

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Hans-Peter Benöhr (Berlin)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Juan Sainz Guerra (Jaén)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Francesco Di Donato (Benevento)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Münster)
PD Dr. Andreas Thier (München)
PD Dr. Hans-Peter Haferkamp (Berlin)
Dr. Hans-Georg Hermann (München)

Artikel vom 1. Juli 1997

© 1997 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/9707haferkamp.htm>

Hans-Peter Haferkamp:

Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935 - dargestellt an der Debatte um die Behandlung der *exceptio doli generalis*

I. Vorüberlegungen

II. *Exceptio doli generalis*

III. Das Vorgehen der Rechtsprechung im Spiegel der Rechtswissenschaft Weimars

1. Sammeln und Ordnen: Die Lehrbücher und Kommentare
2. Rückführung auf dogmatische Figuren: Willi Brenner 1926
3. Sozial - Dynamisch - Wirklich: Franz Gerd Oppenheimer 1930
4. Interessenorientierte Auslegung: Hermann Rüdiger 1934

IV. Das Ende der Debatte: 1933 bis 1936

1. Subjektives Recht und Gemeinschaftsgedanke: Siebert 1934
2. Reaktionen in Rechtsprechung und Schrifttum
3. Der Flaschenhals

V. Schluß

I. Vorüberlegungen

Untersuchungen zur Privatrechtswissenschaft Weimars sind noch immer rar¹. 1
Rechtshistorisches Interesse erwecken die Jahre zwischen 1918 und 1933 zumeist im
Hinblick auf die Rechtspraxis des Zivilrechts, also den vermeintlich in diesem Zeitraum
erwachenden „Richterkönig“². Viel Beachtung fand auch der „Methoden- und

1 Grundlegend K. W. *Nörr*: Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988, S. 1-39 und passim; zusammenfassend *Kroeschell*: Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen 1993, S. 49 ff. sowie *Wieacker*: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. Göttingen 1967 [PdN], allerdings mit eigenem philosophischen Ansatz.

2 Jüngst klärend *Klemmer*: Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich, Baden-Baden 1996; *Rückert*: Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: Die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: *Nörr/Schefold/Tenbruck* (Hgg.): Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, Stuttgart 1994, S. 267 ff. ; *ders.*: Richterrecht seit Weimar?, in: Festschrift für Sten *Gagnér* zum 3. März 1996, Ebelsbach 1996,

Richtungsstreit“³ im Staatsrecht der zwanziger Jahre. In der Privatrechtsgeschichte fehlen demgegenüber, sieht man von wenigen biographische Studien⁴ ab, noch immer über die Freirechtsdebatte⁵ vor dem ersten Weltkrieg hinausführende Untersuchungen.

Oftmals fündig wird man auch in dogmenhistorischen Arbeiten⁶, die, wenn sie den historischen Kontext mit einbeziehen, wichtige Ergebnisse zutage fördern können. Problematisch ist, daß die meisten dieser Untersuchungen nach 1933 wirksam gewordene Entwicklungen ins Zentrum ihrer Betrachtungen stellen. Ausgangspunkt sind dabei zumeist Kontinuitätsthesen mit einer häufig überstark ergebnisgesteuerten Nachzeichnung der Entwicklung, d.h. es wird nach Grundlagen der nationalsozialistischen Methoden und Institute *rückblendend* gesucht. Dies fördert die Herausstellung⁷ spezifisch im Nationalsozialismus wirksam werdender Einflußfaktoren.

2

S. 203 ff. ; K. W. Nörr: Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses (= Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, B. 222), Heidelberg 1996.

- 3 Gute Darstellung bereits bei *Sontheimer*: Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik, S. 63 ff. ; neuerdings genaue Untersuchung bei O. Lepsius: Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus, München 1994, passim, den sein eigener philosophischer Ansatz im Ergebnis zur Feststellung bringt, der in Weimar vollzogene Verlust neukantianischer Begriffsbildungen zugunsten einer „gegensatzaufhebenden Begriffsbildung“ habe dazu geführt, daß die Juristen „dann unter dem Nationalsozialismus zu dessen wirklicher Erkenntnis nicht mehr in der Lage waren.“ Es ist für ihn daher der „Verlust an spezifisch juristischen ... Kategorien“ und nicht ihre „politische Sympathie“, die Lepsius den Juristen im Nationalsozialismus vorwirft (s.380). Für das Gros der damaligen Juristen liegt m. E. hier eine Überbewertung philosophischer Steuerung und Unterschätzung klarer politischer Ziele vor.
- 4 Etwa *Mohnhaupt*: Justus Wilhelm Hedemann als Rechtshistoriker und Zivilrechtler vor und während der Epoche des Nationalsozialismus, in: *Stolleis u. Simon*: Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus, Tübingen 1989, S. 107 ff. ; *Roßmanith*: Rechtsgefühl und Entscheidungsfindung. Hermann Isay (1873-1938), Berlin 1975; *Hofer*: Zwischen Gesetzestreue und Juristenrecht - Die Zivilrechtslehre Friedrich Endemanns (1857-1936), Baden-Baden 1993; *Kallfass*: Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz, Berlin 1972.
- 5 Etwa *Lombardi Vallauri*: Geschichte des Freirechts, Frankfurt a. M. 1971; *Muscheler*: Relativismus und Freirecht, Heidelberg 1984; *Behrends*: Von der Freirechtsschule zum konkreten Ordnungsdenken, in: *Dreier u. Sellert*: Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt a. M. 1989, S. 34 ff. ; Rainer *Schröder*: Die deutsche Methodendiskussion um die Jahrhundertwende, in: *Rechtstheorie* 1988, S. 323 ff. m.v.w.N.; *ders.*: Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreichs unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen, in: *Festschrift Gmür, Bielefeld* 1983, S. 201 ff. ; *ders.*: Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914 (Münchener Universitätsschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 69), Ebelsbach 1988, S. 487 ff. ; Jan *Schröder*: Savignys Spezialistendogma und die „soziologische“ Jurisprudenz, in: *Rechtstheorie* 1976, S. 23 ff. ; A. *Kaufmann u. Foulkes*: Ernst Fuchs, Gerechtigkeitswissenschaft: Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, Karlsruhe 1965.
- 6 Etwa *Rüthers*: Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl. 1991, S. 15-90; 322 ff. und passim; daneben inzwischen Z. B. *Wanner* Die Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte im totalitären Staat (= Münchner Universitätsschriften. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Bd. 79), Ebelsbach 1996; *Haferkamp*: Die heutige Rechtsmißbrauchslehre - Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? (= Berliner Juristische Universitätsschriften, Reihe Zivilrecht, Bd. 1), Berlin 1995; *Bommel*: Die Entstehung der Verwirkungslehre in der Krise des Positivismus (= Lang, Rechtshistorische Reihe Bd. 101), Frankfurt a. M. -Bern-New York-Paris 1992; Rainer *Schröder*: Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit, in: *Salje, Peter* (Hg.): Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, Münster 1985, S. 8 ff., *Lambrecht*: Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis, Tübingen 1994, S. 19-44.
- 7 Die Betonung des konstanten wie auch des brechenden Moments (der „Zäsur“) beinhaltet bekanntlich immer eine „Vorentscheidung des Historikers über seinen Gegenstand“ (*Wieacker*, PdN (wie Anm. 1), S. 44). Es ist daher nicht verwunderlich, wenn die jeweilige Geschichtsbetrachtung auch außerhalb der Debatte um den Nationalsozialismus eigene Konjunktoren hat und die umgebenden politischen und sozialen Lebensbedingungen des Historikers oftmals widerspiegelt. Dies hat vor allem *Leiser*: Katastrophe und

In Weimar diskutierte *Alternativen* bleiben zumeist nur am Rande der Betrachtung, was die Wertigkeiten zu diesem historischen Zeitpunkt nur zu leicht verzerrt und der Privatrechtsgeschichte - zumindest - Weimars kaum gerecht wird⁸.

Nachfolgend soll anhand einer - allerdings nur vordergründig - dogmatischen Rechtsfigur versucht werden, den Übergang in die weitgehend privatrechtsfeindliche Doktrin nach 1933 aus der Sicht Weimars zu beleuchten. Dabei zeigt sich, daß nach 1933 nicht nur die rechtspolitischen Forderungen eine dramatische Zuspitzung erfahren, sondern auch eine breite privatrechtliche Diskussion zusammenbricht. Der Konformitätszwang der totalitären Herrschaft stellen sich für die Privatrechtswissenschaft geradezu als *Flaschenhals* mit der Folge einer schockartigen Verarmung der wissenschaftlichen Debatten dar. 3

Im Zentrum der Untersuchung steht die römischrechtliche *exceptio doli generalis*, die sich in der Rechtsprechung bis 1934 großer Beliebtheit erfreute. Wie zu zeigen sein wird, existierte hier eine Rechtsfigur, anhand derer die grundsätzliche Problematik der Stellung des Richters zum Gesetz bereits seit Mitte des 19. Jahrhunderts in der Rechtswissenschaft diskutiert wurde. 4

Nach einer gerafften Heranführung an die Problemstellung der frühen zwanziger Jahre (II.) und einer kursorischen Untersuchung der gängigen Lehrbuch und Kommentarliteratur dieser Zeit (III.1.) soll am Beispiel von drei diskutierten Lösungsmöglichkeiten (III. 2. bis 4.) das Spektrum der Ansichten vor 1934 aufgezeigt werden. Abschließend wird dieses Ergebnis mit der Entwicklung im Nationalsozialismus in Verbindung gebracht (IV.) und bewertet (V.). 5

II. *Exceptio doli generalis*

Die Privatrechtswissenschaft sah sich bereits vor dem ersten Weltkrieg mit einer Rechtsprechung konfrontiert, die ohne nähere Auseinandersetzung mit den Einwänden der Rechtswissenschaft subjektive Rechte in ihrer Ausübung beschränkte. Traditionelles Mittel hierzu war die sog. *exceptio doli generalis*, die der von *Gaius* mitgeteilten Formel zufolge die Berücksichtigung des klägerischen *dolus* im Moment der gerichtlichen Geltendmachung des ursprünglich wirksam entstandenen Rechts gestattete⁹. 6

Schon im 19. Jahrhundert hatte sich dieses Rechtsinstitut zu einem der dogmatischen Leitbegriffe für richterliche Billigkeitskontrolle entwickelt, es genügte zu ihrer 7

Kontinuität in der Geschichte, in: *Thümmel* (Hg.): *Arbeiten zur Rechtsgeschichte*, Festschrift für *Schmelzeisen*, Stuttgart 1980, S. 202 ff. hervorgehoben - u.a. am Beispiel der Arbeiten von Alfred *Dopsch* in Weimar.

8 Daneben besteht die Gefahr, daß der eigentliche materielle Unrechtsgehalt des Privatrechts im Nationalsozialismus, etwa der Einfluß rassistischer und antisemitischer Elemente, hinter sprachlichen und methodischen Kontinuitäten zurücktritt.

9 G. 4, 119 mit folgender Formel: „Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit *neque fiat*“; hierzu *Kaser*: *Römisches Privatrecht*, 2. Aufl. Berlin 1975, Bd. 1, § 54 I.; Bd. 2, § 198 II 1. Die römische Entwicklung soll hier nicht weiter verfolgt werden.

Geltendmachung, so *Puchta*, daß „die allgemeine Gerechtigkeit fordert, daß der Beklagte frei sei“¹⁰. 1829 bezeichnete *Hänel* die *exceptio doli generalis* als ein „Universal-Schutzmittel gegen alle Ungerechtigkeiten, welche, auf Kosten des guten Glaubens, durch eine zu weit getriebene Strenge und einseitige Consequenz in Anwendung gewisser allgemeiner Rechtssätze geschehen können“¹¹. Damit umfaßte die *exceptio doli generalis*, so *Mühlenbruch*, alle „auf Billigkeit gegründete Exceptionen“¹². Zu diesem Zeitpunkt konnte diese Ansicht wohl auf breite Zustimmung hoffen¹³.

Beginnend in den dreißiger¹⁴, verstärkt ab den fünfziger Jahren geriet die *exceptio doli generalis* zunächst aus dogmatischen Gründen in die Kritik¹⁵. Teile der Rechtswissenschaft, wie *Burchardi*¹⁶ und ihm folgend *Vangerow*, sprachen der *exceptio* allgemein lediglich prätorischen Charakter zu. Mit Untergang des römischen Formularprozesses stehe die „ganze Annahme einer *exceptio doli generalis* völlig müßig da“¹⁷. Andere Pandektisten, die sie nicht nur strikt prozessual an den römischen Prozeß banden, sahen die materiell-rechtliche Aufgabe der Exzeptionen insgesamt als überwunden an. Es sei, so *Brinz*, „nicht die Pflicht erwachsen, sie [die Exzeptionen] auf ewig zu bewahren, sondern die Aufgabe, sie in das aufzulösen, was sie dem Effekte nach schon in classischer Zeit sind und was sie nach Maßgabe der in ein Recht aufzulösenden Rechtssphäre des Jus und der Jurisdiktion auch in ihrer Erscheinung allein sein können.“¹⁸. Im besonderen galt dies für die *exceptio doli generalis*. Ab den siebziger Jahren wurde der Hintergrund der Frontstellung deutlich: Kritik erfuhr nun auch, daß der Richter in der Feststellung ein freies Ermessen habe, daß eine Rechtsverfolgung unzulässig sei, weil sie „mit dem Grundsatz von Treu und Glauben in Widerspruch steht“¹⁹. Die ursprünglich rein dogmatische Argumentation bekam eine rechtspolitische

8

10 *Puchta*: Vorlesungen über das heutige römische Recht, hg. von *Rudorff*, Bd. 1, 2. Aufl. Leipzig 1849, § 94.

