg.), „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“, 2007, S. 127 (137 ff.).

⁵ *Lange*, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934, S. 20.

⁶ So konstatiert *Huber*, DJZ 1934, 950 (952), zum Gesetzesbegriff des liberalen Bürgertums kritisch: „Das Gesetz wird ein Werkzeug, die individuellen gesellschaftlichen Interessen gegen jede politische Einwirkung zu schützen; es wird ein Schutzwall für die staatsfreie, unpolitische Sphäre des einzelnen gegen die politische Macht des Staates.“ S. ebd. auch S. 952: „Die geschichtliche Ironie liegt darin, daß das Gesetz, in dem nach der liberalen Theorie die Einheit der politischen Gewalt zum Ausdruck kommen soll, im liberalen Staat ein Instrument ist, um eben diese Staatsgewalt auf ein Minimum zu beschränken; das Gesetz ist „unpolitisch“, und die von ihm bewirkte Einheit der Staatsgewalt besteht im Nichts!“ *Neumann*, der 1933 nach England emigrierte, hat die mit dieser Weltanschauung implizierte Qualifizierung des liberalen Staates als schwach zutreffend als „Geschichtstäuschung“ bezeichnet, s. *Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Zeitschrift für Sozialforschung 6 (1937), 542 (542).

⁷ S. dahingehend Punkt 19 des Parteiprogramms der NSDAP: „Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.“ S. auch statt vieler Reichsjustizkommissar *Frank* zur Gründung des Rechtsphilosophischen Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht am 03.05.1934, abgedruckt in DR 1934, 231 (232). Dort heißt es auch: „Der Positivismus unserer Rechtslehre soll die Firmung des Lebens bedeuten und nicht Befriedigung suchen in einem Positivismus, der sich wiederum aufbaut auf mittelbar gefundenen Sätzen.“ Wenig später, am 09.09.1934, erklärte *Frank* auf den Parteikongreß in Nürnberg deutlich: „Die Gesetzgebung und Rechtsprechung vollzog sich, entsprechend dem allgemeinen Verfall unserer damaligen sozialen, kulturellen und staatlichen Ordnung nicht mehr in innerer Beziehung zu den Notwendigkeiten der Volksgemeinschaft, sondern erschöpfte sich in der starren Anwendung lebensfremd gewordener formaler Rechtsätze“, abgedruckt in DJZ 1934, 1169 (1169 f.).

ist Ausfluß und Ausdruck des Geistes des deutschen Volkes⁸. Dort bilde es mit der Sittlichkeit eine Einheit⁹. Diesem Recht habe sich auch jeder Akt der Staatsgewalt zu beugen¹⁰. Nach *Maunz* setze die Führung folglich zwar die Gesetze, aber nicht das Recht; sie forme die Gesetze aus dem Recht und bringe sie in Übereinstimmung mit dem Recht¹¹. Jedes Gesetz und jedes richterliche Urteil enthalte nur so viel Recht, wie ihm aus dieser Quelle zufließt¹². *Schmitt* bezeichnete dieses naturrechtliche Rechtsverständnis, in welchem sich Rechtsnormen aus der Wirklichkeit des völkischen Gemeinschaftslebens ableiten ließen, als konkretes Ordnungsdenken¹³. Danach seien „Sinn und Zweck des Gesetzes und das ihm übergeordnete immanente Recht aus dem völkischen Rechtsempfinden zu schöpfen“¹⁴. Der Richter war kraft dieses materiell-naturrechtlichen Rechtsdenkens von einem „Mund der Gesetze“ zu einem Repräsentanten des deutschen Rechtswissens geworden¹⁵.

In der nationalsozialistischen Staatsidee wurde der Volksgeist somit zur Rechtsurquelle erklärt. Es handelte sich deshalb bei jedem Gesetz und jedem Führerbefehl lediglich um abgeleitete Rechtsquellen, die sich nach *Rothenberger* „als Formulierungen des Rechtsempfindens der Volksgemeinschaft darstellen“¹⁶. Gesetze waren deshalb nach dem völkischen Rechtsempfinden auszulegen¹⁷. Doch handelte es sich bei dem Begriff des völkischen Rechtsempfindens und ähnlichen Leerformeln in Wirklichkeit um nichts anderes als um einen Platzhalter für den Führerwillen und die von ihm propagierte nationalsozialistische Welt-

⁸ *Lange* (Fn. 5), S. 22. So auch mit besonderer Deutlichkeit LG Königsberg, Beschl. v. 26.08.1935, 3 T 687/35, abgedruckt in DJ 1935, 1387.

⁹ *Müller*, DJZ 1935, 269 (274); *Oegg*, in: Bessau/Lobe/Oegg (Hrsg.), RGRK, 9. Aufl. 1939, § 138 S. 283.

¹⁰ *Frank*, JW 1936, 1517 (1518).

¹¹ *Maunz*, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1934, S. 17.

¹² S. *Schmitt*, DJZ 1934, 945 (947). Danach sei das „Uebrige [...] kein Recht, sondern ein „positives Zwangsnormengeflecht“, dessen ein geschickter Verbrecher spottet.“

¹³ *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl. 2006, S. 11 ff.

¹⁴ *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (23).

¹⁵ *Drost*, DJZ 1936, 934 (935).

¹⁶ *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (22).

¹⁷ Vgl. *Drost*, DJZ 1936, 934 (934). Wenn *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1009 f.), meint, der Richter habe den im Gesetz niedergelegten staatlichen Befehls unter anderem aus der „Gesamtidee und der weltanschaulichen Grundlage des deutschen Rechts“ zu ermitteln, bezieht er sich damit auf nichts anderes als das Volkstum und Volkswohl. S. ferner *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (23).

anschauung; *Hitler* beanspruchte für sich als Führer des deutschen Volkes die Determinationshoheit bezüglich eben dieses gesunden Volksempfindens¹⁸. Der Rekurs auf das unbestimmte und ideologisch überfrachtete Volksempfinden diene damit lediglich als legitimatorische Grundlage des erklärten Führerwillens¹⁹. Erst die Fiktion von der „*Artgleichheit* von Führer und Geführten“²⁰ verschaffte dem Führer die Fähigkeit und Legitimation, das Volksempfinden zu artikulieren. Unverkennbar kommt dies in der Anweisung *Franks* an die ‚Rechtswahrer‘ auf dem Deutschen Juristentag 1936 zum Ausdruck, wenn er fordert: „Sagt euch bei jeder Entscheidung, die ihr trefft: Wie würde der Führer an meiner Stelle entscheiden?“²¹ Widersprüche zwischen dem Führerwillen und dem Recht der Volksgemeinschaft waren kraft der fingierten Kongruenz von Führerwillen und völkischem Rechtsempfinden ausgeschlossen²². Gesetze waren demnach – auch wenn der Volksgeist als Rechtsurquelle behandelt wurde – anhand der nationalsozialistischen Weltanschauung auszulegen, wie sie vorrangig im Führerwillen und Parteiprogramm der NSDAP zum Ausdruck kam²³.

2. Richterbild des Nationalsozialismus

Die nationalsozialistische Vorstellung von den dem Richter obliegenden Aufgaben und seiner Bindung an das Gesetz wandelte sich notwendigerweise mit dem Wechsel der Rechtsquellen. So war er mit der ‚Machtergreifung‘ der Nationalsozialisten zwar grundsätzlich weiterhin an das Gesetz gebunden. Entsprechend der nunmehr erklärten Missbilligung gegenüber dem noch immer gültigen ‚vorrevolutionären Gesetzesrecht‘ und der stattdessen propagierten neuen Rechtsquellenlehre stellte sich ab 1933 aber eine nach dem zeitlichen

¹⁸ Vgl. nur *Frank*, DJZ 1934, 1169 (1174); *ders.*, DJZ 1936, 401 (401); *Huber*, DJZ 1934, 950 (955, 959); *Schmitt*, DJZ 1935, 919 (924).

¹⁹ Erkennbar bei *Lange* (Fn. 5), S. 24 f.: „Der Volksgeist ist König, nicht Kärner, er verkörpert die Grundwerte in Wertungen, pfundet sie aber nicht aus. Das Recht wird so vom Volksgeiste getragen, und ausgerichtet, nicht aber von ihm gesetzt.“

²⁰ *Rüthers* (Fn. 3), S. 128 (Hervorhebung im Original).

²¹ Zitiert aus JW 1936, 1517 (1518).

²² Vgl. *Drast*, DJZ 1936, 934 (934).

²³ Vgl. *Frank*, DJZ 1934, 1169 (1171); *Hubernagel*, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklausel, in: *Frank* (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935, S. 970 (971); *Nassauer*, DJZ 1934, 336 (336 f.). So hält *Rüthers* (Fn. 3), S. 134, treffend fest: „Die nationalsozialistische Rechtsquellenlehre hat weder einen klaren Begriff der Rechtsquelle noch eine Rangfolge der vielen Quellgebiete der Rechtsschöpfung, die in ihr beschrieben wurden, hervorgebracht. Bei aller quellentheoretischen Unsicherheit stand allerdings eines fest: der absolute Vorrang des eindeutig verlautbarten Führerwillens.“

Ursprung des Gesetzes differenzierende ambivalente Gesetzesbindung des Richters ein. Hinsichtlich Gesetzen aus der Zeit vor 1933 sollte dem Richter danach ein umfangreicheres Prüfungs- und Ablehnungsrecht zustehen als gegenüber Gesetzen aus der Zeit nach 1933.