11 *Hänel* (Oberappellationsrat in Dresden): Wesen und den heutigen Gebrauch der *actio* und *exceptio doli*, AcP 12 (1829), S. 408 ff., 420; näher *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 78 ff.

12 *Mühlenbruch*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Teil 1, 3. Aufl. Halle 1839, § 164, 2) mit Anm. 26.

13 Zustimmend etwa *Puchta*: Pandekten, 3. Aufl. 1845, § 94, Anm. a; *Arndts*: Lehrbuch der Pandekten, München 1852, § 102 mit Anm. 2; *Mühlenbruch* (wie Anm. 12) a.a.O. Grundsätzliche Zustimmung bei *Kierulff*: Theorie des gemeinen Civilrechts, Altona 1839, S. 304 ff. (denn dem heutigen Richters obliege es, „ex aequo et bona fide zu entscheiden“) und wohl auch bei *Savigny*: System des heutigen römischen Rechts, Bd. V, Berlin 1841, § 227; Beilage IV, Anm. a (ohne Nennung *Hänels*).

14 Grundlegend *Burchardi*: Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831; *Albrecht*: Die exceptionen des gemeinen deutschen Zivilprozesses, München 1835, bes. §§ 9, 19.

15 Gute Darstellung der Debatte bei *Windscheid / Kipp*, Pandekten I, 9. Aufl. Leipzig 1902, § 47, Anm. 1; *Wendt*: Lehrbuch der Pandekten, Jena 1888, § 96, S. 263; *Regelsberger*: Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893, § 192 S. 686. Dies soll hier nicht näher verfolgt werden.

16 *Burchardi* (wie Anm. 14), S. 292.

17 *Vangerow*: Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl. Marburg 1851, § 155 Anm. 2 a. E.; Herausarbeitung dieser Zusammenhänge bei *Bethmann-Hollweg*: Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung, Bd. 2: Der römische Civilprozeß, Tbd. 2: Formulae, Bonn 1865, § 99.

18 *Brinz*: Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl. Erlangen 1873, § 108.

19 *Regelsberger* (wie Anm. 14), S. 686, neben *Wendt* (wie Anm. 14); *Dernburg*: Pandekten, Bd. 1, Berlin 1896, § 138, S. 37 f. sowie *Birkmeyer*: Die exceptionen im bonae fidei iudicium: Römischrechtliche Abhandlung als

Ausrichtung. *Arndts*, der ursprünglich *Hänel* zugestimmt hatte, betonte nun, die *exceptio doli* sei nur ein Name der Theorie. Eine materiellrechtliche Wirkung habe nur eine solche Einrede, die „am konkreten Fall tatsächlich begründet“ werde²⁰. Damit war eine engere Bindung an die Dogmatik verbunden. Dies machte eine stark beachtete Abhandlung von *Römer*, als Reichsoberhandelsgerichtsrat Praktiker, aus dem Jahre 1874 deutlich²¹. Freies Richterrecht sei, so *Römer*, bereits dem spätrömischen Recht fremd gewesen, dieses habe bereits alle denkbaren Fälle der *exceptio doli* „fixiert“²². Die *Digesten* würden eine durch Doktrin und Praxis entwickelte „positive Theorie“ der *exceptio doli* enthalten²³. Die freie Zusprechung eines Billigkeitskorrektivs schloß *Römer* somit aus, der Richter sei „Diener des Gesetzes“²⁴. Damit machte sich Angst vor freier richterlicher Billigkeitswertung geltend:

„Liebe man die *exceptio doli* in dem hier bekämpften Sinne zu, so würde jene *aequitas cerebrina* zur Herrschaft auf dem Gebiet des Rechts gelangen, und alle Sicherheit des Rechts und damit des Verkehrs aufhören, es würde jene unselige Vermischung von Recht und Moral wieder hereinbrechen, die in der Jugendzeit der Völker herrschte, und deren Scheidung in selbständige Gebiete ein so ungeheurer Fortschritt ist, denn sehr häufig würde eine Klage auf Grund der *exceptio doli* abgewiesen, bloß weil ihre Geltendmachung dem Richter unmoralisch erschiene.“ 9

Hierfür erntete er Zustimmung von *Windscheid*²⁵. Auch für *Unger* konnte nun die *exceptio doli generalis* nur auf einen „unmittelbar im Gesetz anerkannten und zur Geltung gebrachten *Aequitätsgrund* gestützt“ werden²⁶. Freie richterliche Wertung kam nicht mehr in Betracht. 10

Nicht zufällig mehrten sich im Wandel des gesellschaftlichen und politischen Umfelds um 1871²⁷ die Stimmen, die einem derart *offenen* richterlichen *Billigkeitskorrektiv* wie 11

Beitrag zur Frage „Gibt es noch Exceptionen?“, Erlangen 1874, S. 308 ff., einer der Befürworter eines Fortbestehens der *exceptio doli generalis*.

20 *Arndts*: Pandekten, 13. Aufl. Stuttgart 1886; § 102 Nr. 2; ähnlich *Vangerow* (wie Anm. 17), 7. Aufl. Marburg 1875, § 155 Anm. 2; *Windscheid*: Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl. Leipzig 1870, § 47 Anm. 7; *Unger*: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. II, 4. Aufl. Leipzig 1886, § 125 Nr. 37; *Baron*: Pandekten, Leipzig 1872, § 92 C; auch *Rudorff* als Herausgeber der 11. Aufl. von *Puchtas* Pandekten, Leipzig 1872, § 94 Anm. a fügt *Puchtas* unter Anm. 13 genannter Stellungnahme eine entsprechend Einschränkung an.

21 *Römer*: Die *exceptio doli*, insbesondere im Wechselrecht, in: *ZfHR* 20, S. 48-83, S. 54.

22 *Römer* (wie Anm. 21), S. 52 f.

23 *Römer* (wie Anm. 21), S. 52.

24 *Römer* (wie Anm. 21), S. 38.

25 *Windscheid* (wie Anm. 16), a.a.O. Zur grundsätzlichen Ablehnung von reinem richterlichem Billigkeitsrecht durch *Windscheid* *Falk*: Der wahre Jurist und der Jurist als solcher. Zum Gedenken an Bernhard *Windscheid*, in: *RJ* 193, S. 598 ff., 607 sowie *Rückert*: Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover 1988, S. 67 f. Viele Flexibilisierungen in der konkreten Dogmatik bringt *Falk*: Ein Gelehrter wie *Windscheid*, Frankfurt a. M. 1989.

26 *Unger* (wie Anm. 20), § 125 Nr. 37.

27 Vgl. *Rückert* (wie Anm. 25), S. 71 ff. zu 1870 bis 1914, vgl. auch 86 ff. Nachweise für *Jhering* bei *Falk*: Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im

der *exceptio doli generalis* ablehnend gegenüberstanden. Für viele Romanisten²⁸ lud das erwachte Vertrauen in den Nationalstaat²⁹ zur Forderung nach einer stärkeren Bindung des Richters ans Gesetz ein. Weniger die liberale Angst vor einem freiheitsgefährdenden staatlichen Gesetzgeber, dem es auch eine bürgerliche Judikative entgegenzustellen galt, als vielmehr die Treue des Richters zum Gesetzgeber waren nun rechtspolitische, freilich in der konkreten Dogmatik oft gelockerte Forderungen³⁰.

Daneben spielten der Wunsch nach dogmatischer Rationalisierung freien Richterrechts in die Debatte hinein. Letzteres sollte den wissenschaftlichen Diskurs um die *exceptio doli* auch weiterhin prägen. 12

Es verwundert in diesem Zusammenhang nicht, daß sich ab den siebziger Jahren eine Verengung des Problems auf die Frage eines allgemeinen Schikaneverbotes, wie heute in § 226 BGB geregelt, feststellen läßt, obwohl, was den Beteiligten bewußt war, dieses bereits im 19. Jahrhundert wegen der Enge des Tatbestandes zu keiner Zeit größere praktische Bedeutung erlangt hatte³¹. 13

Das BGB wuchs in diese Diskussionen hinein, zeigte jedoch im Laufe seiner Entstehungsgeschichte eine zunehmende Gewährung richterlichen Freiraums³². Während ein Schikaneverbot in den Entwürfen *Gebhards* und *Johows* noch abgelehnt worden war, wurde es nach breiten Diskussionen schließlich durch den Bundesrat als § 226 BGB eingefügt³³. Auch eine allgemeine *exceptio doli generalis* wurde erst spät in die Diskussion eingeführt und dann von der II. Kommission³⁴ und später erneut durch die 14

19. Jahrhundert, in: *Gouron, Mayali, Scioppa* u. D. *Simon* (Hgg.): Europäische und amerikanische Richterbilder, Frankfurt a. M. 1996, S. 251 f., 271 ff.

28 Und nur hier wurde die *exceptio doli generalis* diskutiert. Außer Betracht bleiben somit die parallel laufenden Debatten der übrigen Rechtswissenschaft um Stellung und Aufgabe des Richters.

29 Hierzu *Ogorek*: *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1986, S. 247 ff. Guten Gewissens wird man hier freilich nur dann übergreifende Linien vertreten können, wenn man im Auge behält, daß die Einstellung zum Richterrecht neben allgemeinen gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen auch immer subjektive Stellungnahmen des Autors widerspiegelt. Ob man dem Richter oder dem Gesetzgeber mehr vertraut, war immer auch Ausdruck des eigenen politischen Standpunkts. Dies spiegeln etwa die ebenso ab ca. 1870 einsetzenden Richterrechtskonzepte mit der Forderung der verstärkten Berücksichtigung der „realen Verhältnisse“ wider; auch hierzu *Ogorek*, a.a.O. S. 252 ff. ; wiederkehrende Forderungen in wandelndem gesellschaftlichem Kontext auch dies., a.a.O. S. 325 ff. , 351 ff. , 366 ff.

30 Für *Windscheid* Nachweise bei *Falk* (wie Anm. 25), 66 ff. , 72 ff. , 96 ff. , 183 ff. , 215 ff und passim.

31 So kommt Karl *Huber*: *Über den Rechtsmißbrauch*, Bern 1910. S. 19 für die gesamte zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland zu nur zwei gerichtlichen Anwendungsfällen. Praxisferne klar erkannt auch von *Windscheid*: *Pandekten I*, 7. Aufl. Frankfurt a. M. 1891, § 121 (s.602).

32 Gleiche Wertung bei *Schulte-Nölke*: *Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs* (= *Ius Commune Sonderhefte* 71), Frankfurt a. M. 1995, S. 341 ff. unter Herausarbeitung der Einflußnahme des Reichsjustizamtes; anders *Hübner*: *Kodifikation und Entscheidungsfreiheit des Richters in der Geschichte des Privatrechts*, Königstein/Ts.1980, S. 67: Beschneidung der Rechtsschöpfung durch die II. Kommission; hierzu *Schulte-Nölke*, a.a.O., S. 345.

33 Vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 86 ff. , 95 ff.

34 *Jakobs/Schubert*: *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tbd. 2I, Berlin-New York 1978, S. 1171; Begründung in *Protokolle der Kommission*, Bd. 1, Berlin 1897, S. 476 ff. ; zum Ganzen *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 95 ff.

Reichstagskommission³⁵ klar abgelehnt. Es sei zu befürchten, daß „in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjektive Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt werde“³⁶. Dennoch zeigte vor allem § 236 des dritten Entwurfs (der heutige § 242 BGB) deutliche Ansätze einer *exceptio doli generalis* für den Bereich des Obligationenrechts. Den Kompromißcharakter zeigte die spätere Kommentierung Gottlieb *Plancks* zu dieser Frage. Die Rechtsordnung erkenne, so Planck, nur solche Rechte an, die sie mit dem allgemeinen Interesse und dem besonderen Interesse derjenigen, welche durch die Rechte berührt würden, sowie mit den Grundsätzen der Sittlichkeit für vereinbar halte³⁷. Nicht jede sittenwidrige Ausübung eines Rechts könne jedoch verhindert werden. Für das sittliche Gebiet sei in letzter Instanz jedoch das „Gebot der Liebe“ maßgebend, welches zu verwirklichen der Rechtsordnung aber weder möglich noch ihre Aufgabe sei. Eine *exceptio doli generalis* habe das Gesetz im tatbestandlichen Rahmen der §§ 157, 242 BGB verwirklicht³⁸. Dies ermögliche die Berücksichtigung von Treu und Glauben durch „richtige, also möglicherweise ausdehnende oder beschränkende Auslegung des Vertrages“. Keinesfalls sei der Richter jedoch berechtigt, „den Vertrag oder das Gesetz durch Aufstellung eines sozialen Ideals als Richtmaß oder durch Geltendmachung subjektiver sittlicher Anschauungen zu korrigieren.“

Während schon die erste Kommission die Entstehung des Vertrages etwa an die guten Sitten band³⁹, wurde die Ausübung der durch einen rechtmäßig zustande gekommenen Vertrag gewährten Rechte nur sehr zögernd richterlichem Einfluß unterworfen⁴⁰. Hier sollte die gesetzlich gewährte Willensmacht als Freiheitsraum des Individuums geschützt und gleichzeitig dem Richter eine klare Korrektivfunktion zu getroffenen Entscheidungen der Rechtsordnung verwehrt werden.

Wie herrschend diese Konzeption in weiten Teilen der Rechtswissenschaft war, zeigte die Tatsache, daß die Frage der Schranken der Rechtsausübung bis 1918 überwiegend um § 226 BGB diskutiert wurde⁴¹. Noch 1919 sprach sich Pape⁴² in seiner Dissertation für eine

35 Hierzu *Jakobs/Schubert*: AT II, S. 1172; *dies.*: Schuldverhältnisse III S. 901.

36 Protokolle (wie Anm. 34), S. 476 ff.

37 *Planck*: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Einleitung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. Berlin 1903, § 226, 1.

38 *Planck*, a.a.O., Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 3. Aufl. Berlin 1907, § 242, 2.

39 Zur Gesetzgebungsgeschichte des § 138 BGB jüngst *Wanner* (wie Anm. 6), S. 17 ff.

40 Deutlich wurde diese Trennung herausgearbeitet von *Lotmar*: Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Recht, Leipzig 1896, S. 6 ff. u. *Steinbach*: Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, Wien 1898, S. 21 ff.

41 *Wenderoth*: Die sogenannte Schikane im römischen Recht und BGB, Dissertation Erlangen 1898; *Steinbach*: (wie Anm. 40), S. 21 ff.; *Jacubetsky*: Zur Frage des allgemeinen Schikaneverbotes, in: Gruchots Beiträge, Bd. 40 (1896), S. 591 ff.; *Fuld*: Der Schikaneparagraph des BGB, in: Seufferts Bl. f. d. Rechtsanwendung 63 (1898), S. 501; *Bluemner*: Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (Chikane) nach gemeinem Recht und nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1900; *Knuth*: Über die sog. Schikane nach Gemeinem Recht und BGB, Dissertation Jena 1900; *Flechtheim*: Aufhebungsanspruch und Einrede. Ein Beitrag zur Lehre von der Wandlung, in: Gruchots Beiträge 44 (1900), S. 65-97, S. 87 ff.; *Koch*: Das Schikaneverbot des § 226 BGB, Dissertation Freiburg 1902; *Ramdohr*: Rechtsmißbrauch, in: Gruchots Beiträge Bd. 46 (1902), S. 577 ff. u. 806 ff.; *Goldenberg*: Die Stellung des BGB zur Schikane, Dissertation Rostock 1903; *Nast*: Das

einschränkende Auslegung dieser Vorschrift aus, die nach seiner Ansicht auch die einzige allgemeine Schrankenbestimmung darstellte. Hedemann, der noch 1910 § 226 BGB zu einem der „königlichen Paragraphen“ des BGB erklärt hatte⁴³, stellte 1933 resigniert fest, daß § 226 als Generalklausel ziemlich abgefallen sei, obgleich man beim Inkrafttreten des BGB gerade besonders viel hinter ihm gesucht habe; seine Anwendung sei matt und überaus selten geblieben⁴⁴. Die Rechtsprechung hatte die Vorschrift von Anfang an eng ausgelegt und ließ die objektive Möglichkeit eines anderen Zwecks als den der bloßen Schädigung ganz weitgehend für eine rechtmäßige Rechtsausübung genügen⁴⁵.

Nicht nur in dieser Hinsicht blieb das Reichsgericht der eigenen Rechtsprechung vor 1900 treu. Obwohl sich die Regelungen des BGB nur schwer als Übernahme einer *exceptio doli generalis* im Sinne eines richterlichen Korrektivs ausdeuten ließen⁴⁶, griff das Reichsgericht bruchlos auf die eigene Rechtsprechung vor 1900⁴⁷ zurück. Es reaktivierte die gemeinrechtliche *exceptio doli generalis*, um subjektive Rechte zu beschränken. Eine erste Nennung brachte bereits ein Urteil vom 1.10.1902, daß von der „Einrede der Arglist“ sprach⁴⁸. Ab 1904 zeigt sich eine wachsende Zahl an Fällen, in denen sich das Reichsgericht auf das gemeinrechtliche Rechtsinstitut stützte. Bis 1923 konnte *Brenner* bereits 93 veröffentlichte Entscheidungen des Reichsgerichts zählen, die sich auf die *exceptio doli generalis* beriefen⁴⁹. Als dogmatische Begründung für die

17

Schikaneverbot des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Rostock 1903; *Bode*: Die sog. Schikane nach dem BGB, Dissertation Greifswald 1905; *Schneidler*: Das Schikaneverbot des § 226 BGB, in: Das Recht 1906, S. 603 ff.; v. *Zahn*: Zur Auslegung des § 226 BGB, in: Das Recht 1906, S. 847; *Martin*: Das Schikaneverbot im BGB, Dissertation Würzburg 1907; *Ketterer*: Das Schikaneverbot im BGB, Dissertation Leipzig 1907; *Trueb*: Der Rechtsmißbrauch (Schikane) im modernen Recht, unter besonderer Berücksichtigung des Art. 2, 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1909; insbesondere S. 90 ff.; *Huber*: Über den Rechtsmißbrauch, Dissertation Bern 1909; *Sippel*: Die Schikane im früheren und modernen Recht, unterbesonderer Berücksichtigung des § 226 BGB, Dissertation Marburg 1912; *Otto*: Zur Schikane, unter besonderer Berücksichtigung der Stellungnahme des BGB gegenüber einer mißbräuchlichen Ausübung einzelner Rechte, Dissertation Heidelberg 1913 (Referent: *Endemann*); *Hager*: Chikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte, München 1913; *Pape*: Mißbräuchliche Rechtsausübung aus Schikane nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches, Dissertation Erlangen 1919.

42 *Pape*, a.a.O., S. 11. Auf die inzwischen viel weitergehende Rechtsprechung ging er nicht ein.

43 So in: *Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht*, Berlin 1913, S. 9 und S. 40 f. Ähnlich schon in: *Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. 1, Berlin 1910, S. 127 f.

44 *Hedemann*: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht, Tübingen 1933, S. 7.

45 Anwendungsfälle: RGZ 61, S. 94 vom 6.6.1905; 65, S. 10 vom 10.12.1906; 96, S. 184 vom 27.6.1919; 120, S. 50 vom 24.1.1928; RG in Recht 1906, Nr. 1597. Eine erweiternde Ausnahme stellt RGZ 72, S. 251 ff. vom 3.12.1909 dar, hierzu *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 124. Zumeist wurde eine Anwendung der Vorschrift abgelehnt; beispielhaft: RGZ 68, S. 425 vom 26.5.1908; RG in Warn. Rspr. 1909, Nr. 69; RGZ 109, S. 77 vom 21.10.1924; 125, S. 119 vom 10.6.1929; weitere Nachweise bei *Johannsen* in RGRK, 12. Aufl., § 226, 5. sowie *Siebert* in *Soergel / Siebert*, 9. Aufl. 1959, § 226, 4). Die Rechtsprechung des ersten Jahrzehnts zu § 226 BGB findet sich bei *Kleinedamm*, in: DJZ 11, S. 147 und *Schleyer* in: DR 12, S. 8 aufgeführt.

46 So aber vor allem die umfangreiche Abhandlung von *Otto v. Wendt*: Die *exceptio doli generalis* im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, in: AcP 100 (1906), S. 1-417, hier 21 und passim.

47 Nachweise bei *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 82; Nennungen auch bei *Wendt* (wie Anm. 46), S. 19, 148 ff.; *Hedemann* (wie Anm. 44), S. 4 f. Insgesamt sehr viel seltenere Verwendung als nach 1900.

48 RGZ 52, S. 219.

49 *Brenner*: Die *exceptio doli generalis* in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Frankfurt a. M. 1926, S. 100 ff.

Übernahme zog es zunächst den diesbezüglich in seiner Entstehungsgeschichte unklaren § 242 BGB heran, um dann ein „allgemeines Prinzip“⁵⁰, zu statuieren, „daß jeder sein Tun und Lassen so einzurichten hat, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte fordern“⁵¹. Eine nähere Auseinandersetzung mit den durchaus vorhandenen⁵² Bedenken in der Literatur⁵³ erfolgte bis 1933 nicht.

Bald zeigte sich, daß die *exceptio doli generalis* keinen feststehenden Tatbestand mehr bot. Die Senate grenzten nicht sauber zur sog. *exceptio doli specialis* ab, die dogmatisch den *dolus praeteritus* vom *dolus praesens* der *exceptio doli generalis* unterschied. Unklar blieb, ob dem Wortlaut entsprechend eine Einrede vorzubringen war oder ob die Arglist von Amts wegen zu berücksichtigen war. Selbst letztere, die Arglist, wurde oftmals durch ein objektives, also freier richterlicher Wertung unterfallendes Kriterium ersetzt⁵⁴. Die Rechtsprechung bekannte sich schon 1914 zu einer allgemeinen Billigkeitskontrolle, die im konkreten Fall freilich schon früh weitgehend in den noch heute herangezogenen Fallgruppen verlief⁵⁵. RGZ 85, S. 108 ff. vom 26.5.1914⁵⁶ stellte jedoch das Selbstverständnis klar:

„Übrigens wäre es vergeblich und unrichtig, den Tatbestand der hier in Frage stehenden ... *exceptio doli generalis* im voraus abschließend kennzeichnen zu wollen. Denn die Würdigung dieser Einrede muß ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters überlassen bleiben. Ihre Zulassung oder Ablehnung kann immer nur aus den im voraus nicht übersehbaren individuellen Umständen des Einzelfalles gefolgert werden, die Grenzen lassen sich theoretisch überhaupt nicht ziehen.“

50 Zur Herausbildung *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 127 f.

51 RGZ 58, S. 428 vom 24.3.1904.

52 Kritisch etwa Rudolf *Henle*: *Treu und Glauben im Verkehr*, 1912, S. 3 ff. ; weitere Kritiker vor 1914 bei *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 112 ff.

53 In JW 1904, S. 69 ff. und RGZ 57, S. 376 ff. vom 24.3.1904 zieht das RG einzig die Untersuchung *Rehbein*: *Das BGB mit Erläuterungen* (1899), Bd. 1, S. 151, 399; Bd. 2, S. 13 heran. Ab 1933 taucht zunächst die Untersuchung *Gadows*: *Die Einrede der Arglist*; *Jherings Jahrbücher* 8 (1933), S. 174 ff. in den Urteilen auf. Bei beiden Autoren handelt es sich jedoch um Reichsgerichtsräte. Im übrigen verweist das Gericht auf eigene Urteile. Damit stimmt die Feststellung Rainer *Schröders* überein, welcher der Rechtsprechung schon bald nach 1900 weitgehende Autonomie vom wissenschaftlichen Diskurs bescheinigt, vgl. *Schröder*: *Die Entwicklung des Kartellrechts* (wie Anm. 4), S. 365.

54 Genauer zur insoweit schwankenden Rechtsprechung *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 134 ff.

55 Besonders *Verwirkung*, *Formmißbrauch* und *arglistige Herbeiführung der Verjährung* bilden bereits vor 1914 einen Kernbereich der Entscheidungen, vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 138 ff. Insofern decken sich meine Ergebnisse mit neueren Forschungen zur Richterrechtsfrage in Weimar, die zwar sprachliche Veränderungen im Urteilsstil zwischen Weimar und Kaiserreich feststellen, inhaltlich jedoch diesen Bekenntnissen nahezu keine praktische Wirksamkeit bescheinigen. Vielmehr bedienten sich die Gerichte seit 1900, spätestens seit 1914 einem überwiegend gleichbleibenden Instrumentarium, und freie richterliche Rechtsfortbildung beschränkt sich auf einen relativ kleinen Bereich echten „Krisenmanagements“; vgl. *Klemmer* (wie Anm. 2), S. 426 ff. , 430 passim; *Nörr* (wie Anm. 2), S. 21 ff. , 27 ff. weist nach, daß es das vom Richterverein postulierte richterliche Prüfungsrecht in Weimar praktisch nicht gegeben hat und spricht in diesem Zusammenhang sogar von einer „richterlichen Selbstbeschränkung“. Der tiefere Einschnitt in Methode und Dogmatik kommt m.E. erst 1933.

56 „*Branntweinschmuggel-Fall*“, hierzu auch *Klemmer*(wie Anm. 2), S. 362 ff.

III. Das Vorgehen der Rechtsprechung im Spiegel der Rechtswissenschaft Weimars

1. Sammeln und Ordnen: Die Lehrbücher und Kommentare

Die Literatur Weimars tat sich mit der dogmatischen und rechtstheoretischen Einordnung dieses Phänomens schwer. Weder die Lehrbuchliteratur noch die immer mehr an Bedeutung gewinnenden Kommentare hatten der vorpreschenden Rechtsprechung bedeutsame Alternativkonzeptionen entgegenzusetzen. Betrachtet man zunächst die Lehrbücher⁵⁷, so fällt auf, daß viele Standardwerke die Entwicklung weitgehend auf ihre ständig anwachsenden Fußnotenapparate verlagert hatten und ihre eigenen Vorkriegskonzeptionen nahezu unverändert ließen. So blieb das Werk A. v. *Thurs* seit 1910 unverändert und auch das führende Lehrbuch zum Allgemeinen Teil von *Enneccerus* blieb in den hier interessierenden Passagen weitgehend auf dem Stand der 6. Aufl. aus dem Jahr 1913⁵⁸. Ähnlich ging es den führenden Kommentaren, die zwar zunehmend eine Sammlungs- und Bündelungsfunktion für die Rechtsprechung wahrnahmen, jedoch kaum Eigenkonzeptionen entwickelten⁵⁹. So stellte die 9. Aufl. des *Staudinger* (1925/1930), sei es in der Kommentierung *Riezlers* zu § 226 BGB oder *Webers* zu § 242 BGB, sehr dürftig Ausführungen zu methodischen oder rechtstheoretischen Fragestellungen bei der Anwendung der Arglistenrede einer umfangreichen Fallgruppenbildung gegenüber. *Riezlers* allgemeine Ausführungen zum Rechtsmißbrauch glichen dabei seinen aus der 3./4. Auflage des *Staudinger* (1907)⁶⁰. *Warneyers*⁶¹ Kommentar zeichnete lediglich den Weg der Rechtsprechung nach. Gleiches galt für das 1930 erschienene Handbuch Max *Hamburgers*⁶², das erstmals die gesamte Rechtsprechung zu § 242 BGB systematisierte und versuchte, die dahinterstehenden Grundgedanken herauszuarbeiten. Zwar schlug er eine neue Wortwahl (Einwand der Unvereinbarkeit⁶³) vor, folgte im übrigen jedoch ausschließlich der

20

57 Zum gleichen Ergebnis kommt bereits *Brenner* (wie Anm. 49), S. 4. Dieses Ergebnis wird von der rechtshistorischen Forschung auf das gesamte Zivilrecht erweitert. So bezeichnet *Nörr* (wie Anm. 1), S. 52, die damaligen Lehrbücher als „eingesponnen und zeitfremd“ und kommt zu dem Ergebnis: „So hatten die Lehrbücher den Kontakt zur Rechtswirklichkeit ihrer Zeit in weitem Umfang verloren“. Ähnlich weist auch *Kroeschell*: Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, S. 49 ff. der Rechtsprechung die Leitfunktion zu.