Soweit ein Gesetz aus der Zeit vor 1933 in deutlichem Widerspruch zur nationalsozialistischen Weltanschauung stand und der Richter diesen Widerspruch „nicht im Wege einer als Auslegung bezeichneten methodischen Operation“²⁴ auflösen konnte, sollte das Gesetz nach überwiegender Auffassung nicht angewendet werden dürfen²⁵. Die Rechtsprechung erwies sich im Hinblick auf die Anpassung der überkommenen Gesetze an das neue Recht als deutlich schneller und flexibler als die Gesetzgebung²⁶. Beispielhaft hierfür steht ein Beschluss des LG Königsberg²⁷, in welchem es noch vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.09.1935, welches in § 1 die Eheschließung zwischen „Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes“ verbot, einen Antrag auf Anordnung des Aufgebots zum Zwecke einer entsprechenden Eheschließung mit deutlichen Worten ablehnte. Dem Gericht zufolge bedurfte es schon keiner Erörterung der Frage, ob ein Eheschließungshindernis nach §§ 1303 ff., 1349 BGB a.F. vorlag, da mit einer „Eheschließung zwischen einer Deutschen und einem Juden gegen das Grundgesetz nationalsozialistischer Staatsauffassung – die Reinerhaltung der Rasse – verstoßen wird“²⁸, weshalb sich die Bestimmungen nur auf solche „Eheschließungen beziehen, die ihrem Wesen nach dem Ideengehalt unserer völkischen Rechtsordnung entsprechen“.

²⁴ *Rüthers* (Fn. 3), S. 183.

²⁵ Besonders deutlich kommt dies im vierten der von *Eckhardt, Frank, Ritterbusch, Dahm, Siebert* und *Höhn* erarbeiteten fünf Leitsätze zum Ausdruck, welche *Eckhardt* am 14.01.1936 auf der Arbeitstagung der Reichsfachgruppe Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger in Berlin verkündeten (abgedruckt in DJZ 1936, 197 (180)). Dort heißt es: „Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde.“ S. ferner *Larenz*; *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934, S. 34 f. Trotz der Betonung des Führerprinzips erklärt *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (25): „Hüten wir uns davor, auf solche Weise das trojanische Pferd in unsere neue Rechtsordnung zu schieben, aus dem der durch die Berufung auf das Führerprinzip getarnte Positivismus wieder zutage tritt und die totale Rechtserneuerung verhindert.“ Teile des Rechts seien nach *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1011), sogar im formlosen Akt revolutionärer Aufhebung kraft der Rechtshoheit des Volkes vollständig oder teilweise aufgehoben worden. So wie hier *Schröder*, »... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!«, 1988, S. 87. Gegen ein richterliches Ablehnungsrecht waren hingegen *Schmitt*, DR 1933, 201 (201); *Wunderlich*, DJZ 1934, 10 (10 f.).

²⁶ In diesem Sinne heißt es bei *Lange*, *Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft*, 1937, S. 17: „Was in ruhigen Zeiten der Gesetzgebungskommission oblag, müssen jetzt in weitem Umfange Rechtswissenschaft und Praxis durchführen.“ S. zu dieser Feststellung auch schon *Stolleis*, *Recht im Unrecht*, 1994, S. 22 f.

²⁷ LG Königsberg, *Beschl. v. 26.08.1935*, abgedruckt in DJ 1935, 1387 f.

²⁸ Hierzu und zum Folgenden ebd., S. 1387.

Hinsichtlich solcher Gesetze, die hingegen aus der Zeit nach 1933 stammten oder die sich der nationalsozialistische Staat zu eigen machte, sollte dem Richter dagegen kein Ablehnungsrecht zustehen²⁹. Obwohl das Gesetz nicht Rechtsurquelle des nationalsozialistischen Staates war, sollte es, sofern in ihm der vom Führer gesprochene Gemeinwille Ausdruck fand, nicht zur Disposition der Justiz stehen. So hat etwa das Reichsarbeitsgericht die Frage, ob die Kürzung oder vollständige Versagung des Ruhegehalts eines jüdischen³⁰ Angestellten, der bereits vor dem Inkrafttreten der Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben vom 12.11.1938 in den Ruhestand versetzt wurde, auf die Verordnung gestützt werden kann, sowohl nach dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck der Verordnung verneint³¹. Seiner Darlegung zufolge habe der „Gesetzgeber, in dessen Willen die Volksmeinung zum Ausdruck kommt“³², bisher nicht zu erkennen gegeben, die in Frage stehende Verpflichtung nicht mehr anzuerkennen. Die Aufgabe des Gerichts, zu prüfen, „inwieweit die Fortgewährung des Ruhegehalts noch mit dem nationalsozialistisch ausgerichteten Volks- und Rechtsempfinden vereinbar ist“³³, beschränkt das Reichsarbeitsgericht deshalb noch auf wenige besondere Ausnahmefälle. Wie *Rüthers* ausführlich gezeigt hat, wurden diese Ausnahmen in der Folgezeit jedoch zunehmend zur Regel³⁴.

Dass das Gesetz im nationalsozialistischen Staat nicht nur einen anderen Stellenwert sondern auch eine andere Funktion und damit „eine andere innere Struktur als das Gesetz anderer Verfassungslagen“³⁵ aufwies, blieb für dessen Auslegung durch den Richter nicht ohne Bedeutung³⁶. *Hitler* selbst erblickte diese Struktur in der durch das Gesetz verliehenen

²⁹ Vgl. *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1011); *Huber*, DJZ 1934, 950 (959).

³⁰ Wenn hier und im Folgenden eine Person als Jude oder jüdisch bezeichnet wird, so beruht diese Zuschreibung auf § 5 der Ersten Verordnung zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935.

³¹ RAG, Urt. v. 09.01.1940, RAG 207/39, abgedruckt in ARS 38, 262.

³² Ebd., S. 274.

³³ Ebd., 2. Leitsatz.

³⁴ *Rüthers* (Fn. 3), S. 224 ff.

³⁵ *Schmitt*, DJZ 1935, 919 (925), stellt fest: „Die Vorschriften des BGB. bestehen noch, aber sie erhalten durch die ‚zentrale Rechtsidee‘ der siegreichen Bewegung eine neue Zielsetzung.“

³⁶ In seiner Habilitationsschrift hat sich *Rüthers* unter anderem eingehend dem darauf aufbauenden „*Methodendualismus*“ gewidmet, s. *Rüthers* (Fn. 3), S. 176 ff. S. dort auch zur Ergebnisgleichheit der subjektiv-teleologischen Auslegung mit der objektiven Auslegung, was *Rüthers* auf den Vorrang der Rechtserneuerung gegenüber der Methodentreue im nationalsozialistischen Staat zurückführt.

„Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft“³⁷. Diese Elastizität fand ihren Grund und ihre Grenze im nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken und somit in den oben bezeichneten Rechtsquellen, anhand derer der Richter das Gesetz auszulegen habe. Für die rechtserkennende Tätigkeit des Richters bedeutete dies nach dem bisher Gesagten, dass dieser das Gesetz „im Geiste des Führers, gemäß dem gegenwärtigen Rechtswillen, der konkreten Rechtsidee der Gemeinschaft“³⁸ auszulegen und anzuwenden hatte. Daraus sollte ihm die Stellung eines „Mitarbeiter[s] am Recht“³⁹ zuteilwerden⁴⁰, was jedoch voraussetzte, dass der Richter – wie es vielfach zum Ausdruck gebracht wurde – als „Schützer der Werte eines Volkes [...] sich nicht sklavisch der Krücken des Gesetzes bedienen[...], sondern verantwortungsfreudig im Rahmen des Gesetzes die Entscheidung finden [wird], die für die Volksgemeinschaft die beste Ordnung des Lebensvorgangs ist“⁴¹.

II. Die Anwendung der §§ 138, 242 BGB unter dem Einfluss der nationalsozialistischen Weltanschauung

1. Charakteristika einer Generalklausel

Wenn in der rechtswissenschaftlichen Literatur des nationalsozialistischen Staates oder der Nachkriegszeit von sog. Generalklauseln die Rede war und ist, werden damit zum Teil übereinstimmende, zum Teil aber auch unterschiedliche Charakteristika einer Rechtsnorm bezeichnet. Im Zentrum der Betrachtung steht dabei zumeist das qualitative Charakteristikum der Generalklausel: *Hedemann* – der 1933 noch vor einer Flucht in die Generalklauseln warnte, danach gleichwohl an der nationalsozialistischen Rechtserneuerung mit deren Hilfe nichts auszusetzen hatte – erblickte das Besondere der Generalklauseln in ihrer Auflockerung

³⁷ *Hitler*, Regierungserklärung zur 2. Sitzung des Reichstags am 23.03.1933, abgedruckt in Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Bd. 457, 1934, S. 25 (28).

³⁸ *Larenz* (Fn. 25), S. 36 et passim (Hervorhebung im Original).

³⁹ *Schmitt*, DJZ 1935, 919 (925).

⁴⁰ So im Ergebnis auch *Larenz* (Fn. 25), S. 32: „Diese Spannung [zwischen dem als dauernd gesetzten und dem sich immer wieder fortentwickelnden Rechtswillen der Gemeinschaft] dadurch zu überwinden, daß er [lies: der Richter] unbeschadet seiner Bindung das Gesetz immer wieder auf den lebendigen Gemeinwillen bezieht und aus ihm heraus auslegt, ist die nicht zu entbehrende Leistung des Richters für die Volksgemeinschaft, um deren willen seine Tätigkeit nicht geringer zu werten ist als die des Gesetzgebers.“ Und auch *Lange* (Fn. 26), S. 16, nach welchem das Gesetz lebende Entwicklung ist, dessen Pflege als Dienste am deutschen Volke unter anderem der Rechtsprechung als Dienerin des Rechts obliegt.

⁴¹ So eine Mitteilung des Reichsministers der Justiz in einem Richterbrief vom 01.10.1942, abgedruckt in *Boberach*, Richterbriefe, 1975, S. 5 f.

des Wortlauts, d.h. ihrer Unbestimmtheit im Gegensatz zu festumrissenen Einzelsätzen⁴². Statt einen besonderen Tatbestand enthalten sie nach *Hubernagel* Richtlinien für die Auslegung, insbesondere um das Recht lückenfüllend, kulturschützend und gerecht anwenden zu können⁴³. Die zentrale Eigenschaft der Generalklausel liegt danach in der qualifizierten Unbestimmtheit, die sich auf ihren gesamten Tatbestand oder ihre Rechtsfolge erstreckt. Diese qualifizierte Unbestimmtheit zeichnet sich wegen ihres typischen Verweises auf außergesetzliche Wertmaßstäbe oder Begriffe insbesondere durch die Erforderlichkeit einer daran zu orientierenden Ausfüllung – besser gesagt: Rechtsschöpfung – durch den Rechtsanwender aus⁴⁴.

Engisch konzentriert sich im Rahmen seiner ausführlichen Betrachtung der Generalklausel und ihrer Abgrenzung von anderen Formen der Lockerung der Gesetzesbindung dagegen auf ihren quantitativen Aspekt⁴⁵. Dabei stellt er der Generalklausel zunächst die kasuistische Tatbestandsbildung gegenüber, welche besondere Fallgruppen umschreibe. Weil dies bei einer Generalklausel ausbleibe, bestünde ihre Besonderheit insbesondere darin, dass sie „mit großer Allgemeinheit einen Fallbereich umfasst und der rechtlichen Behandlung zuführt“⁴⁶. In dieser Allgemeinheit, die es ihnen ermögliche, „eine größere Gruppe von Sachverhalten lückenlos und anpassungsfähig einer Rechtsfolge zu unterwerfen“⁴⁷ liege die wahre Besonderheit der Generalklauseln, die ansonsten gegenüber den unbestimmten und normativen Begriffen und Ermessensklauseln keine eigentümliche Struktur aufweisen würden. In praktischer Hinsicht, und so nähert sich *Engisch* dem qualitativen Charakteristikum der Generalklauseln, kämen fast nur solche Generalklauseln in Betracht, die wenigstens zugleich unbestimmt und normativ sind⁴⁸.

Generalklauseln zeichnen sich damit in der Regel durch eine Kombination qualitativer

⁴² *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933, S. 2 f.

⁴³ *Hubernagel* (Fn. 23), S. 970.

⁴⁴ Vgl. *Rüthers* (Fn. 3), S. 210 ff.; *Werner*, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, 1966, S. 7.

⁴⁵ S. hierzu und zum Folgenden *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018 (erste Aufl. 1956), S. 157 ff.

⁴⁶ Ebd., S. 176.

⁴⁷ Ebd., S. 180.

⁴⁸ Ebd., S. 179. Ähnlich fasst *Rüthers* (Fn. 3), S. 212, zusammen: „Aus dem Vorstehenden wird deutlich, daß unbestimmte Wertbegriffe und Generalklauseln benachbarte Kategorien sind. Ihr Verhältnis zueinander ist dadurch gekennzeichnet, daß in allen Generalklauseln normativ-unbestimmte Begriffe der bezeichneten Art auftreten.“

(besondere Wertausfüllungsbedürftigkeit und Unbestimmtheit kraft Anknüpfung an außerrechtliche Maßstäbe) und quantitativer (tatbestandliche Weite) Charakteristika aus⁴⁹. Beide Aspekte bedingen einander in gewissem Umfang. Die Abgrenzung zu anderen Normen mit ‚bloß‘ hohem Allgemeinheits- und Unbestimmtheitsgrad ist dabei aber fließend⁵⁰. Entscheidend ist letzten Endes, dass Generalklauseln dem Rechtsanwender wegen ihrer besonders stark ausgeprägten sprachlichen und normativen Offenheit und Vagheit, mehr als es Rechtsnormen wegen ihrer abstrakt-generellen Fassung naturgemäß tun, einen Spielraum zukommen lassen, der es ihm ermöglicht und auch abverlangt, in verschieden gelagerten Fällen nach verschiedenen außerrechtlichen Wertmaßstäben zu entscheiden.

2. §§ 138, 242 BGB als Generalklauseln

Dass es sich bei §§ 138, 242 BGB um Generalklauseln handelt, ist unbestritten⁵¹. Hier ist – bevor im Folgenden auf deren Indienstnahme zur Einkleidung der nationalsozialistischen Weltanschauung in das positive Recht und die entsprechende Ausfüllung ihres Tatbestands durch die Rechtsprechung im Nationalsozialismus an konkreten Beispielen eingegangen werden kann – kurz dasjenige zu benennen, was die in Rede stehenden Rechtsnormen zu Generalklauseln macht.

Nach § 138 Abs. 1 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig. Der klaren und eindeutigen Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts stehen die umso vageren und wertungsoffenen „guten Sitten“ gegenüber. In den Motiven zum ersten Entwurf des BGB wurde deshalb richtigerweise erkannt, dass sich die Vorschrift „als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar[stellt], der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen“⁵². Damit jedoch nicht allein das

⁴⁹ S. auch *Börner*, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, 1989, S. 4; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: AcP 192 (1992), 516 (517 f., 522 ff.).

⁵⁰ So zutreffend *Auer*, Generalklausel, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 2, 8. Aufl. 2018.

⁵¹ Vgl. nur *Börner* (Fn. 49), S. 43 ff., 81 ff.; *Ellenberger*, in: Grüneberg (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 138 Rn. 1; *Grüneberg*, in: ders. (Hrsg.), BGB, 81. Aufl. 2022, § 242 Rn. 2; *Hedemann* (Fn. 42), S. 6 f.; *Hubernagel* (Fn. 23), S. 971 ff.; *Rütbers* (Fn. 3), S. 213; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, in: AcP 192 (1992), 516 (524).

⁵² Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 1888, S. 211. Man vertraute jedoch auf die „Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes“, ebd., S. 211 f.

Sittlichkeitsgefühl des entscheidenden Richters als Entscheidungsmaßstab herangezogen wird, hat das Reichsgericht das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zum bis heute anerkannten Maßstab der guten Sitten erklärt⁵³. Auch die Kommentarliteratur aus der Zeit vor der ‚Machtergreifung‘ erklärte aus diesem Grund das im Volk herrschende Sittlichkeitsgefühl und somit eine außerrechtliche Sittenordnung zum verbindlichen Auslegungsmaßstab⁵⁴. Welche sittlichen und moralischen Vorstellungen der Richter hierbei als diejenigen der billig und gerecht Denkenden qualifizierte, die nicht besonders ‚lax‘ oder übertrieben sind⁵⁵, verblieb in weiten Teilen allerdings seinen sittlich-moralischen Vorstellungen überlassen. Der Maßstab der Entscheidung war damit zwar von den außerrechtlichen und in der Gemeinschaft herrschenden sittlich-moralischen Vorstellungen geprägt, deren Identifizierung gleichwohl ein Werturteil des Richters erforderlich machten⁵⁶. Der Entscheidungsmaßstab war in inhaltlicher Hinsicht aber jedenfalls nicht durch § 138 Abs. 1 BGB bestimmt und folglich außerrechtlichen Umständen, nämlich den gesellschaftlichen Wandlungen der Sittenordnung unterworfen⁵⁷.

Ähnlich verhält es sich bei § 242 BGB, welcher den Schuldner dazu verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es er-

Ob dieser dem richterlichen Ermessen gewährte Freiraum tatsächlich „bisher unbekannt“ war, ist dagegen historisch sehr fragwürdig.

⁵³ RGZ 48, 114 (124); 120, 144 (148). Diese Formel wurde mit den guten Sitten bereits in den Motiven zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 727, in Verbindung gebracht. Zur Rezeption durch den BGH s. *Armbrüster*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 26. Heute sind für die Auslegung von Generalklauseln im Allgemeinen und der guten Sitten im Speziellen – insbesondere wegen der aus der nationalsozialistischen Perversion der Rechtsordnung gezogenen Lehren – auch und vor allem rechtsethische Werte und Prinzipien, wie sie insbesondere in der Werteordnung des GG zum Ausdruck kommen, maßstabsbildend, vgl. *Ellenberger* (Fn. 51), § 138 Rn. 3; *van Look*, JR 2000, 89 (97); *Wendtland*, in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 65. EL 01.02.2023, § 138 Rn. 17 f.

⁵⁴ Vgl. hierzu *Kiehl*, in: Busch (Hrsg.), RGRK, 5. Aufl. 1923, § 138 Rn. 204 f.; *Warneyer*, in: *ders.* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1930, § 138 S. 243.

⁵⁵ Besonders ‚laxe‘ moralisch-sittliche Anschauungen (zu denen beispielsweise diejenigen im Krieg oder der Nachkriegszeit zählen sollten) sollten keine Beachtung verdienen, vgl. *Warneyer* (Fn. 54), § 138 S. 244.

⁵⁶ Vgl. hierzu auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 1979, S. 273.