58 *Enneccerus*: AT, 6. Aufl. 1913, § 208 III; dennoch ist es dieses Lehrbuch, welches durch die fortschreitenden Auflagen und den akribischen Apparat den wohl besten Überblick über die Entwicklungen in diesem Bereich bietet. *Nipperdey* übernahm die Bearbeitung nach dem Tode von *Enneccerus* 1928 erst im Jahr 1931.

59 Eine deutliche Ausnahme dieser Tendenz macht der Kommentar *Oertmanns*, in seiner 3. Aufl. aus dem Jahr 1927. Vor allem in der Vorbemerkung zu § 194 (B 3 b) finden sich umfangreiche Ausführungen zu den methodischen und theoretischen Schwerpunkten der Problematik.

60 *Riezler* in *Staudinger*, 3./4. Aufl. 1907, § 226.

61 *Warneyer*: Kommentar, 2. Auflage 1930, §§ 226, V., 242 IV., 826 VI.

62 *Hamburger*: Treu und Glauben im Verkehr, München und Berlin 1930.

63 A.a.O., S. 19, 100.

Fallgruppenbetrachtung⁶⁴.

Die jüngere Lehrbuchgeneration konnte diese Lücke im hier untersuchten Bereich nicht schließen. Das 1929 erschienene Lehrbuch von Franz *Leonhard*⁶⁵, verneinte jedes Recht der Judikative, die *exceptio doli* zur Einschränkung formellen Rechts zu benutzen. Diese Ansicht stand somit weiterhin auf dem Streitstand der Jahrhundertwende und negierte eine fast 30-jährige Rechtsprechung, die sich mit derartigen Einwendungen gar nicht mehr auseinandersetzte. Ebenso stand es um das Schuldrechtslehrbuch von Hugo *Kress*, erschienen ebenfalls im Jahr 1929⁶⁶, der die *exceptio doli generalis* in einer einzigen Fußnote für das geltende Recht verwarf. Keiner der hierbei von ihm herangezogenen Beiträge datierte nach 1910! Soweit ersichtlich, war es im Lehrbuchbereich vor allem Philip *Heck*, der in seinen Lehrbüchern⁶⁷ mit seiner Interessenlehre eine auf die Entwicklung der Rechtsprechung zugeschnittene und einzelne Schrankenbestimmung übergreifende Lehre anbot. Die Behandlung der Rechtsmißbrauchsproblematik war aber eigentlich nur ein Nebenprodukt seiner Interessenlehre und wurde nicht besonders hervorgehoben⁶⁸.

21

Hat man die Entwicklung im späten Kaiserreich im Auge, so liegt es nahe, die monographische Behandlung der Problematik in der Literatur um das sog. Freirecht zu suchen. Die im einzelnen sehr heterogene Rechtsschule, die im breiten Spektrum zwischen Methodenbewußtsein und dem Erkennen realer sozialer und wirtschaftlicher Anforderungen an das neue Gesetzbuch vor dem ersten Weltkrieg gefordert hatte, dem Richter offen mehr Spielraum einzuräumen, wurde in der rechtswissenschaftlichen Diskussion Weimars jedoch an den Rand gedrängt. Nach *Nörr* lag dies u.a. daran, daß das „Bedürfnis, die Ideen des Freirechts zu propagieren“, angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung zurücktrat⁶⁹. Dies deckt sich mit der spätestens in den dreißiger Jahren auftretenden „Krisenstimmung“⁷⁰ in der Privatrechtswissenschaft, die sich zunehmend von einer Billigkeitsrechtsprechung bedroht sah und in der politisch sensiblen Schrift *Hedemanns*: „Die Flucht in die Generalklauseln“ aus dem Jahr 1933⁷¹ beredten Ausdruck fand. Es paßt in diese Entwicklung, daß „Freirecht“ in den zwanziger Jahren nicht nur abgelehnt wird, sondern oftmals geradezu als Feindbild erscheint. Schon vor 1914 waren die Freirechtler zunehmend in die Defensive geraten⁷². Für die Zeit nach 1918 hat

22

64 Damit lag es durchaus im Trend der Zeit, vgl. unten zu *Brenner*.

65 *Leonhard*: Allgemeines Schuldrecht des BGB, München-Leipzig 1929, S. 70.

66 *Kress*: Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929, S. 378 Anm. 17.

67 *Heck*: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930; *ders.*: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

68 Auch *Heck* zog als gesetzliche Verankerung der Rechtsmißbrauchsbekämpfung die §§ 826, 242 BGB heran. In seinem Schuldrechtslehrbuch aus dem Jahr 1929 hielt er auch die *exceptio doli generalis* als „Parallele“ aus dem römischen Recht für ein „geeignetes Mittel der Veranschaulichung“ (s.13).

69 *Nörr* (wie Anm. 1), S. 33.

70 Dazu auch *Kroeschell* (wie Anm. 1), S. 49 ff.

71 (wie Anm. 44). Noch frei von nationalsozialistischen Einflüssen.

72 Rainer *Schröder*: Zur Methodendiskussion (wie Anm. 5), S. 346.

Roßmanith auf den Wandel der politischen Rahmenbedingungen der Debatte hingewiesen⁷³. Die Fronten hatten sich verschoben. Während vor 1914 die politisch zumeist linksstehenden⁷⁴ bekennenden Freirechtler daran interessiert waren, die Richter in „voller Kenntnis der sozialen Funktionen jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkungen ihrer Entscheidung“ urteilen zu wissen⁷⁵, war es nun beispielsweise der alte Freirechtler Ernst *Fuchs*⁷⁶, der die neue Verfassung einer „weltgeschichtlichen Staatsumwälzung“ verteidigte und gegen „reaktionäre theoretische Anarchisten“ (gemeint war *Marschall von Bieberstein*⁷⁷) Front machte. Viele der alten Freirechtler hatten zum demokratischen Gesetzgeber ein positives Verhältnis und gerieten wohl auch deshalb in die Kritik der nun verstärkt „antidemokratisch“ ausgerichteten Teile der Rechtswissenschaft. Doch wird sich dies nicht verallgemeinern lassen.

Auffallend ist in jedem Fall, daß die Tatsache mehr oder weniger bewußter Rechtsfortbildung durch den Richter ab 1918 kaum noch in Frage gestellt wird. In den von mir untersuchten Schriften bestand weitgehend Einigkeit darüber, daß gesetzlich zugesprochene Rechte einer richterlichen Beschränkung bedurften, wenn „die Geltendmachung des formell bestehenden Anspruchs dem Rechtsgefühl oder Treu und Glauben widerstritt.“⁷⁸ Die inhaltlichen Unterschiede zu Ansichten zentraler Freirechtler waren geringer als dies der äußere Gang der Argumente vermuten ließ. Es wirkte kaum überzeugend, wenn *Enneccerus/Nipperdey* in enger Anlehnung an die Terminologie des Reichsgerichts ausführten, die *exceptio doli generalis* habe mit Freirecht nichts zu tun, da sich der Richter nicht über das Gesetz stelle, sondern nur bestrebt sei, „einen überall in dem Gesetz hervortretenden Grundgedanken in einer dem Sinne des Gesetzes entsprechende Weise auszugestalten“⁷⁹. Die Rechtsprechung war auch hier deutlicher. Ansichten wie die *Henles*⁸⁰, der 1912 im Zusammenhang mit der *exceptio doli generalis* von einer „unheilvollen Seuche“ gesprochen hatte, die nichts weiter sei als ein „Abfall der Rechtsprechung vom Gesetz“, erlangten in Weimar jedenfalls keine Bedeutung mehr.

Ab Mitte der zwanziger Jahre versuchte man das Phänomen im wesentlichen durch drei Vorschläge für die Rechtswissenschaft zurückzugewinnen. Diese sollen im folgenden eine nähere Untersuchung erfahren.

73 *Roßmanith* (wie Anm. 4), S. 122 f.; auch *Nörr* (wie Anm. 2), S. 5 ff. stellt diese Zusammenhänge heraus.

74 Hierzu *Lombardi* (wie Anm. 5): *Geschichte des Freirechts*, S. 41; *Foulkes* (wie Anm. 5), S. 237 ff.

75 *Kantorowicz* alias *Gnaeus Flavius*: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1906, S. 46.

76 *Fuchs*: *Was will die Freirechtsschule*, Rudolfstadt 1929, S. 37 ff.

77 Dessen Vortrag: *Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze*, Stuttgart 1927, der in der Literatur breit diskutiert wurde.

78 *Enneccerus/Nipperdey*: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1: *Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. Marburg 1931, § 208 III, S. 696.

79 A.a.O., S. 696 Anm. 8.

80 *Henle* (wie Anm. 52), S. 3 ff.

2. Rückführung auf dogmatische Figuren: Willi Brenner 1926

Der naheliegendste Ansatz war die Rückführung der *exceptio doli generalis* auf klassische dogmatische Grundfiguren. Diesen Weg beschritt Willi Brenner in einer vielbeachteten Dissertation aus dem Jahr 1926⁸¹. 25

Zeittypisch stellte Brenner das Erfordernis „freier Richtertätigkeit“ nicht grundsätzlich in Frage, der Gesetzgeber sei „nicht allwissend“. Zu eng gefaßte Vorschriften müßten vom Richter erweiternd, zu weit gefaßte einschränkend ausgelegt werden. Bei nicht vorausgesehenen Tatbeständen müsse der Richter das „Recht frei finden“⁸². Es gehe nicht um das „Ob“, sondern um das „Wie“ freier Richtertätigkeit. Den auch wer diese bejahe, müsse anerkennen, daß eine „lediglich aberkennende und auf Einzelfälle beschränkte freie Richtertätigkeit ... Unübersichtlichkeit und Rechtsunsicherheit“ herbeiführe. Brenner ging es darum, den „Deckmantel“ der *exceptio doli generalis* zu durchschneiden und der „kasuistischen Rechtsfindung“ eine „konstruktive Rechtsfindung“ entgegenzusetzen⁸³. 26

Eine genaue Untersuchung aller zur *exceptio doli generalis* ergangenen Entscheidungen führte Brenner dazu, dieser einen eigenen Rechtssatzwert abzusprechen⁸⁴. Dahinter verdecke sich Gesetzesauslegung, Rechtsgeschäftsauslegung und Rechtsfindung⁸⁵. Unter diesen Ordnungsgesichtspunkten versuchte Brenner nun, die Entscheidungen an die Dogmatik rückzubinden. Er schlug Analogien und faßbare Auslegungsgrundsätze vor und hob die jeweils entscheidungstragenden Kriterien hervor. Brenner machte damit deutlich, daß hinter der *exceptio doli generalis* eine an einzelnen Anwendungsfällen orientierte Rechtsprechung stand, die von diesem übergreifenden Rechtsinstitut nicht mehr greifbar war. Stoll hob in einer zustimmenden Besprechung hervor, daß unter dem Namen der *exceptio doli* „allmählich verschiedenartige Rechtsprinzipien“ heranwüchsen⁸⁶ und forderte, die Eigenheiten der jeweiligen Fallgruppen stärker zu erfassen. Im Kontext der Arbeit Brenners setzten derartige Versuche nun sprunghaft ein. In reger Dissertationstätigkeit wurden Unterfälle wie die Verwirkung⁸⁷, oder die 27

81 Brenner (wie Anm. 49). Betreuer war Friedrich Klausning, Korreferent war Hans Lewald; zur Wirkung auch Stoll, in JW 1927, S. 2118.

82 Brenner (wie Anm. 49), S. 1.

83 Brenner (wie Anm. 49), S. 2.

84 Ebenso den Parömien „venire contra factum proprium“ und „dolo agit qui petit quod statim redditurus est“ (a.a.O., S. 38 ff., 93 ff.). Dies wird von der jüngeren Forschung geteilt, vgl. zu Ersterer Singer: Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, S. 352 ff.

85 Brenner (wie Anm. 49), S. 97 ff. und passim.

86 Stoll (wie Anm. 81), S. 2118.

87 Endemann: Die Verschweigung des Aufwertungsanspruchs, in: DJZ 1928, S. 692 ff.; Hamburger: Zum Begriff der Verwirkung, in: LZ 1928, S. 1588 ff.; Heinemann: Die Verwirkung als Rechtsvernichtungsgrund, in: LZ 1928, S. 935 ff.; Lenz: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruchs, in: DJZ, S. 1188 ff.; Reimer: Die Gefahr des „langen Zuwartens“ für den Anspruchsberechtigten im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, in JW 1928, S. 2064 ff.; Siebert: Die Verwirkung des Aufwertungsanspruches, in: DJZ 1928, S. 1542 f.; Roth: Zur Verwirkung des Aufwertungsanspruches, in: JW 1928, S. 1335 ff.; Sonntag: Gibt es eine Verwirkung des

arglistige Berufung auf Formnichtigkeit, Verjährung oder Rechtskraft⁸⁸ einzeln untersucht.

3. Sozial - Dynamisch - Wirklich: Franz Gerd Oppenheimer 1930

Jenseits dogmatischer Fragestellungen näherte sich *Oppenheimer* in einer ursprünglich zweiteilig⁸⁹ angelegten Dissertation der Thematik. Wie in einem Brennglas faßte er dabei die rechtspolitischen Strömungen in weiten Teilen der Privatrechtswissenschaft Weimars zusammen. 28

Im Gegensatz zu *Brenner* ging es *Oppenheimer* nicht primär um die Frage der Rechtssicherheit, sondern allgemein um „Gerechtigkeit“. Er beklagt eine Zunahme von Fällen, „in denen die Durchsetzung von gesetzlich verliehenen oder anerkannten Rechten zu Entscheidungen führt, die ungerecht erscheinen und mit höheren Normen des sozialen Lebens, der Wirtschaftlichkeit oder der Moral nicht zu vereinigen sind.“⁹⁰ Um Abhilfe zu schaffen, bedürfe es einer „allgemeinen rechtsphilosophische[n] Grundlegung“ auf rechtsvergleichender Grundlage⁹¹. Zugrunde lag die „Hypothese eines einheitlichen Rechts aller Kulturvölker“, und insbesondere die französische Diskussion wurde von ihm wiederholt herangezogen⁹². 29

Der Ursprung des Rechts lag für *Oppenheimer* in der allgemeinen Rechtsüberzeugung, 30

Aufwertungsanspruchs ?, in: JR 1928, S. 81 ff. ; *ders.*: Die Einrede der Verwirkung im Aufwertungsrecht, in: JR 1928, S. 868 ff. ; *Gottschalk*: Die sogenannte Verwirkung des Anspruchs im gewerblichen Rechtsschutz, in: GRUR 1930, S. 1 ff. ; *Herzog*: Verwirkung, Ersetzung und Verarbeitung im Firmen- und Warenzeichenrecht, MuW 1930, S. 353 ff. ; *Mügel*: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Verwirkung von Aufwertungsansprüchen, in: JW 1930, S. 1042 ff. ; *Nölting-Hauff*: Verwirkungsdämmerung, in: GRUR 1932, S. 1088 ff. Folge war eine ganze Reihe von Dissertationen zu diesem Bereich: *Stöcks*: Verwirkung und Verbot gegensätzlichen Verhaltens, Dissertation Köln 1933; *Rocholl*: Die Verwirkung, Dissertation Marburg 1933; *Meyer*: Die Verwirkung im Wettbewerbsrecht, Dissertation Köln 1932; *Makulik*: Die Verwirkung im Arbeitsrecht, Dissertation Köln 1933 und *Hermann Krauses*: Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg 1933 (vgl. dessen Rezension von *Sieberts*: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, in: DJZ 1935, S. 110).

88 Arglistige Berufung auf Formnichtigkeit: *Siber*: Die reichsgerichtliche Praxis im deutschen Rechtsleben, in: RG Festschrift (1929), Bd. III, S. 376 ff. ; *Gottschalk*: Zum juristischen Problem der Form, in: JR 1925, S. 305 ff. ; *Simonsen*: Einwand der Arglist gegenüber der Berufung auf Unwirksamkeit des Vertrages wegen Formmangel, in: Deutsche Steuerzeitung 1926, S. 931; *Stoll*, in: JW 1927, S. 2118; 1928, S. 2318; 1930, S. 2447; *Strauch*: Zur Einrede der Unsittlichkeit bei Schwarzkäufen, in: LZ 1926, S. 525 ff. Auch in diesem Bereich umfangreiche Dissertationstätigkeit: *Bergdolt*: Arglistige Berufung auf Formnichtigkeit nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Dissertation Köln 1929; *Jacoby*: Der Einwand der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf Formmängel von Rechtsgeschäften, Dissertation Königsberg 1928; *Kramer*: Schadensersatz bei nichtigen Verträgen, Dissertation Göttingen 1925; *Rahn*: Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Dissertation Tübingen 1927. Weniger im Rampenlicht die Fälle arglistiger Berufung auf die Verjährung: *Lehnert*: Arglist und Verjährung, Dissertation Breslau 1928 und die arglistige Urteilserschleichung: Nachweise hierzu bei *Dickhuth-Harrach*: „Gerechtigkeit statt Formalismus“. Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Urteilspraxis, Köln-Berlin-Bonn-München 1986, S. XXI ff.

89 *Oppenheimer*: Der Gesetzesmißbrauch, Dissertation Köln 1930, der zweite Teil ist, soweit ersichtlich, nie erschienen. Betreuer war H.C. *Nipperdey*, Korreferent Heinrich Lehmann.

90 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 15.

91 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 18.

92 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), vor allem S. 94-117.

diese verstanden als „Kollektivsubjektivismus“, also als „Bewußtseinsvorgang“, keineswegs bloßer „Gefühlsvorgang“⁹³. Dieses Urteil werde von der ganzen Gemeinschaft oder ihrem überwiegenden Teil gegeben. Die Aufgabe des Richters wurde so von Subjektivismen einerseits aber wohl auch bloß zählender Empirie andererseits befreit. Ohne direkte Bezüge klang bei Oppenheimer der metaphysisch ausgerichtete Rechtsfindungsprozeß der historischen Schule durch: Der Richter habe Recht zu „bezeugen“, nicht zu „erzeugen“⁹⁴.

Oppenheimer ging davon aus, daß das Gesetz in der Rechtsquellenlehre unter „dem Recht“ stehe⁹⁵. Dennoch gäbe es, in terminologischer Anlehnung an den gleichnamigen Vortrag *Marschall v. Biebersteins*⁹⁶, momentan einen „Kampf des Rechts gegen die Gesetze“⁹⁷. Diesen einzudämmen erschien zunächst als methodisches Problem. Scharf distanzierte sich Oppenheimer von der „Einstellung der Freirechtsschule“:

„Die freie Möglichkeit contra legem, d.h. gegen den eindeutigen, klar festgelegten Befehl des Gesetzes zu entscheiden, würde zur Anarchie führen ... wäre Rechtsbruch.“⁹⁸.

Dennoch entschied er sich für den Richter als Ausgleichsorgan. Ziel sei es, „die Gesetzesanwendung und Gesetzesauslegung mit dem Geiste des *außerpositiven* und des Volksrechts zu durchdringen. Es handelt sich also hier nicht um die Schaffung neuer Gesetze, sondern um eine neue, daß heißt, eine dem jeweiligen außerpositiven Recht entsprechende Auslegung des Gesetzes.“⁹⁹ „Auslegung“ hieß für ihn genau genommen zunächst Begriffswandel. Oppenheimer „positivierte“ das „Recht“ und machte es zum Inhalt des Gesetzes. Hierzu bediente er sich des alten Gedankens der Innenschranken der Rechte und griff insbesondere auf die dahin zielenden Äußerungen *Gierkes* und *Duguits* zurück¹⁰⁰. Durch die inhaltlich Bindung jedes Gesetzes an das „Recht“ erreichte Oppenheimer für das subjektive Recht eine „Relativität der Rechte“. Um ein subjektives Recht inhaltlich zu verändern, sei es nicht nötig, die „nach alter Anschauung erlassenen Gesetze“ zu berichtigen, vielmehr sei dies ein „im Eigenleben des Gesetzes automatisch

93 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 24.

94 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 25; lebensphilosophische Bezüge bleiben dabei blaß. Kategorial läßt sich *Oppenheimer* jedoch der von *Rückert*: Richtertum als Organ des Rechtsgeistes (wie Anm. 2), S. 279 herangezogenen großen Gruppe der transpersonalen Modelle unterordnen.

95 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 27.

96 Stuttgart 1927. Die in Freiburg 1927 gehaltene Festrede zum Gedächtnis der Reichsgründung brachte ihm wegen der Angriffe gegen die „Usurpatoren Ebert, Haase und Genossen“ einen ministerialen Verweis ein, so *Roßmanith* (wie Anm. 4), S. 124 Anm. 203.

97 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 29 ff.

98 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 31.

99 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 32; Hervorhebung von mir.

100 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 42 f.; weitere Bezug auf die interessante, bereits 1904 in Wien erschienene Schrift von *Mauczka*: Der Rechtsgrund des Schadensersatzes außerhalb bestehender Schuldverhältnisse, S. 84 ff. Zur Geschichte dieser im weiteren „*Innentheorie*“ genannten Vorstellung *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 56 ff., 147 ff., 290 ff.

mit der Rechtsentwicklung sich vollziehender Vorgang¹⁰¹. Gesetzgeber sei „in Wirklichkeit nicht der Redaktor des betreffenden Gesetzes, noch derjenige, auf dessen Initiative das Gesetz zurückgeht, sondern die allgemeine Rechtsüberzeugung.“¹⁰².

Den Inhalt dieser damit Gesetz gewordenen „Rechtsüberzeugung“ umschrieb Oppenheimer lediglich vage: sie sei „antiindividualistisch“¹⁰³, das subjektive Recht daher nicht „reine Befugnis“¹⁰⁴ und somit Ausdruck der „absterbenden Auffassung“ des „statischen“¹⁰⁵ römischen Rechts¹⁰⁶. Vielmehr lebe in ihm der „altgermanische Gedanke, daß jedes Recht eine Schranke in sich trage ... die sich nach Zweck, Bedürfnis und Interesse des sozialen Verbandslebens richte“¹⁰⁷. Damit sei die neue Rechtsanschauung „sozialistisch-dynamisch“¹⁰⁸. Über den heutigen Leser der Arbeit ergießen sich hier viele zentrale Chiffren der damaligen Diskussion, eine Vielzahl von „Vordenkern“ ließe sich hier anführen, für das 19. Jahrhundert etwa *Savigny*¹⁰⁹, *Puchta*, *Beseler*, *Jhering* oder *Gierke*¹¹⁰. Doch ist dabei zu bedenken, daß die Nutzung dieser „Vordenker“ überaus synkretistisch erfolgt. Oppenheimers Verwendungen von Philosophie und Soziologie, seine Anlehnungen an die Naturwissenschaft¹¹¹, am wenigsten wohl seine Ausflüge in die Rechtsvergleichung, sind zumeist verkürzt und fast schlagwortartig. Teilweise fühlt man sich geradezu an *Tucholsky* erinnert, der im gleichen Jahr allgemein die deutsche Literatur beklagte, neuerdings würden „ganze Fachterminologien“ aufgeboten, „um den Herrn Autor als einen in allen Fakultäten bewanderten Mann dastehen zu lassen“ und von einem „Magnesium-Blitzlicht einer falschen Bildung“ sprach¹¹². Klarere Konturen gewinnt die Konzeption durch den zeitlichen Kontext, in dem sich seine Schrift bewegt.

34

101 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 46.

102 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 45.

103 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 32.

104 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 42.

105 Dieses Begriffspaar findet sich im 19. Jahrhundert etwa bereits bei Auguste *Comte*, später bei Henri *Bergsson*. Den größten Einfluß hatte hier aber wohl Oswald *Spengler*, der diese Unterscheidung seinen rechtlichen Betrachtungen in Bd. II seines „Untergang des Abendlandes“, München 1922, S. 69 ff., 97 f. zugrundelegt. Er erlebte mit diesem Hauptwerk allein bis 1924 50 Auflagen und wurde auch in der Rechtswissenschaft breit diskutiert, vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 174 Anm. 625.

106 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 37.

107 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 42.

108 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 43.

109 Dazu *Rückert*: Das „gesunde Volksempfinden“ - eine Erbschaft Savignys, in: ZRG GA 103 (1986), S. 199 f.

110 Zum in den zwanziger Jahren besonders bei Gierke angesiedelten Gegensatzpaar individualistisch-romanistisch und germanisch-sozial *Kroeschell*: Zur Lehre vom „germanischen Eigentumsbegriff“, in: Festschrift für Hans *Thieme* zum 70. Geburtstag, Wien 1977, S. 34 ff.; vertiefend *Luig*: Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in: *Rückert/Willoweit*: Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, Tübingen 1995, S. 95 ff.; *Gamauf*: Die Kritik am Römischen Recht im 19. und 20. Jahrhundert, in: *Orbis Juris Romani* II (1996), S. 33 ff., S. 48 ff. m.w.N.

111 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 29: „Arbeit ist das Produkt aus Kraft mal Weg ... Der Weg, das ist der Weg vom außerpositiven Recht zum positiven Recht“.

112 *Tucholsky*: Ein Deutschland-Buch, in: *Gesammelte Werke* Bd. 8, Hamburg 1989, S. 223.

Fast Allgemeingut der damaligen Debatte ist seine Gegenüberstellung von Recht und Gesetz. Mit dieser „beliebte[n] alt-neuen Formel“¹¹³ lag Oppenheimer im Kontext des etwa im Staatsrecht auf den berühmten Staatsrechtslehrertagungen in der Mitte der zwanziger Jahre aufsehenerregenden Richtungs- und Methodenstreits¹¹⁴. Auch im Zivilrecht nahm diese Frage breiten Raum ein. In den konservativen Teilen der Privatrechtswissenschaft mehrten sich Forderungen nach einer „Intensivierung des Rechtlichen gegenüber dem ... Juristischen“¹¹⁵. Die zumeist politischen, bisweilen¹¹⁶ antidemokratischen Implikationen dieser Haltung machte Wilhelm *Glugler* 1929 deutlich: „Wir suchen im geltenden Recht das richtige Recht und, wo wir es nicht finden, schaffen wir es.“¹¹⁷

35

Ganz zeittypisch ist auch Oppenheimers Rechtsbegriff. Dieser, also der eigentliche materielle Inhalt, mit dem Oppenheimer die Rechtsordnung durchdringen wollte, bleibt im einzelnen unklar. Dies ist generell für die metaphysische Ausrichtung eines Rechtsbegriffs nicht ungewöhnlich. Wichtig ist jedoch, daß Oppenheimer den Inhalt seiner Rechtsidee mit einem zentralen Schlagwort der Zeit¹¹⁸ umschrieb: sein Recht war „sozial“. Als Gewährsmann zog er seinen Lehrer *H. C. Nipperdey* heran. Dieser hatte bereits 1920 in seiner berühmten Schrift „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag“ die „Zurückdrängung der durch die Privatrechtsordnung gewährleisteten und geschützten Interessen des einzelnen Rechtsgenossen zu Gunsten der Gesamtheit“ gefordert¹¹⁹. Mit weiteren Zitationen von *Wertheimer*¹²⁰ und *Gutzwiller*¹²¹ bekamen seine Forderungen einen konservativ-nationalen Anstrich und erinnerten an die vielschichtigen Versuche, einen „nationalen Sozialismus“¹²² zu kreieren. Doch blieb seine soziale Ausrichtung letztlich schillernd. „Soziale“ Forderungen durchzogen das gesamte politische Spektrum.