⁵⁷ Eingehend dazu *Eckert*, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, in: AcP 199 (1999), 337 (344 ff.).

fordern. Der Vorschrift wurde schon damals eine besondere tatbestandliche Weite zugemessen, sei es als eine das gesamte Gebiet der Schuldverhältnisse⁵⁸ oder gar die gesamte Rechtsordnung⁵⁹ beherrschende Bestimmung. Den Begriffen von „Treu und Glauben“ und der „Verkehrssitte“ wohnt aber – wie auch den „guten Sitten“ – kein genuiner Begriffs- und Erkenntniswert inne. Sie sind stattdessen höchst unbestimmt und wertausfüllungsbedürftig⁶⁰. Deshalb bedarf es zu ihrer Präzisierung ebenfalls des Rückgriffs auf außergesetzliche Rechts- und Wertvorstellungen, welche die vom Schuldner gebotene Treue einerseits und das spiegelbildlich vom Gläubiger gebildete schutzwürdige Vertrauen auf die Leistung, d.h. seinen Glauben, andererseits unter Rücksicht auf die Regeln der Verkehrssitte inhaltlich ausfüllen. Die Paarformel von „Treu und Glauben“ verweist auf die in einer Gemeinschaft herrschenden sittlich-ethischen Vorstellungen und Grundlagen, die auf diese Weise Eingang in das Recht erhalten⁶¹. Weniger ethisch-moralisch geprägt, gleichwohl als tatsächliche Übung durch intersubjektive außerrechtliche Normativitätsvorstellungen und Verhaltenserwartungen bestärkt, findet auch die Verkehrssitte kraft der rechtspositivistischen Öffnung und damit letzten Endes durch das richterliche Urteil Eingang in die Rechtsordnung.

3. Generalklauseln als ‚Einbruchstellen‘ nationalsozialistischen Rechtsdenkens

Nach der ‚Machtergreifung‘ der NSDAP im Jahr 1933, mit welcher die Umgestaltung des Staates nach der nationalsozialistischen Weltanschauung angestrebt wurde, galten die meisten der ‚vorrevolutionären‘ Gesetze – so auch §§ 138, 242 BGB – noch immer unverändert fort, obwohl diese überwiegend wegen ihrer liberal-individualistischen Ausrichtung von den Nationalsozialisten verachtet wurden, weil sie nicht ihrer Vorstellung eines deutschen Gemeinrechts entsprachen⁶². Der Grund für diesen Zustand lag darin, dass der Gesetzgeber – als solcher galt wegen des Ermächtigungsgesetzes vom 24.03.1933 nicht mehr

⁵⁸ So *Kiehl*, in: Busch (Hrsg.), RGRK, 5. Aufl. 1923, § 242 S. 339. So auch in der 9. Aufl. *Michaelis*, in: Bessau/Oegg/Sayn et al. (Hrsg.), RGRK, 8. Aufl. 1934, § 242 S. 367.

⁵⁹ Vgl. dazu die (kritisch kommentierten) Nachweise bei *Hedemann* (Fn. 42), S. 26, 34 et passim.

⁶⁰ *Schubert*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 242 Rn. 3.

⁶¹ Vgl. *Warneyer*, in: *ders.* (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. 1930, § 157 S. 301 f. Davon geht auch die gegenwärtige Dogmatik des § 242 BGB aus; allerdings werden nunmehr rechtsethische Werte und Prinzipien stärker berücksichtigt, vgl. *Busche*, in: Säcker/Rixecker/Oetker et al. (Hrsg.), MüKoBGB, 9. Aufl. 2021, § 157 Rn. 10; *Schubert* (Fn. 60), § 242 Rn. 10.

⁶² S. dazu schon die Nachweise in den Fn. 5, 6 und 7.

nur der Reichstag, sondern auch die Reichsregierung – nicht in der Lage war, von heute auf morgen eine völlig neue, am Gemeinschaftsgedanken und der Rassenideologie der NSDAP ausgerichtete Rechtsordnung in Gesetzesform zu schaffen und es deshalb (übergangsweise) der Mithilfe der Rechtsanwendung bedurfte⁶³. Das war angesichts der neuen Rechtsquellenlehre und dem neuen Richterbild im nationalsozialistischen Staat aber auch nicht zwingend erforderlich. Insbesondere die Generalklauseln wurden aufgrund ihrer Wertoffenheit und Tatbestandsweite – wie im Folgenden zu zeigen sein wird – in den Dienst der neuen Rechtsidee gestellt und das neue Rechtsdenken damit in den positiven Rechtstext der alten Gesetze gekleidet, um die überkommenen Kodifikationen an die nationalsozialistische Weltanschauung anzupassen. Die damit verbundene Gefahr der willkürlichen Überdehnung und Verweichlichung – vor welcher *Hedemann*⁶⁴ noch warnte⁶⁵ und die als krasses Beispiel des von *Teubner* geprägten Dilemmas der „Übersozialisierung des Rechts“⁶⁶ wegen seiner Eroberung durch die Politik qualifiziert werden kann – war und ist gerade bei Generalklauseln besonders hoch, weil der dem Rechtsanwender im Rahmen ihrer Anwendung zukommende Wertungs- und Auslegungsspielraum mangels konkreter gesetzlicher Maßstäbe und Entscheidungskriterien besonders weitreichend ist, sodass die Auslegungsmethode faktisch zur Kompetenz, die Rechtsanwendung mithin zur Rechtsschöpfung avanciert⁶⁷. So konnten sie jeglicher Rechtsauffassung und Weltanschauung, auch der nationalsozialistischen, mächtig gemacht werden. Die damit verbundene Perversion der Rechtsordnung, die den „Vorteil pseudo-juristischer“⁶⁸ Begründung in sich trug, setzte die Rechtsordnung „im Bedarfsfalle für sich selber ein[...], obwohl man ihr in der Sache nach Belieben ständig zuwiderhandelt“, weil man in sprachlicher und wertender Umkehr „das Lamm zum Wolf macht und den Wolf zum Lamm“.

⁶³ So – wenn auch mit zurückhaltender Kritik im Hinblick auf die damit verbundenen Schwierigkeiten der Rechtsfindung – *Lange* (Fn. 26), S. 17.

⁶⁴ *Hedemann* (Fn. 42), S. 66 ff.

⁶⁵ Sie war für den nationalsozialistischen Staat deshalb mehr nützlicher Hinweis als Warnung, so zutreffend *Börner* (Fn. 49), S. 23 f.

⁶⁶ *Teubner*, Das regulatorische Trilemma, in: *Quaderni Fiorentini* 13 (1984), 109 (129 f.).

⁶⁷ Vgl. zu diesem Ergebnis auch *Ritter*, Justiz und innere Verwaltung, in: *Benz/Graml, Hermann, Weiß, Hermann* (Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, 1. Aufl. 1997, S. 85 (94); *Rüthers* (Fn. 3), S. 215; *Stolleis*, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974, S. 87 f.; *Weber*, *Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen*, in: *AcP* 192 (1992), 516 (520 f.).

⁶⁸ S. hierzu und zum Folgenden *von Hippel*, *Die Perversion von Rechtsordnungen*, 1955, S. 56. Und speziell auch *Rüthers* (Fn. 3), S. 215 ff., 227 et passim.

Ausgehend davon erfolgte über die Anwendung der Generalklauseln in der Rechtsprechung des Nationalsozialismus eine Korrektur der alten Rechtslage am Maßstab der beschriebenen neuen Rechtsquellen⁶⁹. Von Beginn an lagen die Generalklauseln deshalb im Fokus der an einer Rechtserneuerung interessierten nationalsozialistischen Juristen, wie *Schmitt* 1933 im vierten von insgesamt fünf Leitsätzen für die Rechtspraxis stellvertretend für seine Zunft zum Ausdruck brachte: „Von ihren [lies: der nationalsozialistischen Bewegung] Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben, zumutbare Anforderungen, öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. sind. Jeder einzelne Anwendungsfall dieser Begriffe hat sich daher an der Hand nationalsozialistischer Grundsätze auszuweisen und ist unter nationalsozialistischen Gesichtspunkten zu prüfen“⁷⁰. Hinter den zahlreichen Veröffentlichungen *Schmitts* und anderer Wegbereiter der nationalsozialistischen Rechtsidee in juristischen Fachzeitschriften stand der Zweck der Indoktrinierung der Richter und Verwaltungsbeamten des in der Umgestaltung befindlichen Staates im Sinne der nationalsozialistischen Rechtsidee⁷¹.

Beispielhaft dafür, dass auch die juristische Kommentarliteratur vordringlich die zivilrechtlichen Generalklauseln, insbesondere solche, die auf Treu und Glauben und die guten Sitten rekurrierten, dazu nutzte, um die ‚vorrevolutionäre‘ Kodifikation des BGB der neuen Rechtsidee lediglich auf dem Wege der Rechtsprechung anzupassen, ist das Vorwort der Herausgeber zur achten, wesentlich umgearbeiteten Auflage des Reichsgerichtsräte-Kommentars zum BGB von 1934: „Jetzt erobert der Gemeinschaftsgedanke wieder mehr und mehr auch das Privatrecht, ein neues Gemeinschaftsleben ist im Werden begriffen. [...] In der neuen Auflage ist versucht worden, diese Rechtsgedanken von Treu und Glauben im Verkehr und Billigkeit noch besonders scharf herauszustellen. [...] Ferner sei auf die Ausführungen zu §§ 138, 157, 242, 826 hingewiesen. [...] Wir hoffen daher, daß die neue Auflage dieses Kommentars, die durchaus im Rahmen der neuen Bestrebungen liegt, diese zu fördern

⁶⁹ Aus der Rechtsprechung RGZ 150, 1 (4); RAG, Urt. v. 07.03.1936, RAG 218/35, abgedruckt in ARS 26 (1936), 125 (Leitsatz). S. zu entsprechenden Forderungen aus der Literatur *Herschel*, DJZ 1933, 1008 (1010 f.); *Huber*, DJZ 1934, 950 (958); *Hubermagel* (Fn. 23), S. 970; *Müller*, DJZ 1935, 269 (269 f.); *Rothenberger*, DJZ 1936, 22 (24 f.).