36

113 *Rückert*: Richtertum als Organ des Rechtsgeistes (wie Anm. 2), S. 267 ff. , 281 Anm. 56. R. benennt für Weimar *Triepel* im Jahr 1923 als Urheber.

114 Hierzu noch immer grundlegend *Sontheimer* (wie Anm. 3).

115 *Gutzwiller*: Gegenwart und Zukunft der Privatrechtswissenschaft, Tübingen 1927, S 16; ähnlich *Wertheimer*: Entwicklungstendenzen im Deutschen Privatrechte, Tübingen 1928, S. 10 ff.

116 *Rückert*: Richtertum als Organ des Rechtsgeistes (wie Anm. 2), S. 280 verweist auf bisweilen „basisdemokratische“ Züge dieser Position.

117 *Glugler*: Rechtsschoepfung und Rechtsgestaltung, hier zitiert nach 4. Aufl. München 1931, S. 81 (keine Bezugnahme bei „richtiges Recht“ auf Stammler (auch inhaltlich keine Berührung). *Glugler* geht ebenfalls vom Privatrecht in seinen ansonsten methodischen Überlegungen aus. In wie weiten Teilen der Rechtswissenschaft er damit auf Zustimmung stieß, zeigen die im Anhang zur 4. Aufl. auszugsweise abgedruckten Rezensionen.

118 Diskutiert bereits seit etwa den dreißiger Jahren des 19. Jahrhunderts, vgl. *Luig* (wie Anm. 110), S. 109 ff. Zu beachten sind auch hier die wechselnden politischen Forderungen, die mit dem Ruf nach einem „sozialen“ Recht verbunden wurden.

119 *H. C. Nipperdey*: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920, S. 2.

120 *Wertheimer* (wie Anm. 115); vgl. bes.s.32 ff.

121 *Gutzwiller* (wie Anm. 115); vgl. bes.s.11 ff.

122 Ideengeschichtlich hierzu jüngst *Werth*: Sozialismus und Nation. Die deutsche Ideologiediskussion zwischen 1918 und 1945, Wiesbaden 1996 sowie *Schieder*: Art. Sozialismus, in: *Brunner, Conze u. Kosselleck*: Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 5, Stuttgart 1984, S. 994 ff.

Sie spiegelten sich in der starken Rezeption der Gedankengänge *Gierkes*¹²³ und im „Kollektivmenschen“ des Sozialdemokraten *Radbruch* ebenso wieder¹²⁴ wie in Punkt 19 des Parteiprogramms des NSDAP aus dem Jahr 1919¹²⁵, der ein „deutsches Gemeinrecht“ forderte. Lagen zwischen den konkreten Folgerungen hieraus auch Welten, so konnte Oppenheimer mit dem allgemeinen Postulat doch auf breite Anerkennung hoffen.

In methodischer Hinsicht war seine Ergebnisse deutlicher. Oppenheimer stellte zu Recht heraus, daß der Gedanke der Innentheorie mit seiner Lehre erstmals praktische Bedeutung erlangte¹²⁶. Sein Ansatz beinhaltete eine Aufforderung an den Richter, das gesetzliche Recht mittels der von ihm „erkannten“ Rechtsidee zu beeinflussen. Es ist bemerkenswert, daß der Gesetzgeber dabei unbeteiligt bleiben sollte, ja noch nicht einmal der legislative Nachvollzug gewandelter Anschauungen gefordert wurde. Augenscheinlich hielt Oppenheimer den Richterstand für vertrauenswürdiger als die wechselnden Mehrheitsverhältnisse in der Legislative.

37

4. Interessenorientierte Auslegung: Hermann Rüdý 1934

Die Dissertation *Rüdýs* aus dem Jahr 1934 vertrat einen an traditionellen Forderungen der Interessenjurisprudenz orientierten Ansatz. Betreuer der Arbeit war Rudolf *Müller-Erbach*, der sich zu diesem Zeitpunkt noch zur Interessenjurisprudenz bekannte, in den Folgejahren jedoch begann, seine erweiternde Konzeption, das „kausale Rechtsdenken“, zu entwickeln¹²⁷. Rüdý baute auf den Gedanken *Müller-Erbachs* auf, dem 1932 nur die Rechtsausübung schützenswert erschienen war, „welche die Interessen verfolgt, die gerade das Gesetz, indem es jenes Recht geschaffen hat, unter seinen Schutz genommen hat.“¹²⁸. Rüdý wandte sich daher gegen die Anwendung der Generalklauseln und forderte statt dessen die „schärfere Erfassung des Einzelrechts“¹²⁹. Genauer als *Oppenheimer*

38

123 Nachweise bei *Janssen*: Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft (Göttinger Studien zur Rechtsgeschichte, Bd. 8), Göttingen- Frankfurt a. M. -Zürich 1974, S. 2.

124 *Radbruch*: Der Mensch im Recht (1927) in: Der Mensch im Recht, 3. Aufl. Göttingen 1969, S. 9 ff. ; hierzu *Nörr* (wie Anm. 1), S. 3 f. Gleiche Tendenz in *Radbruchs* Aufsatz „Vom individualistischen zum sozialen Recht“ aus dem Jahr 1930, abgedruckt in: Der Mensch im Recht, S. 35-50. Die Umsetzung seiner Sozialisierungsforderungen oblag für *Radbruch* jedoch einzig dem Gesetzgeber (so explizit in a.a.O., 1927: „Der Gesetzgeber steht immer bereit, um sozialen Gruppen, die von ihren Rechten nicht den pflichtgemäßem Gebrauch machen, diese mißbrauchten Rechte zu entziehen.“ Ähnlich, *ders.*, a.a.O., 1930, S. 41: „...tatbereite Gesetzgebung...“).

125 Punkt 19 des Parteiprogramms; abgedruckt in: *Mommsen* (Hg.): Deutsche Parteiprogramme, in: Deutsches Handbuch der Politik, Bd. 1, 2. Aufl. 1964, S. 547. Zur Entstehungsgeschichte dieses Punktes: *Landau*: Römisches Recht und deutsches Gemeinrecht. Zur rechtspolitischen Zielsetzung im nationalsozialistischen Parteiprogramm, in: *Stolleis* u. *Simon*: Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus (wie Anm. 4), S. 11 ff.

126 *Oppenheimer* (wie Anm. 89), S. 43 (zum *Terminus* oben Anm. 100). Die Möglichkeit, mittels der Innentheorie eine Rechtsordnung umzugestalten, wurden von *Gierke* nicht erkannt. Seine Innentheorie blieb Aufforderung an die Legislative, vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 290 ff. mit Anm. 1082.

127 Hierzu *Knauth*: Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie, Berlin 1967, S. 11 ff. , 101 ff.

128 *Müller-Erbach*: Wohin führt die Interessenjurisprudenz. Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, Tübingen 1932, S. 67 f., 69.

129 *Rüdý*: Der Rechtsmißbrauch, Dissertation München 1934, S. 67.

setzte er sich dabei mit anderen Rechtsordnungen, insbesondere mit der französischen Debatte auseinander¹³⁰. Auch Rüdys betonte eine „Relativität aller Rechte“, derzufolge Mißbrauch in Wahrheit Rechtsüberschreitung sei¹³¹. Doch führte ihn dies nicht zu einem Konflikt mit überpositiven Rechtswerten, sondern es ging ihm um die Herausarbeitung der vom Gesetzgeber getroffenen Interessenbewertungen. Im Kern sei dies ein Auslegungsproblem¹³² mit dem Ziel „Ordnung zu schaffen in der regellos zuströmenden Kasuistik“. Rüdys entwickelt dabei folgende „Spielarten“ des Rechtsmißbrauchs¹³³:

I. Die Rechtsausübung entspricht nicht dem in dem beanspruchten Recht geschützten Rechtsgut; Unterfälle: 39

1. Gedanke der Zweckentfremdung [in Abgrenzung zur gesetzgeberischen Intention]
2. Fehlen des schutzwürdigen Interesses
3. Disproportionalität zwischen Recht und geschützten Interesse.

II. Die Rechtsausübung achtet nicht die auf der Gegenseite stehenden schutzwürdigen Interessen.

Damit erwies sich der Ansatz Rüdys in vielem dem *Brenners* verwandt, doch noch enger am Gesetz orientiert. Es ging um Systematisierung und Ordnung des vorhandenen Fallmaterials und um die Herausarbeitung der den Entscheidungen zugrundeliegenden Interessenbewertungen und Überprüfung derselben am Gesetzeswortlaut. 40

IV. Das Ende der Debatte: 1933 bis 1936

1. Subjektives Recht und Gemeinschaftsgedanke: Siebert 1934

Im gleichen Jahr wie die Arbeit *Rüdys* erschien Wolfgang *Sieberts*¹³⁴ Monographie „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“¹³⁵, die bis heute ganz einhellig als grundlegend für die Problematik erachtet wird¹³⁶. Von der Verwirkung ausgehend 41

130 *Rüdys* (wie Anm. 129), S. 1-54.

131 *Rüdys* (wie Anm. 129), S. 61.

132 *Rüdys* (wie Anm. 129), S. 70.

133 Zum folgenden a.a.O., S. 90 ff.

134 Zuvor hatte *Siebert* bereits 1928, zu diesem Zeitpunkt noch Referendar in Halle, in seiner ersten Veröffentlichung zur Verwirkung Stellung genommen (DJZ 1928, S. 1542: Die „Verwirkung“ des Aufwertungsanspruches). Ein eigener Ansatz war aber noch nicht erkennbar. Erste Spuren dagegen bereits in *ders.*: Anm. zu RG JW 1932, S. 942 f.; Anm. zu RG JW 1933, S. 53 f., sowie *ders.*: Zum Begriff der Verwirkung, in: JW 1932, S. 2384 f. Ausführungen zum rechtspolitischen Hintergrund seiner Konzeption fehlten jedoch auch hier.

135 *Siebert*: Verwirkung und unzulässige Rechtsausübung, in: Arbeiten zum Handels- Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht, Berlin 1934. Da diese Schrift zeitgleich mit der Dissertation *Rüdys* publiziert wurde, findet sich in beiden Werken kein Eingehen auf die jeweilige Konkurrenzschrift.

136 Etwa jüngst die Arbeit von Peter *Mader*: Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994 passim. *Mader* setzt sich daneben mit der Arbeit *Rüdys* näher auseinander. *Oppenheimer* wird dagegen nur ganz am Rande (s.113 Anm. 211), *Brenner* gar nicht erwähnt.

entwickelte Siebert eine allgemeine Rechtsmißbrauchslehre, die dogmatische Anbindung mit rechtspolitischer Schlagkraft vereinte.

Siebert wandte sich gegen die von *Oppenheimer* betonte Gegenüberstellung von Recht und Gesetz und hielt dem eine positivrechtliche Verankerung des Gegensatzes im BGB entgegen¹³⁷. Die Diskussion außerrechtlicher Rechtsbeschränkungen habe nur rechtspolitischen Wert und dürfe mit der Dogmatik nicht zusammengekoppelt werden. Vielmehr war die Lösung für Siebert in der bestehenden Dogmatik bereits enthalten: 42

„Es steht nichts im Wege, den Inhalt eines Rechts durch Gesetz in der Weise zu beschränken, daß es vom Einzelfall abhängig ist, ob eine Handlung noch Inhaltsverwirklichung (Rechtsausübung) ist oder nicht.“¹³⁸. 43

Während *Oppenheimer* diese als rechtspolitisches Postulat verstanden hatte, zog Siebert die „deutschrechtliche“¹³⁹ Innentheorie zur dogmatischen Begründung einer bereits bestehenden „sittlichen Bindung jeder Rechtsmacht“¹⁴⁰ heran. Klarer als bei *Oppenheimer* wurde von Siebert die Innentheorie dazu instrumentalisiert, außergesetzliche Wertungen *gesetzeskonform* erscheinen zu lassen. Die Überwindung des Gesetzes war für Siebert Teil seiner Auslegung, nicht etwa richterliche Korrektur. Siebert forderte dazu auf, das gesamte bürgerliche Recht nationalsozialistisch „auszulegen“. Gleichzeitig war damit der Kernbereich der subjektiven Privatrechte richterlichem Zugriff geöffnet. Siebert ging es somit nicht um Rechtsausübungsbegrenzung, sondern um Rechtsinhaltsgestaltung: 44

„Die Außentheorie ist deshalb rechtspolitisch nicht haltbar, weil sie den durch den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken herbeigeführten Wandel im Wesen des Rechts, insbesondere der subjektiven Rechte, von dem Inhalt der Rechte fernhält, wo sich doch gerade der Inhalt dieser Rechte wandeln soll und muß.“¹⁴¹ 45

Dogmatisch zog er hierbei vor allem § 242 BGB heran, während die §§ 226, 826 BGB für ihn nur am Rande Bedeutung erlangten¹⁴². § 242 BGB sei „allgemeiner dauernder Transformator von richtigem Recht als Idee in richtiges Recht als positives Recht“¹⁴³. Hierzu forderte er erstmals bei Vorliegen einer Sonderbeziehung § 242 BGB auch außerhalb des Schuldrechts, insbesondere im politisch brisanten Sachenrecht anzuwenden¹⁴⁴. Darüberhinaus plädierte er für eine allgemeine Verobjektivierung des 46

137 *Siebert*, (wie Anm. 135), S. 89 f.