⁷⁰ *Schmitt*, DR 1933, 201 (202).

⁷¹ So zutreffend *Stolleis* (Fn. 67), S. 88.

geeignet ist⁷². Noch deutlicher trat die Fokussierung auf die Generalklauseln in der 9. Aufl. zutage: „Entscheidend ist demgemäß heute das auf der nationalsozialistischen Weltanschauung beruhende Volksempfinden. So bildet § 138 BGB (vgl. auch § 826) in Verbindung mit dem allgemeinen Gebot von Treu und Glauben (§§ 157, 242) auch die besonders geeignete Grundlage, dem durch den Gedanken der Gemeinschaft, der Volksverbundenheit, geläuterten Rechts- und Sittlichkeitsbewußtsein des gesamten deutschen Volkes auf dem Gebiete des rechtsgeschäftlichen Verkehrs Geltung zu verschaffen“⁷³. Die zivilrechtlichen Generalklauseln wurden damit zu den „tonangebenden Vorschriften“ des BGB, mit deren Hilfe „dem Richter die wesentlich ungehemmte Ausfüllung des gesetzlichen bloßen Blanketts“⁷⁴ anhand der gewandelten Bedürfnisse und Anschauungen des Nationalsozialismus überlassen war.

4. Rechtsprechung zu §§ 138, 242 BGB im Nationalsozialismus

Im Folgenden soll anhand ausgewählter Entscheidungen von Zivilgerichten unterschiedlicher Instanzen gezeigt werden, wie dem ursprünglich liberal-individualistisch geprägten BGB über die ‚Einfalltore‘ der §§ 138, 242 BGB eine an der Weltanschauung des Nationalsozialismus ausgerichtete Zielrichtung gegeben wurde. Insbesondere die Vertragsverhältnisse, die nach der ursprünglichen Konzeption des BGB eigentlich primär Ausdruck und Gegenstand der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Vertragsparteien waren, sollten zu diesem Zweck nach den Regeln von Treu und Glauben (neu) beurteilt werden, wodurch es der Rechtsprechung auf dem Gebiet des Vertragsrechts „am leichtesten“ werden sollte, „einem Rechtsempfinden Eingang zu verschaffen, das durchaus nicht immer mit der Grundeinstellung des Gesetzes übereinstimmte“⁷⁵. Dieses Rechtsempfinden, die neue Rechtsidee, baute im Wesentlichen auf zwei Grundgedanken auf: Dem Gemeinschaftsgedanken einerseits und der Rassenideologie andererseits⁷⁶. Der Einfluss dieser beiden Grundgedanken der nationalsozialistischen Weltanschauung auf die Auslegung und Anwendung von §§ 138, 242 BGB soll im Folgenden erörtert werden.

⁷² Bessau/Oegg/Sayn u.a., in: *dies.* (Hrsg.), RGRK, 8. Aufl. 1934 III ff.

⁷³ Oegg (Fn. 9), § 138 S. 283.

⁷⁴ Hierzu und zum Vorherigen Oertmann, DJZ 1931, 266 (266), allerdings noch vor der ‚Machtergreifung‘.

⁷⁵ Hierzu und zum Vorherigen Müller, DJZ 1935, 269 (269 f.).

⁷⁶ So deutlich erklärt von Stoll, DJZ 1933, 1229 (1231 f.).

a) *Rassenideologie*

Zentraler Bestandteil der nationalsozialistischen Weltanschauung war die antisemitische Rassenideologie. So erklärte der vierte Punkt des Parteiprogramms der NSDAP: „Staatsbürger kann nur sein, wer Volksgenosse ist. Volksgenosse kann nur sein, wer deutschen Blutes ist, ohne Rücksichtnahme auf Konfession. Kein Jude kann daher Volksgenosse sein.“ Der fünfte Punkt legte außerdem fest, dass diejenigen, die nicht Staatsbürger sind, nur als Gast in Deutschland leben können sollten und unter Fremden-Gesetzgebung stehen müssen. Besondere Form und massive Verstärkung erfuhr diese Zielsetzung der ‚Rassentrennung und -reinhaltung‘ in den Nürnberger Rassegesetzen vom 15.09.1935. Ziel war der Ausschluss ‚nichtarischer‘, insbesondere jüdischer Menschen in umfassender, vor allem gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Hinsicht. Aber schon vor ihrer Positivierung in besonderen Gesetzen und Verordnungen wurde die Rassenideologie mithilfe der Generalklauseln als deren ‚Einfallstore‘ zum Gesetzesrecht.

aa) *Sittenwidrigkeit eines Kindesannahmevertrags*

Bereits im Jahr der ‚Machtergreifung‘ hat das LG Berlin⁷⁷ einer Entscheidung über die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Bestätigung eines Kindesannahmevertrags durch das zuständige AG die nationalsozialistische Rassenideologie als Auslegungsmaxime der guten Sitten zugrunde gelegt. Mit dem in Rede stehenden Vertrag vom 08.07.1933 hatte der Beschwerdeführer zu 1 (mit dem Nachnamen „Günther“) den Beschwerdeführer zu 2 (mit dem Nachnamen „Manasse“) unter der Vereinbarung, dass dieser künftig ausschließlich den Familiennamen „Günther“ führen solle, an Kindes statt angenommen. Gegenüber dem AG haben die Beschwerdeführer erklärt, sie wollten durch die Adoption erreichen, „daß der Erschienene zu 2, der evangelisch getauft, ein guter Deutscher und Frontkämpfer ist, einen deutschklingenden Namen bekommt“⁷⁸. Das AG wies die Anträge der Beschwerdeführer zurück, weil der Vertrag nur zum Schein geschlossen worden sei. Ob der Annahmevertrag tatsächlich zum Schein abgeschlossen worden ist, ließ das LG dagegen

⁷⁷ LG Berlin, Beschl. v. 25.09.1933, 238 T 13996/33, abgedruckt in JW 1934, 442.

⁷⁸ LG Berlin, a.a.O.

offen. Dieser Frage hat es keine Bedeutung zugemessen, weil es den Vertrag schon wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 Abs. 1 BGB als nichtig qualifizierte. Denn der Abschluss eines Annahmevertrags mit dem vornehmlichen Zweck der Namensänderung stelle sich als Missbrauch der Rechtseinrichtung dar. Den Beschwerdeführern sei es nämlich nicht darum gegangen, ein seelisches Bedürfnis nach Begründung inniger Familienbande durch Herstellung eines wirklichen Kindesverhältnisses zu befriedigen, sondern lediglich um „die Erlangung eines sozialen Vorteils für den Angenommenen durch Ablegung des einem Fortkommen hinderlichen, nichtarischen Namens“⁷⁹. Im streitigen Annahmevertrag erblickte das LG deshalb eine Verschleierung der ‚nichtarischen‘ Herkunft des Beschwerdeführers zu 2; ein entsprechendes Rechtsgeschäft sei „mit der Grundauffassung des neuen Staates, der gerade umgekehrt auf Klarlegung der Herkunftsverhältnisse dringt und sich die Scheidung der Fremdrassigen von den Ariern [...] zum Ziel gesetzt hat, unvereinbar und widerspricht dem Sittlichkeitsgefühl und Rechtsempfinden des Volkes“⁸⁰. In seiner Entscheidung war das LG Berlin offensichtlich davon angeleitet, dem seit der Machtergreifung zur Rechtsquelle erhobenen Parteiprogramm und seinem Ziel der Rassentrennung zur Verwirklichung zu helfen, indem es einer Verschleierung der erklärten Rassenunterschiede entgegentrat. Zu diesem Zweck stützte es seine Erwägungen auf einen nicht näher begründeten, sondern bloß behaupteten Rechtsmissbrauch. Dabei handelt es sich letztlich nur um einen Vorwand zur Begründung der eigentlich an der Rassenideologie ausgerichtet Entscheidung.

bb) *Führung ‚arischer‘ Firmenbezeichnungen durch Juden*

Die von den Nationalsozialisten angestrebte Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben⁸¹ führte auch zu der Frage, ob und unter welcher Firma Juden am Handel und geschäftlichen Verkehr teilnehmen dürfen. So hatte das KG⁸² über einen Fall zu entscheiden, in welchem das zuständige Registergericht einen Antrag auf Firmenänderung von „Deutsche Lederindustrie Gebr. F“ zu „Deutsche Lederindustrie, Inh. Gebr. G. GmbH.

⁷⁹ LG Berlin, a.a.O.

⁸⁰ LG Berlin, a.a.O.

⁸¹ So der Titel einer entsprechenden Verordnung vom 12.11.1938.

⁸² KG, Beschl. v. 25.10.1934, 1 b X 491/34, abgedruckt in JW 1935, 436 ff.

& Co.“ mit der Begründung ablehnte, die Firma sei zur Täuschung der Allgemeinheit geeignet, da sie den Eindruck erwecke, dass die Geschäftsinhaber arischer Abstammung seien. Dem schloss sich das KG an: Der Zusatz „deutsch“ in der Firma sei im konkreten Fall schon deshalb unzulässig, weil er in tatsächlicher Weise mindestens die Rassenangehörigkeit der Inhaber verdecke. Wenngleich das Gericht seine Entscheidung im Wesentlichen auf § 18 Abs. 2 HGB stützte, merkte es darüber hinaus an, dass die Firmenbezeichnung auch ohne das Vorliegen einer Täuschung i.S.v. § 18 Abs. 2 HGB „wegen der nach allgemeiner Anschauung ungehörigen Art der Verwendung des Wortes ‚deutsch‘ im Handelsverkehr gegen die guten Sitten verstoßen“⁸³ kann. Im Hinblick auf die neue Firmenbezeichnung ging das Gericht angesichts der ‚nichtarischen‘ Inhaber deshalb vom Vorliegen einer Täuschungsgefahr aus, weil die „Bezeichnung ‚deutsch‘ [...] immer mehr in der Bedeutung von arisch im Gegensatz zu nichtarisch (jüdisch) verstanden“⁸⁴ werde. Die alte Firmenbezeichnung habe die Täuschungsgefahr dagegen mit ihrem Zusatz „Gebr. F.“ ausgeschlossen, da sich aus dem Namenszusatz die nichtarische Abstammung der Inhaber für jedermann klar und deutlich ergebe. Ob die bisherige Firma jedoch abseits von § 18 Abs. 2 HGB wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten dennoch rechtlich zu beanstanden ist, ließ das Gericht wegen eines Verfahrensfehlers des eingeleiteten Lösungsverfahrens offen. Interessant an der Entscheidung ist, dass sie – zumindest im Hinblick auf die neue Firmenbezeichnung – auch Ausführungen zur Zulässigkeit einer Firmenbezeichnung am Maßstab der guten Sitten tätigt, obwohl diese zur Lösung des Falls angesichts § 18 Abs. 2 HGB als speziellere Rechtsnorm nicht angezeigt waren.

Über die Frage der Führung einer Firma unter „offensichtlich arischem Namen“ durch einen Juden hatte auch das OLG Hamburg⁸⁵ zu entscheiden. Nachdem der ‚arische‘ Antragsgegner dem jüdischen Antragsteller sein Geschäft unter der Firma „E. K. Kaffeeverand“ verkaufte und die Firma umschreiben ließ, erwirkte der Antragsteller gegen den Antragsgegner eine einstweilige Verfügung, durch welche diesem bei gerichtlicher Strafe entsprechend einer vertraglich übernommenen Verpflichtung verboten worden ist, unmittelbar oder mittelbar ein Kaffeeverandgeschäft zu betreiben oder betreiben zu lassen. Im gerichtlichen

⁸³ Ebd., S. 438.

⁸⁴ Ebd., S. 438.

⁸⁵ OLG Hamburg, Beschl. v. 27.11.1935, 1 U 225/35, abgedruckt in DJ 1936, 775 f.

Verfahren gegen diese einstweilige Verfügung wendete der Antragsgegner die Nichtigkeit der Verträge ein. Anders als noch das LG folgte das OLG der Rechtsauffassung des Antragsgegners. Dabei stellte es zunächst fest, dass die Frage, ob ein Jude ein Handelsgeschäft eines Ariers „unter dessen offensichtlich arischem Namen weiterführen darf [...] bisher durch keine besondere gesetzliche Bestimmung geregelt“⁸⁶ sei. Eine entsprechende Vereinbarung müsse jedoch schon jetzt nach § 138 Abs. 1 BGB wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein. „Die nationalsozialistische Weltanschauung, welche für die Rechtsfindung maßgebend ist, steht dem Judentum ablehnend gegenüber. Die Mehrzahl der Volksgenossen vermeidet es deshalb grundsätzlich bei Juden, jedenfalls bei Volljuden zu kaufen“⁸⁷. Für Parteigenossen bestünde außerdem das Verbot, bei Juden einzukaufen. Es sei daher glaubhaft, dass viele Kunden des Antragstellers nicht bei ihm einkaufen würden, wüssten sie, dass er Jude ist. Wegen der arischen Firmenbezeichnung bleibe dieser Umstand aber unerkannt. Die Vereinbarung der Firmenfortführung sei wegen eben dieser Eignung, eine Täuschung über die Rassenzugehörigkeit des Firmeninhabers herbeizuführen, nach der heutigen deutschen Rechtsanschauung objektiv unsittlich und deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Es ist bemerkenswert, dass das Gericht in seiner Entscheidung an keiner Stelle auf § 18 Abs. 2 HGB einging, der irreführende Firmenbezeichnungen verbietet. Das mag daran liegen, dass in dem zu entscheidenden Fall – anders als im zuvor geschilderten Fall vor dem KG – nicht primär die Zulässigkeit der Firmenbezeichnung als solcher, sondern die Rechtmäßigkeit des Kaufvertrags über das Kaffeeverandunternehmen samt der Vereinbarung über die Fortführung der Firma in Frage stand und § 18 Abs. 2 HGB selbst nicht auf rechtsgeschäftliche Vereinbarungen anwendbar ist. Gleichwohl warf das Gericht zur Klärung dieser Frage ausdrücklich die (Vor-)Frage auf, ob nämlich ein Jude das Geschäft unter dem arischen Namen weiterführen darf, und stellte damit einen rechtlichen Konnex zwischen der Zulässigkeit der Firmenfortführung einerseits und der Rechtmäßigkeit der darauf gerichteten Vereinbarung andererseits her. Anders als das Gericht meinte, kann eine Antwort auf eben diese (Vor-)Frage jedoch – legt man die zuvor dargestellte Rechtsauffassung des KG zugrunde – § 18 Abs. 2 HGB entnommen werden, wonach die Firmen(fort)führung zumindest

⁸⁶ Ebd., S. 775.

⁸⁷ Ebd., S. 775

für den konkreten Fall wegen ihres irreführenden Charakters unzulässig gewesen wäre. Das Gericht hätte seine Einwände gegen die Zulässigkeit einer solchen Firmen(fort)führung so mit auf § 18 Abs. 2 HGB stützen können, statt sie losgelöst von einem gesetzlichen Anknüpfungspunkt bloß an der nationalsozialistischen Weltanschauung festzumachen. Mit dem Ergebnis der Unzulässigkeit der Firmen(fort)führung nach § 18 Abs. 2 HGB hätte das Gericht zumindest erwägen können, ob sich die Nichtigkeit einer darauf gerichteten rechtsgeschäftlichen Vereinbarung aus § 134 BGB ergibt, was vor dem Hintergrund des von ihm hergestellten rechtlichen Konnex beider Vorgänge nahegelegen hätte. Alternativ erklärt *Spindler* in seiner Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg, dass die Vereinbarung in entsprechender Anwendung von § 779 BGB wegen mangelnder Geschäftsgrundlage unwirksam gewesen sei, weil der Registerrichter im Wege des Firmenmissbrauchsverfahrens nach § 140 FGG a.F. i.V.m. §§ 18 Abs. 2, 37 Abs. 1 HGB habe einschreiten müssen und die Firmenumschreibung hätte nicht vornehmen dürfen, die Vereinbarung dies aber gerade zum Gegenstand gehabt habe⁸⁸. Ohne die Entscheidung des OLG Hamburg hier weiter rechtsdogmatisch beurteilen zu wollen, verdeutlichen sich an ihr zwei Aspekte der damaligen Rechtsprechung deutlich: Zum Ersten, dass im Eifer der Entscheidung rechtlicher Fragen mithilfe der Generalklauseln die Gefahr bestand, spezialgesetzliche Bestimmungen (bewusst oder unbewusst) zu missachten. Und darauf aufbauend zum Zweiten, wie die Generalklauseln in den Dienst genommen wurden, um ein politisch vorbestimmtes Ergebnis positiv-rechtlich zu verkleiden. Das Ergebnis der Entscheidung stand über ihrer methodischen Begründung.

b) *Gemeinschaftsgedanke*

Die nationalsozialistische Weltanschauung propagierte neben der Rassenideologie die Abkehr von der liberal-individualistischen Auslegung und Anwendung des Rechts im Allgemeinen und der Generalklauseln im Besonderen; sie seien stattdessen an überindividualistischen, gemeinschaftlichen Interessen zu deuten, in denen die Gesetze, subjektiven Rechte und relativen Schuldverhältnisse ihre Grenzen fänden⁸⁹. In diesem Sinne formulierte das

⁸⁸ S. Spindler, DJ 1936, 776 (776 f.).

⁸⁹ Vgl. *Hubernagel* (Fn. 23), S. 971 f.; *Stoll*, DJZ 1936, 414 (416).