138 *Siebert*, (wie Anm. 135), S. 89.

139 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 89.

140 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 89.

141 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 156.

142 Hierzu *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 190 ff. Auch § 826 BGB, bis dato wohl eigentlicher Fixpunkt der *exceptio doli generalis* durch die Rechtsprechung, erweiterte er; vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 195.

143 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 58.

144 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 123.

Maßstabes¹⁴⁵. Treu und Glauben sollte von den subjektiven Vorstellungen der Beteiligten abstrahiert werden, da nach dem Tatbestand der Norm auch die Verkehrssitte zu berücksichtigen sei. Diese führe dazu, daß „sobald ... das Privatrechtsverhältnis nach seinem Inhalt, nach seinen Wirkungen oder nach der Person des Beteiligten irgendwie unmittelbar das Gemeinwohl berührt ... sich nach der Verkehrssitte - gewissermaßen automatisch - die Notwendigkeit, bei der Interessenabwägung die Anforderungen des Gemeinschaftsgedankens entscheidend zur Geltung zu bringen“, ergebe¹⁴⁶. Dies ermögliche es „müheles, die Anforderungen des Gemeinschaftsgedankens in dem jeweils erforderlichen Maß zur Geltung zu bringen.“

Die ideologische Stoßrichtung war damit deutlich. Die Übernahme ganzer Passagen von Carl *Schmitt*¹⁴⁷ und andern völkischen Vordenkern der ersten Jahre nach 1933, insbesondere Heinrich *Lange* und Karl *Larenz*, unterstrichen dies¹⁴⁸. Es ging Siebert darum, den Grundsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz...durch die Aufnahme allgemeiner Pflichten in den Inhalt der Rechts zu unmittelbarer positivrechtlicher Geltung“¹⁴⁹ zu bringen. „Damit ist das bisherige 'subjektive Recht' überwunden; an seine Stelle tritt im Recht der Volksgemeinschaft die Volksgenössische Berechtigung“¹⁵⁰. Diese wurde, wie er an anderer Stelle¹⁵¹ darlegte, bestimmt durch „Pflicht, Verantwortung und Leistung“: „Man sollte dann vielleicht nicht sagen, daß sich in dieser Gliedstellung des Volksgenossen Recht und Pflicht zu einer Einheit verbinden, sondern man würde wohl die Pflicht besser als die gestaltende Grundlage und insofern zugleich als immanente Grenze des Rechts bezeichnen.“

47

145 Das Reichsgericht stand bis zu diesem Zeitpunkt auf dem Standpunkt, daß auch bei Treu und Glauben „die persönlichen Verhältnisse zwischen den Beteiligten nicht schlechthin unberücksichtigt bleiben dürfen“, RG in LZ 20, S. 643 = Recht 1920, Nr. 3032.

146 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 119.

147 Ganze Passagen wörtlich aus *Schmitt*: Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis, in: DR 1933, S. 201 ff., vgl. *Siebert* (wie Anm. 135), S. 113; *ders.*: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hg. von Karl *Larenz*, Berlin 1935, S. 189 ff., 198.

148 Zitate und Nennungen bei *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 203 ff.

149 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 157.

150 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 201.

151 *Siebert*, DRW I (1936), S. 23-31, 26.

2. Reaktionen in Rechtsprechung und Schrifttum

Schon 1936 kann diese Lehre als ganz herrschend bezeichnet werden¹⁵². *Siebert* fügte sich nahtlos in die Angriffe der nationalsozialistischen Rechtserneuerung gegen privatrechtliche Grundfiguren, insbesondere das subjektive Recht¹⁵³, ein. Als eines der frühen Mitglieder der sog. Kieler Schule¹⁵⁴ brachte ihm dies auch beruflich einen schnellen Durchbruch ein. 48

Sieberts Lehre verband dabei ideologische Durchschlagskraft mit einer dogmatisch tragfähigen Grundlage. Gerade letzteres gab der Rechtsprechung die Möglichkeit, inhaltliche Umwertung in der Verpackung eines höflich-unpolitischen Subsumtionsaktes darzustellen. Heinrich *Lange* kam in seinem Rückblick des Jahres 1941 zu dem Ergebnis, Siebert habe von allen Vertretern der sog. Kieler Schule den größten Einfluß ausgeübt, weil er seine Lehre in enger Anlehnung an die Bedürfnisse der Praxis entwickelt habe¹⁵⁵. Das Reichsgericht übernahm Sieberts Ansatz bereits am 22.1.1935¹⁵⁶; erstmals seit 1900 wurde damit eine Konzeption der Rechtswissenschaft zur Begründung der Rechtsmißbrauchsrechtsprechung herangezogen. Die *exceptio doli generalis* verschwand aus der richterlichen Terminologie. Ideologische interessante Bedeutung erlangte Sieberts Ansatz etwa in der Rechtsprechung zur Stimmrechtsausübung des Aktionärs¹⁵⁷ sowie, am 49

152 Zustimmungse Rezensionen: *Senf*, in: JW 1934, S. 307 f.; *Siebeler*, in: Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht 1936, S. 239 f.; *Krause*, in: JZ 1935, S. 110; *Reu*, in: ZHR 102 (1936), S. 231 ff.; Abhandlungen: *Lehmann*, in: JW 1936, S. 2193; *ders.*: Der Primat der Rechtspflicht, in: Festschrift *Deinhardt* (1940), S. 108 ff.; *Herschel* in: DARbR 1936, S. 187; *ders.* in: JW 38, S. 1774; *ders.* in: JW 37, S. 679; *ders.* in: ZAKDR 1940, S. 76 ff.; *ders.* in: DR 41, S. 19 ff.; *Dikoff* in: ZAKfDR 1943, S. 127; *Klausing* in: JW 1935, S. 1842; *Sauer*: Juristische Methodenlehre (1940), S. 479; *Lindemann*, in: DR 43, S. 1171 ff.; *Friesecke* in: ZAKDR 37, S. 88 ff.; vorsichtige Zustimmung auch bei Erwin *Riezler*: Rechtsmißbrauch und Schikane, in: RvHwb (1938), S. 2 f. Deutlich für *Siebert* auch die nachfolgende Kommentargeneration: *Friesecke* in: Palandt, 5. Aufl. 1942, § 242 I.; § 138, 1 b); Einl. Vor § 241, 1 b); *Weber* in: Staudinger, 10. Aufl. 1940, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, §§ 241-242, Einleitung, RN 500; *Epping* in: Schlegelberger-Vogels, § 242, RN 30 sowie die neueren Lehrbücher: *Stoll*: Vertrag und Unrecht, Berlin 1936, S. 29; *Larenz*: Vertrag und Unrecht, Bd. 1, Berlin 1936, S. 111.

153 Das subjektive Recht als Kernbereich privatrechtlichen Denkens war zentraler Angriffspunkt der „Rechtserneuerung“. Vgl. *Klippel*: Subjektives Recht und germanisch-deutscher Rechtsgedanke in der Zeit des Nationalsozialismus, in: *Rückert u. Willoweit* (Hgg.): Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, 1995, S. 31 ff.; *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 203 f., 275 ff.; grundlegend immer noch *Thoss*: Das subjektive Recht in der gliedschaftlichen Bindung. Zum Verhältnis von Nationalsozialismus und Privatrecht, Frankfurt a. M. 1968.

154 W. *Siebert*, geb. 1905, PD Halle 1932, beamt. a.o. Prof. Kiel 1935, o. ö. Prof. 1937, Berlin 1938-45, Doz. Göttingen 1950, o. ö. Prof. Göttingen 1953, Heidelberg 1957, gest. 1958 (nach *Kürschner*: Deutscher Gelehrten Kalender, 9. Ausg. 1961, Bd. 2; Sieberts Personalakte bis 1945 befindet sich im Universitätsarchiv der HU Berlin). Zur Kieler Schule zeitgenössisch: *Lange*: Die Entwicklung der Wissenschaft vom Bürgerlichen Recht seit 1933, Tübingen 1941, S. 9 ff.; *Boehmer*: Das Schrifttum zur Erneuerung des bürgerlichen Rechts, in: DRW IV (1939), S. 77-92, S. 79. Aus neuerer Zeit: *Eckert*: Was war die Kieler Schule, in: *Säcker* (Hg.): Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus (1992), S. 37-70; *Bommel* (wie Anm. 6), S. 88; Rainer *Schröder*: Zur Rechtsgeschäftslehre in nationalsozialistischer Zeit (wie Anm. 6), S. 17.

155 *Lange*, a.a.O., S. 15.

156 RGZ 146, S. 385 ff.

157 Vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 233 ff.

Rande, im Bereich der sog. nachträglichen Sittenwidrigkeit¹⁵⁸.

3. Der Flaschenhals

Nach 1945 erlangten die in Weimar entwickelten Alternativansätze neben der Konzeption *Sieberts* keine nennenswerte Bedeutung mehr. *Sieberts* Gedanken, die er, von der nationalsozialistischen Maßstabsbindung befreit, in seiner berühmten Kommentierung zur 9. Auflage des *Soergel/Siebert* fortführte, paßten sich nahtlos in die aufsteigende „Wertungsjurisprudenz“ ein. Daher formuliert *Heinrichs* in der 56. Aufl. des *Palandt*¹⁵⁹ mit der ganz überwiegenden Ansicht¹⁶⁰ und in terminologisch enger Anlehnung die Arbeiten *Sieberts* nach 1933:

„Treu und Glauben bilden eine allen Rechten, Rechtslagen und Rechtsnormen immanente Inhaltsbegrenzung ('Innentheorie') ... Die gegen § 242 verstoßende 'Rechts'- Ausübung oder Ausnutzung einer 'Rechts'lage ist als Rechtsüberschreitung mißbräuchlich und unzulässig.“

Die Diskussion darüber, ob die darin liegende Ausweitung des richterlichen Einflßbereichs letztendlich zwangsläufige Entwicklungen des Privatrechts widerspiegelt, also insbesondere den von *Max Weber*¹⁶¹ prognostizierten Materialisierungsdrang unter einem bald einhundert Jahre alten Gesetzbuch, kann und soll hier nicht geführt werden. Es erscheint in jedem Fall von nicht nur historischem Interesse, diesen Übergang von einer breit geführten Debatte zu einer derart unangefochten herrschenden Konzeption näher zu beleuchten¹⁶².

Betrachtet man zunächst die vielen Versuche vor 1933, im Stile *Brenners* die Rechtsmißbrauchsfälle in Anwendungsgruppen gebündelt eigenständigen dogmatischen

158 Vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 240 ff. Darstellung dieser Rechtsprechung bei *Schmoeckel*: Der maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, in: *AcP* 197 (1997), S. 9 ff. ; *Wanner* (wie Anm. 6), bes.s.187 ff.

159 § 242 RN. 38.

160 *Siebert* in *Soergel / Siebert*, 9. Aufl., § 242 RN. 124 f.; *Teichmann* in *Soergel* (11. Aufl.), § 242 RN. 43; *Roth* in *Münchener Kommentar*, § 242 RN. 43; *Jürgen Schmidt* in *Staudinger*, § 242 RN. 479; *Sirp* in *Erman*, § 242 RN. 84; *Afff* in *RGRK*, § 242, RN. 1 ff. ; *Jauernig*, § 242 III 1 b); *Medicus*, AT, 5. Aufl., RN 134; *Pawlowski*, AT, RN. 58; *Brox*, AT, 17. Aufl., RN. 571; *ders.* *Schuldrecht* AT, 20. Aufl., RN. 85; *Rüthers*, AT, 8. Aufl., RN. 58; *Larenz*, AT, 7. Aufl., § 13 I; *BGHZ* 12, 157 vom 27.1.1954; 30, 145 vom 29.4.1959; *BAG* in *DB* 90, S. 741; a.A. *Ernst Wolf*, *Schuldrecht*, 3. Aufl., § 5 D I.

161 Grundlegend *Max Weber*: Rezension zu: *Philipp Lotmar*: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des deutschen Reiches.1. Bd. (1902), in: *Archiv für soziale Gesetzgebung* 17 (1902), S. 723 ff. ; *Ders.*: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Grundriß der verstehenden Soziologie, 6. Aufl. 1976, Kap. VII, § 8: Die formalen Qualitäten des modernen Rechts (entstanden zwischen 1911 und 1913). Hierzu: *Rückert*: Die Unmöglichkeit und Annahmeverzug im Dienst- und Arbeitsvertrag, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1983, S. 1 ff. , 13 Anm. 49; *Rainer Schröder*: Die Entwicklung des Kartellrechts (1988), S. 516 f.

162 Vgl. *Neuhaus*: Das Rechtsmißbrauchsverbot im heutigen Völkerrecht. Eine Untersuchung zur Entwicklung und Anwendbarkeit eines Begriffes (= *Schriften zum Völkerrecht*, Bd. 89), Berlin 1984, S. 156: „Es mutet heute seltsam an, daß die Ausweitung des Rechtsmißbrauchsverbotes auch auf andere Kriterien einem Autor, nämlich *Siebert*, zu verdanken ist, der diese Ausweitung nicht zuletzt in der Absicht suchte, damit das deutsche Zivilrecht der nationalsozialistischen Weltanschauung zu öffnen und dem Satz 'Gemeinnutz geht vor Eigennutz' ... auch für das Zivilrecht zur Geltung zu verhelfen“.