Reichsgericht: „Die heutige Auffassung des Staats- und Wirtschaftslebens wendet sich besonders gegen einen dem Ganzen nachteiligen Eigennutz des einzelnen Volksgenossen; sie fordert die Bekämpfung einer derartigen Gesinnung mit allen zu Gebote stehenden Mitteln, und zwar sowohl auf dem Gebiete des Strafrechts wie auch auf dem des bürgerlichen Rechts“⁹⁰. Der Einzelne habe sich deshalb auch rechtlich in jeder Hinsicht dem Wohl und der Erhaltung des Gesamtvolks zu beugen⁹¹. Das Recht und der Staat bauten auf dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“⁹². Schon früh wurde dieser Grundsatz von den Zivilgerichten ihrer Entscheidungsfindung zugrunde gelegt. Wie es in einer Entscheidung des KG über die Frage der Rechtmäßigkeit eines Vertrags zur Steuerhinterziehung heißt, „haben sich in Deutschland die Anschauungen der Volksgenossen über die Verwerflichkeit der Steuerhinterziehung und der Kapitalflucht derartig verschärft, daß es mit der Aufgabe eines deutschen Gerichts unvereinbar wäre, wenn es einem Verträge mit solchem Zweck Gültigkeit zuerkennen wollte“⁹³. Das Reichsgericht erklärte den Grundsatz sodann zum Grundgedanken der §§ 138, 242 BGB, mit welchen die Ausübung eines Gründerbezugsrechts „als rücksichtslose, grob eigennützige, sachlich nicht gerechtfertigte Interessenwahrnehmung der Gründer“⁹⁴ deshalb unvereinbar wäre.

aa) *Allgemeine Lieferbedingungen eines Überlandwerks*

Ausgehend davon hatte das LG Gera⁹⁵ über die Zulässigkeit einer Allgemeinen Lieferungsbedingung eines Überlandwerks zu entscheiden, in welcher es seine Stromabnehmer dazu verpflichtete, Hochspannungsleitungen und sonstige Anlage unentgeltlich auf ihren Grundstücken zu dulden. In seiner Entscheidung hält das Gericht fest, dass jeder einzelne Stromabnehmer auf die Volksgenossen Rücksicht nehmen müsse. Weil Hochspannungsleitungen erforderlich seien, um Strom über große Landstrecken zu leiten, wäre die geregelte

⁹⁰ RG, Beschl. v. 13.03.1936, V 184/35, abgedruckt in RGZ, 150, 1 (6).

⁹¹ Frank, DJZ 1934, 1169 (1171); Lange (Fn. 5), S. 20.

⁹² So schon die Überschrift vor dem 25. Punkt des Parteiprogramms der NSDAP. Vgl. hierzu außerdem Frank, DJZ 1934, 1169 (1171); ders., DR 1934, 231 (232 f.); Hubernagel (Fn. 23), S. 971.

⁹³ KG, Urt. v. 20.11.1933, 3 U 6499/33, abgedruckt in JW 1934, 436 (Hervorhebung nicht im Original).

⁹⁴ RG, Urt. v. 07.02.1936, II 182/35, abgedruckt in DJ 1936, 614 (616).

⁹⁵ LG Gera, Urt. v. 07.03.1934, 2 S 198/33, abgedruckt in JW 1934, 1259.

Stromversorgung in Frage gestellt, wenn sich jeder Stromabnehmer gegen Hochspannungsleitungen und -anlagen auf seinem Grund und Boden sperren könnte. Damit also andere Volksgenossen mit Strom versorgt werden könnten, sei der einzelne Stromabnehmer in Anwendung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ zulässigerweise verpflichtet, zu dulden, dass über sein Grundstück eine Hochspannungsleitung hinweggeht und dass sich dazu nötige Anlagen auf seinem Grundstück befinden. Einen Verstoß gegen die guten Sitten erkannte das Gericht in der in Rede stehenden Lieferungsbedingung deshalb nicht. Einschränkend führt das Gericht allerdings aus, dass das Überlandwerk nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht jede beliebige, sondern nur die wirklich notwendigen Anlagen unter Wahrung der berechtigten Belange des Grundeigentümers errichten dürfe.

bb) *Herabsetzung übermäßig hoher Ruhe- und Versorgungsbezüge*

In einem Verfahren vor dem Reichsgericht⁹⁶ klagte die Witwe eines verstorbenen höherrangigen Angestellten der Beklagten auf Zahlung von Versorgungsbezügen. Nachdem diese bereits nach dem Inkrafttreten der Dritten Notverordnung des Reichspräsidenten zu Sicherung von Wirtschaft und Finanzen und zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen vom 06.10.1931 auf der Grundlage eines Abkommens vom 26.02.1932 zwischen den Parteien neu geregelt wurden, beschloss die Beklage am 27.03.1933 eine Herabsetzung auch dieses vereinbarten Ruhegehalts. Sie begründete dies unter anderem mit ihrer veränderten wirtschaftlichen Lage. Dem Vorbringen der Klägerin, eine erneute Herabsetzung sei nach der bereits erfolgten Anwendung der Dritten Notverordnung durch das Abkommen zwischen den Parteien ausgeschlossen, schloss sich das Gericht nicht an. Weil die Dritte Notverordnung die Frage nach der Zulässigkeit der Herabsetzung von Ruhe- und Versorgungsbezügen nicht abschließend regele, stehe der Anwendung der allgemeinen Vorschriften und damit § 242 BGB kein Hindernis entgegen⁹⁷. Weil die Herabsetzung bzw. Kürzung ihre Grundlage in § 242 BGB habe, sei sie bereits „das Ergebnis der Ermittlung des Inhalts der Verpflichtung“⁹⁸ und müsse deshalb nicht erklärt werden.

⁹⁶ RG, Urt. v. 30.04.1935, II 291/34, abgedruckt in RGZ 148, 81 ff.

⁹⁷ Es erklärt damit ausdrücklich, nicht mehr an der noch in RGZ 141, 151 (153) vertretenen Rechtsauffassung festhalten zu wollen, RGZ, 148, 81 (87).

⁹⁸ Ebd., S. 93.

Zwar erklärte das Gericht an keiner Stelle ausdrücklich, seine Entscheidung am Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ ausgerichtet zu haben. Es gab jedoch im Rahmen der Anwendung von § 242 BGB mehrfach zu erkennen, „daß die Auffassung darüber, was Treu und Glauben gebieten, dem Wandel unterliegt, ebenso wie es sich bei der Frage verhält, was gegen die guten Sitten verstößt“⁹⁹. Dass es seine Entscheidung dabei auf die nationalsozialistische Weltanschauung stützte, wird zum einen dadurch erkennbar, dass es erklärte, auch die heutige Wirtschaft stünde auf dem Leistungsgrundsatz und wolle durch außerordentliche Vergütung einen Ansporn zur Spitzenleitung geben, um dadurch die deutsche Volkswirtschaft und damit das deutsche Volk zu fördern. Bestätigt wird diese Annahme zudem, wenn es heißt: „Wohl aber können die geläuterten Anschauungen über das, was Treu und Glauben erfordern, dazu führen, daß von denen, die bisher besonders hohe Vergütungen bezogen haben, ein größeres Opfer erwartet wird, namentlich, wenn dies einem größeren Kreise von Volksgenossen zum Vorteil dient und zum Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft beiträgt. Auch die seit Anfang des Jahres 1933 durchgedrungene Erkenntnis von der Wichtigkeit der Führung in Staat und Wirtschaft kann den Umfang des Opfers bestimmen“¹⁰⁰. In dieser Aussage tritt unzweifelhaft die Ausfüllung von § 242 BGB mit dem nationalsozialistischen Gemeinschaftsgedanken zutage, die hier dem Ziel dient, die Funktionsfähigkeit der Gesamtwirtschaft zulasten der Bezugsansprüche des Einzelnen zu erhalten. Dazu müssten Einzelne zugunsten der Gemeinschaft ein Opfer erbringen, was dem Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ gleichsteht.

III. *Fazit*

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass §§ 138, 242 BGB als wertausfüllungsbedürftige Rechtsnormen von der Rechtsprechung in Nationalsozialismus dazu benutzt wurden, um die Rechtsordnung an die neuen Rechtsquellen der nationalsozialistischen Weltanschauung anzupassen. Die operative Vorgehensweise der in den Dienst politischer Ziele gestellten Justiz legte dabei keinen Wert auf Methodentreue. Sie zog die Generalklauseln daher vor allem zur Behauptung einer rechtspositivistischen Einkleidung bereits vorbestimmter

⁹⁹ Ebd., S. 93 et passim.

¹⁰⁰ Ebd., S. 94.

politischer Ergebnisse heran. Dabei wurden die Generalklauseln nur in den Dienst der nationalsozialistischen Weltanschauung gestellt. Widersprüche zum ‚vorrevolutionären‘ Recht waren nicht von Bedeutung, weil die über die Generalklauseln in die Rechtsordnung eingefallene Weltanschauung maßstabsgebend war. Konträre vertragliche und gesetzliche Bestimmungen wurden korrigiert.

Bochum, luglio 2023

Abstract

Der Beitrag beleuchtet die Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln §§ 138, 242 BGB in der Rechtsprechung des Nationalsozialismus unter der Fragestellung, ob diese als ‚Einfalltore‘ für die nationalsozialistische Weltanschauung fungierten. Dazu wird zunächst auf die Rechtsquellen und das Richterbild des Nationalsozialismus eingegangen. Aufbauend darauf wird gezeigt, dass sich Generalklauseln im Allgemeinen und §§ 138, 242 BGB im Speziellen aufgrund ihrer Charakteristika besonders eigneten, um die nationalsozialistische Weltanschauung in das Gewandt des Gesetzes ohne Gesetzesänderung einzukleiden. Anhand ausgewählter Gerichtsentscheidungen wird sodann der Einfluss der Rassenideologie und des Gemeinschaftsgedankens auf die Rechtsprechung exemplifiziert.

Abstract

This article examines the application of the general clauses of civil law, §§ 138, 242 BGB, in the jurisprudence of National Socialism under the question of whether they functioned as a 'gateway' for the National Socialist ideology. To this end, the sources of law and the judicial image of National Socialism will first be discussed. Based on this, it will be shown that general clauses in general and §§ 138, 242 BGB in particular were ideal for dressing up the National Socialist ideology in the garb of law without changing the law. The influence of racial ideology and the idea of community on jurisprudence is then exemplified on the basis of selected court decisions.

Abstract

Il contributo analizza l'applicazione civilistica delle clausole generali dei §§ 138 e 242 BGB nella giurisprudenza del nazionalsocialismo, interrogandosi se queste fungessero da "vie di accesso" per l'ideologia nazista. A tal fine vengono in primo luogo esaminate le fonti del diritto e l'immagine del giudice nel nazionalsocialismo. Partendo da queste basi viene dimostrato come le clausole generali, e segnatamente i §§ 138 e 242 BGB, per le loro caratteristiche fossero particolarmente adatte a rivestire la visione del mondo nazionalsocialista con l'abito della legge, senza mutarne il testo. Una serie di decisioni giudiziarie scelte costituisce l'esempio dell'influenza dell'ideologia razziale e dell'idea di comunità sulla giurisprudenza

Rechtsprechungsverzeichnis

Reichsarbeitsgericht

- RAG, Urt. v. 07.03.1936, RAG 218/35, abgedruckt in ARS 26 (1936), 125 ff.
- RAG, Urt. v. 09.01.1940, RAG 207/39, abgedruckt in ARS 38, 262 ff.

Reichsgericht

- RG, Urt. v. 11.04.1901, VI 443/00, abgedruckt in RGZ 48, 114 ff.
- RG, Urt. v. 09.02.1928, VI 261/27, abgedruckt in RGZ 120, 144 ff.
- RG, Urt. v. 13.06.1933, II 51/33, abgedruckt in RGZ 141, 151 ff.
- RG, Urt. v. 30.04.1935, II 291/34, abgedruckt in RGZ 148, 81 ff.
- RG, Urt. v. 07.02.1936, II 182/35, abgedruckt in DJ 1936, 614 ff.
- RG, Beschl. v. 13.03.1936, V 184/35, abgedruckt in RGZ, 150, 1 ff.

Oberlandesgerichte und Kammergericht

- KG, Urt. v. 20.11.1933, 3 U 6499/33, abgedruckt in JW 1934, 436 ff.
- KG, Beschl. v. 25.10.1934, 1 b X 491/34, abgedruckt in JW 1935, 436 ff.
- OLG Hamburg, Beschl. v. 27.11.1935, 1 U 225/35, abgedruckt in DJ 1936, 775 f.

Landgerichte

- LG Berlin, Beschl. v. 25.09.1933, 238 T 13996/33, abgedruckt in JW 1934, 442.
- LG Gera, Urt. v. 07.03.1934, 2 S 198/33, abgedruckt in JW 1934, 1259.
- LG Königsberg, Beschl. v. 26.08.1935, 3 T 687/35, abgedruckt in DJ 1935, 1387 f.

Literaturverzeichnis

Auer, Marietta, Generalklausel, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, Bd. 2, Recht, Wirtschaft, Gesellschaft, 8. Aufl., Freiburg/Basel/Wien 2018.

Bessau, Willy/Lobe, Adolf/Oegg, Friedrich (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch, Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 9. Aufl., Berlin 1939, Einleitung, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil).

Bessau, Willy/Oegg, Friedrich/Sayn, Otto u. a. (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch, Mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, 8. Aufl., Berlin/Leipzig 1934, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse I (Allgemeiner Teil).

Boberach, Heinz, Richterbriefe, Dokumente zur Beeinflussung der deutschen Rechtsprechung 1942 - 1944, Boppard am Rhein 1975.

Börner, Fritjof, Die Bedeutung der Generalklauseln für die Umgestaltung der Rechtsordnung in der nationalsozialistischen Zeit, Frankfurt am Main 1989.

Busch, Eduard Louis (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Allgemeiner Teil, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin/Leipzig 1923.

Dreier, Horst, Naturrecht und Rechtspositivismus, Pauschalurteile, Vorurteile, Fehlerurteile, in: Härle, Wilfried/Vogel, Bernhard (Hrsg.), „Vom Rechte, das mit uns geboren ist“, Aktuelle Probleme des Naturrechts, Freiburg im Breisgau/Basel/Wien 2007, S. 127 ff.

Drost, Heinrich, Die Quellen des nationalen und internationalen Rechts, DJZ 1936, 934 ff.

Eckert, Jörn, Sittenwidrigkeit und Wertungswandel, Archiv für die civilistische Praxis 199 (1999), S. 337 ff.

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (erste Aufl. 1956).

Frank, Hans, Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideenguts auf das deutsche Rechtsleben, DJZ 1934, 1169 ff.

Frank, Hans, Lebensrecht, nicht Formalrecht, DR 1934, 231 ff.

- Frank, Hans*, An die deutschen Rechtswahrer!, DJZ 1936, 401
- Frank, Hans*, Einheit der Rechtsidee, Reichsrechtsführer Dr. Frank auf der Schlußkundgebung des Deutschen Juristentages 1936, JW 1936, 1517 f.
- Grüneberg, Christian* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 81. Aufl., München 2022.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.), BeckOK BGB, München
- Hedemann, Justus Wilhelm*, Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933.
- Herschel, Wilhelm*, Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich, DJZ 1933, 1008 ff.
- Hippel, Fritz von*, Die Perversion von Rechtsordnungen, Tübingen 1955.
- Huber, Ernst Rudolf*, Die Einheit der Staatsgewalt, DJZ 1934, 950 ff.
- Hubernagel, Gerhard*, Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklausel, in: Frank, Hans (Hrsg.), Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl., München 1935, S. 970 ff.
- Jellinek, Georg*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl., Leipzig, Wien 1934.
- Lange, Heinrich*, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934.
- Lange, Heinrich*, Lage und Aufgabe der Deutschen Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1937.
- Larenz, Karl*, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, Tübingen 1934.
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl., Berlin 1979.
- Maunz, Theodor*, Neue Grundlagen des Verwaltungsrechts, Hamburg 1934.
- Maus, Ingeborg*, »Gesetzesbindung« der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang (Hrsg.), Recht und Justiz im »Dritten Reich«, Frankfurt am Main 1989, S. 80 ff.
- Müller, Ulrich*, Die Treupflicht im Bürgerlichen Recht, DJZ 1935, 269 ff.
- Nassauer, Erich*, Gewaltenteilung im nationalsozialistischen Staate?, DJZ 1934,

336 f.

Neumann, Franz, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6 (1937), S. 542 ff.

Oertmann, Paul, Bürgerliches Vermögensrecht, *DJZ* 1931, 266 ff.

Ritter, Ernst, Justiz und innere Verwaltung, in: Benz, Wolfgang/Graml, Hermann, Weiß, Hermann (Hrsg.), *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*, 1. Aufl., Stuttgart 1997, S. 85 ff.

Rothenberger, Curt, Die Rechtsquellen im neuen Staat, *DJZ* 1936, 22 ff.

Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 9. Aufl., Tübingen 2022.

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut u. a. (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl., München 2021.

Schmitt, Carl, Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, *DR* 1933, 201 f.

Schmitt, Carl, Der Führer schützt das Recht, *DJZ* 1934, 945 ff.

Schmitt, Carl, Kodifikation oder Novelle?, Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, *DJZ* 1935, 919 ff.

Schmitt, Carl, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 3. Aufl., 2006.

Schröder, Rainer, »... aber im Zivilrecht sind die Richter standhaft geblieben!«, Die Urteile des OLG Celle aus dem Dritten Reich, Baden-Baden 1988.

Spindler, Anmerkung zu OLG Hamburg, *Beschl. v. 27.11.1935*, 1 U 225/35, *DJ* 1936, 776 f.

Stoll, Heinrich, Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, *DJZ* 1933, 1229 ff.

Stoll, Heinrich, Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag, *DJZ* 1936, 414 ff.

Stolleis, Michael, Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht, Berlin 1974.

Stolleis, Michael, Recht im Unrecht, Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1994.

Teubner, Gunter, Das regulatorische Trilemma, Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, Quaderni Fiorentini 13 (1984), S. 109 ff.

van Look, Frank, Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1933-1945, JR 2000, 89 ff.

Warneyer, Otto (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Tübingen 1930.

Weber, Ralph, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, Archiv für die civilistische Praxis 192 (1992), S. 516 ff.

Werner, Fritz, Zum Verhältnis von gesetzlichen Generalklauseln und Richterrecht, Karlsruhe 1966.

Wunderlich, Johannes, Der Königliche Richter und das Gesetz, DJZ 1934, 10 ff.

Redenverzeichnis

Eckhardt, Karl August, Verkündung von Leitsätzen auf der Arbeitstagung der Reichsfachgruppen Richter und Staatsanwälte und Rechtspfleger in Berlin am 14.01.1936, in Zusammenarbeit mit *Dahm, Frank, Höhn, Ritterbusch* und *Siebert*, abgedruckt in DJZ 1936, 179 f.

Frank, Hans, Lebensrecht, nicht Formalrecht, Rede zur Gründung des rechtsphilosophischen Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht am 03.05.1934, abgedruckt in DR 1934, 231 ff.

Frank, Hans, Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben, Rede auf dem Parteikongress in Nürnberg am 09.09.1934, abgedruckt in DJZ 1934, 1169 ff.

Frank, Hans, Einheit der Rechtsidee, Rede auf der Schlusskundgebung des Deutschen Juristentages 1936, abgedruckt in JW 1936, 1517 f.

Hitler, Adolf, Regierungserklärung zur 2. Sitzung des Reichstags am 23.03.1933, abgedruckt in Verhandlungen des Reichstags, VIII. Wahlperiode 1933, Bd. 457, 1934, S. 25 ff.