Lösungen zuzuführen, so findet sich ein derartige Vorgehen nach 1934 nur noch vereinzelt¹⁶³. Man sprach von den „allgemeinen Schranken“ der Rechte¹⁶⁴. Brenner hatte mangelnde Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung beklagt, der Ausgang eines jeden Rechtsstreits sei momentan „ein Rätsel“¹⁶⁵. Ihm ging es darum, die freie Richtermacht nicht zu negieren, aber doch durch Rückbindung an die Dogmatik berechenbar zu machen. Genau Gegenteiliges bewirkte *Sieberts* Ansatz: Er forderte einen die inhaltliche Bindung aller subjektiven Rechte an einen objektiv verstandenen Maßstab wie Treu und Glauben und eine Berücksichtigung von Amts wegen. Das bedeutete auf den ersten Blick totale richterliche Freiheit. Dies war auch genau das Ziel Sieberts, genauer: ein notwendiges Durchgangsstadium in der kompletten Umgestaltung des Privatrechts „aus sich selbst heraus“¹⁶⁶: „Die Rechtsunsicherheit in der Anwendung der Generalklauseln wird mehr und mehr schwinden, je stärker und sicherer sich die deutsche nationalsozialistische Rechtsauffassung auswirken wird. Je klarer und fester der allgemeine 'Rechtsboden' ist, desto geringer sind die Möglichkeiten einer schwankenden Ausfüllung des Inhalts solcher allgemeinen Begriffe.“

Deutlich machte diese bewußte Position Sieberts auch die Auseinandersetzung mit der Arbeit *Rüdy's*. Siebert warf Rüdy seinen privatrechtsorientierten Ansatz vor¹⁶⁷. Nach der Interessenlehre bilde „das Interesse des einzelnen Rechtsinhabers den wesentlichen und notwendigen Ausgangspunkt, und diesem Interesse treten dann andere Interessen gegenüber. Selbst wenn man anerkennt, daß diese gegenübertretenden Interessen unter Umständen höher zu bewerten sind als die eigenen, so kommt man doch niemals von der Vorstellung los, daß das eigene Interesse den gewissermaßen isolierten Ausgangspunkt bildet. Das aber ist gerade das Gegenstück zu einer von der Gemeinschaft ausgehenden Bewertung der 'Interessen' und damit der Aufgaben und Zwecke der Rechte. Die

54

163 Für eine eigenständige Rechtsfigur der Verwirkung sprach sich *Manigk*, in: DJZ 1936, S. 350 ff. aus. Eine gewisse Sonderstellung hatte das Problem des „Formmißbrauchs“. Hier begegnete die freie Rechtsprechung des Reichsgericht zur Form überwiegend auch aus nationalsozialistischen Kreisen Kritik. Man hatte die Möglichkeit des Formzwanges u.a. zur Überwachung und Beeinflussung des Rechtsverkehrs als positiv erkannt und plädierte daher für Formstrenge, vgl. nur: *v. der Trenck*, in ZAkDR 1942, S. 198-199; *Heinrich Lange*, in AcP 144 (1938), S. 144 ff., 152. Bemerkenswert in diesem Sinne auch § 6 I des für die Akademie für Deutsches Recht erarbeiteten Gesetzesvorschlages von *Heldrich*, in AcP 147 (1941), S. 127, indem der Getäuschte auf einen Schadensersatzanspruch verwiesen wird, der wie bei § 249 BGB u.U. nur zum negativen Interesse führt (dazu a.a.O., S. 115. *Heldrich* verwarf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Formnichtigkeit (a.a.O., S. 117): „Das Reichsgericht muß auf den Pfad der Tugend zurückgeführt werden“. Übernommen wurde die Konzeption *Heldrichs* auch im Vorschlag des Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht (Beschuß vom 19./20. 11.1942, abgedruckt in *Schubert* (Hg.): Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, Berlin-New York(1988, S. 117 f.). *Boehmer*, a.a.O., S. 99 bewertet demgegenüber die Ausweitung Rechtsprechung als Ausdruck der nationalsozialistischen Mentalität, „das positive Recht aus den Angeln zu heben“, eine Aussage, die in dieser Allgemeinheit eben nicht zutrifft.

164 Vgl. *Sedlmayr*: Die Ausübung der Rechte und ihre allgemeinen Schranken, Dissertation Tübingen 1937; übergreifend auch *Werner*: Der Rechtsmißbrauch in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Dissertation Göttingen 1940.

165 *Brenner* (wie Anm. 49), S. 2.

166 *Siebert* (wie Anm. 135), S. 154.

167 *Siebert*: Vom Wesen des Rechtsmißbrauchs (wie Anm. 147), S. 207 f.

Interessenlehre verbindet nicht, sondern stellt gegenüber, sie gestaltet nicht, sondern sie gleicht allenfalls aus.“

Auch Rüdiger geriet damit in die Defensive in der sich die Interessenjurisprudenz, trotz der Versuche *Hecks*, sie den neuen Machthabern anzudienen¹⁶⁸, zunehmend¹⁶⁹ befand. Fritz *Reu* würdigte Rüdiger Arbeit in einer Rezension¹⁷⁰ des Jahres 1936 zwar als „gründlich“, wertete sie gegenüber Sieberts Ansatz jedoch deutlich niedriger, den: „Rüdiger stellt sich damit abseits von der neuen deutschen Rechtswissenschaft. Er hat jenen Leitsatz Carl Schmitts unbeachtet gelassen: 'Im deutschen Staat der Gegenwart ist die nationalsozialistische Bewegung führend. Von ihren Grundsätzen aus muß daher bestimmt werden, was gute Sitten, Treu und Glauben, zumutbare Anforderungen, öffentliche Sicherheit und Ordnung usw. sind'...Die Interessenlehre ist zu rationalistisch, zu sehr auf den Einzelzweck und das Einzelinteresse bezogen, als daß sie ganzheitliche Ziele im Sinne einer konkreten Ordnung und Gemeinschaft verfolgen könnte.“

55

Sucht man abschließend nach Gründen, warum die Konzeption *Oppenheimers*, der Siebert sicher viele Anregungen entnahm, in der Debatte unterging, so springen zwei Aspekte ins Auge. Zunächst fehlte Oppenheimer die positivrechtliche Verankerung seiner Gedanken im BGB. Seine Lehre forderte Veränderungen, Sieberts Lehre „fand“ bestehendes Recht. Weiterhin war Oppenheimers inhaltlich vager Begriff des Sozialrechts für die Forderungen der nationalsozialistischen „Rechtserneuerer“ zu unbestimmt. Indem Siebert die subjektiven Rechte an die nationalsozialistische Gemeinschaftsideologie band, bot er nur auf den ersten Blick ähnlich unklare Inhalte. In Wirklichkeit verpflichtete er die Richterschaft auf politische Vorgaben, forderte Konformität. Die Unbestimmtheit war Anbindung an beliebige ideologische Einflußnahme und somit nicht freies Richterrecht, sondern, in der Terminologie *Rottleuthners* „substanzieller Dezisionismus“¹⁷¹.

56

Gegen Oppenheimer sprach schließlich ein Drittes: Die Dissertation *Sedlmayrs* aus dem Jahr 1937¹⁷² zitiert Oppenheimer in der von Carl *Schmitt* kurz zuvor¹⁷³ geforderten Weise: „Oppenheimer: Der Gesetzesmißbrauch. Kölner Dissertation 1930 (*Jude.*)“.

57

168 *Heck*: Rechtserneuerung und juristische Methodenlehre, Tübingen 1936; *ders.*: Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, in: AcP 143 (1937), S. 129 ff.

169 Umfangreiche Nachweise bei *Rüthers* (wie Anm. 6), S. 270 ff.

170 ZHR 102 (1936), S. 233 f.

171 Vgl. *Rottleuthner*: Substanzieller Dezisionismus - Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus, in: *Ders.*(Hg.): Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, Wiesbaden 1983, S. 29.

172 *Sedlmayr* (wie Anm. 164), S. IX (Hervorhebung von mir).

173 Hierzu nur *Schmoeckel*: Ortung und Ordnung. Carl Schmitt im Nationalsozialismus, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament, B 51/96 vom 13.12.1996, S. 34 ff., 43.

V. Schluß

Die Verengung der Debatte folgte somit starkem ideologischen Druck. Der Wechsel zwischen Rechtsstaat und Unrechtsstaat um 1933 war prägend. Betrachtet man diesen Zeitraum unter dem Aspekt der Kontinuität, so liegt es nahe, in *Oppenheimer* einen wichtigen „Vordenker“ zu *Siebert* zu entdecken und diesen damit als (verzerrten) Abschluß einer Entwicklung darzustellen, die ihre Grundlagen bereits im 19. Jahrhundert hat. In diesem Sinne kommt die 1992 erschienene Dissertation von Enno *Bommel* über die Entwicklung der Verwirkungslehre¹⁷⁴ zu dem Ergebnis, ein nennenswerter Einfluß nationalsozialistischen Gedankengutes auf den Rechtsmißbrauch sei nicht feststellbar¹⁷⁵. *Bommel* verweist auf allgemeine Entwicklungen im Zivilrecht, auf die „Krise des Positivismus“, sowie in besonderem Maße auf die Gedanken *Otto v. Gierkes*. In *Gierke* erblickt *Bommel* den eigentlichen Vater der Lehre¹⁷⁶. Schnell erscheint dann die Entwicklung des Rechtsmißbrauchs nach 1933, so *Franz Wieacker*, als „legitime dogmen- und systemkritische Erwägung“, die „so wenig Konsequenz der nationalsozialistischen Ideologie war, daß sie bereits von den großen Pandektisten des 19. Jahrhunderts diskutiert oder von den Rechtsordnungen anderer Kulturvölker angeregt war“¹⁷⁷. Die oftmals fehlende Bezugnahme *Sieberts* und anderer „Rechtserneuerer“ auf ihre Vorläufer erscheint so lediglich als der Versuch, im wesentlichen Altes wirklich neu erscheinen zu lassen.

58

Dies mißachtet den grundlegenden Funktionswandel, den gleichbleibende „Erwägungen“ in wechselndem historischem Kontext erfahren können, und verschiebt so die Perspektiven. Die nach 1933 ideologisch motivierte Ausdünnung der Lösungsvorschläge indiziert Grundlegendes. In Weimar sah sich die Rechtswissenschaft mit einem kaum noch faßbaren Billigkeitsrecht der Rechtsprechung konfrontiert. Sie reagierte mit dem Versuch, die leerformelhafte *exceptio doli generalis* in Anwendungsgruppen aufzusplitten, auf die zugrundeliegenden Interessenwertungen zurückzuführen und dogmatisch erneut faßbar zu machen. Diese Rationalisierung diente der Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung, also der Rechtssicherheit. War *Oppenheimers* rechtspolitischer Ansatz auch Ausdruck zeittypischer Forderungen, so blieb er in Weimar doch ein Fremdkörper. Die Generalklauseln hatten sich bereits als probates Mittel der Anpassung an veränderte Bedürfnisse erwiesen. Eine weitergehende Forderung nach begrifflichen „Umdenken“ des BGB blieb ungehört. Weite Teile der

59

174 Die heute bekanntlich als Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung betrachtet wird.

175 *Bommel* (wie Anm. 6).

176 *Bommel*, a.a.O., S. 107 ff., 122, 140 u.ö.

177 *Wieacker*, PdN (wie Anm. 1), § 515 Anm. 2. *Wieackers* Klage über die ungerechtfertigte Kompromittierung derartiger „Erwägungen“ nach 1945 trifft auf *Sieberts* Rechtsmißbrauchslehre nicht zu, vgl. *Haferkamp* (wie Anm. 6), S. 318 ff.

Privatrechtswissenschaft, dies zeigte die Bekämpfung des „Freirechts“¹⁷⁸ und die Debatte um die Resolution des Richtervereins zur Aufwertungsfrage¹⁷⁹, sahen sich von allzu freiem Richterrecht eher bedroht als bestätigt. *Hedemanns* Warnung: „Die Zeichen weisen auf Niedergang!“¹⁸⁰ war Ausdruck dieser Stimmung.

Sieberts Lehre führte, wenn man sie als Weiterentwicklung der Gedanken Oppenheimers verstehen will, zur Aufwertung einer Stimme am Rand des Meinungsspektrums in Weimar. Dies erklärt sich aus der neuen Problemlage nach 1933. Nicht zufällig ging Sieberts Vorschlag in den meisten Punkten noch über Oppenheimers Forderungen hinaus: Nicht Sozialisierung sondern Umwertung, nicht Begrenzung sondern Abschaffung des subjektiven Rechts und Öffnung des privatrechtlich gewährten Freiheitsraumes für staatliche Einflußnahme. Das BGB stand den Forderungen nach 1933 viel grundlegender im Weg, so daß einzig ein wirkliches „Umdenken“ der Grundbegriffe den Fortbestand einer Kodifikation rechtfertigen konnte, die nun *erstmalig* bereits in ihren Grundstrukturen mit politischen Vorgaben kollidierte. Es ging nun (zumindest in der Debatte der Jahre 1933 bis 1937) um Überwindung, nicht Modernisierung, Ziel war „Auflockerung und Umbruch“¹⁸¹. Die Tatsache, daß Siebert hierzu Denkfiguren früherer Debatten zusammenzog darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die unterschiedliche Funktion des Privatrechts im Rechtsstaat und im totalitären Staat ganz unterschiedliche Lösungen forderte. Auch dies ergibt ein Vergleich zu Weimar.

60

178 Dies schwingt beispielsweise bis heute noch in der Einordnung H. *Isays* mit, vgl. *Roßmanith* (wie Anm. 4), S. 97 ff., 122 ff.

179 Dazu jüngst klärend *Nörr* (wie Anm. 2), S. 18 ff.

180 *Hedemann* (wie Anm. 44), 58 ff., 74 ff.

181 *Siebert*: Auflockerung und Umbruch im „bürgerlichen Recht“, in: DRW 1935, S. 56 (Hervorhebung von mir).