

Bernd Rütters
Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat
zum Richterstaat



Bernd Rüthers

Die heimliche Revolution
vom Rechtsstaat zum
Richterstaat

Verfassung und Methoden

Ein Essay

Mohr Siebeck

Bernd Rütbers, Promotion 1958; 1961–1963 Direktionsassistent im Zentralen Personalwesen eines Großkonzerns; 1967 Habilitation in Münster für Bürgerliches, Arbeits- und Wirtschaftsrecht; o. Prof. für Zivilrecht und Rechtstheorie in Berlin (FU) und in Konstanz; 1976–1989 Richter am OLG; mehrere Rufe, Ehrendoktorate, Honorar- und Gastprofessuren; 1991–1996 Rektor der Universität Konstanz. Seit 1996 Vorstand der Stiftung Demoskopie Allensbach.

ISBN 978-3-16-153259-7

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Stempel Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbindelei Nädle in Nehren gebunden.

Vorwort

Die Bundesrepublik hat sich vom demokratischen Rechtsstaat zum „Richterstaat“ gewandelt. Große Bereiche aller Teilrechtsgebiete sind nicht mehr überwiegend durch Gesetze, sondern durch „Richterrecht“ geregelt. In diesen Bereichen gilt die weithin unbestrittene Tatsache: Recht ist das, was die zuständigen obersten Gerichtsinstanzen rechtskräftig für geltendes Recht erklären, – bis zur nächsten Änderung dieser Rechtsprechung. Das gilt auch für das Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht ist zur obersten nationalen *Rechtsquelle* geworden. In gängigen Lehrbüchern liest man: „*Es* [lies: das BVerfG] *bestimmt letztlich, was das Grundgesetz sagt*“ (H. Maurer, Staatsrecht I, 6. Aufl., München 2010, S. 627). Der Satz beschreibt die Regelungsmacht der letzten Instanzen, besonders im Verfassungsrecht. Er gilt nicht nur für das nationale Recht. Die Judikate des EuGH und des EMRG prägen in ähnlicher Weise die Rechtsbereiche, für welche diese Gerichte Zuständigkeit beanspruchen.

Die *Inhalte* des Grundgesetzes hängen demnach maßgeblich von den wechselnden juristischen *Methoden* ab, die das BVerfG bei der Auslegung und Fortbildung des Grundgesetzes verwendet. Das bedeutet: *Methodenfragen sind Verfassungsfragen*.

Der Satz gilt nicht nur für das Verfassungsrecht. Diese Einsicht ist in Deutschland und Österreich aus verständlichen Gründen lange verdrängt worden. Sie zwingt näm-

lich die Akteure in Wissenschaft und Justiz, die jüngere Methodengeschichte ihrer Institutionen in die wissenschaftliche Analyse der Rechtsanwendung einzubeziehen.

Die Normsetzungsmacht der letzten Instanzen führt zu der Frage nach den Normsetzungen sowohl im einfachen wie im Verfassungsrecht: *Wer kontrolliert wie die letzten Instanzen?*

Wo liegen die verfassungsrechtlichen Grenzen des wuchernden Richterrechts? Das ist ein Kernthema der folgenden Seiten. Sie enthalten *Hypothesen*, Denkanstöße, die zum Widerspruch und Diskurs herausfordern sollen.

Meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Herren Ref. Maximilian Heufelder und stud. iur. Manuel Fallmann danke ich herzlich für die Hilfe bei der Materialsammlung, für wertvolle kritische Anregungen und Ergänzungen. Für wichtige Hinweise, Klarstellungen, Vertiefungen und kritische Gespräche bin ich dem befreundeten Kollegen Günter Herrmann dankbar verbunden. Die notwendigen Vorarbeiten wurden von der Universitätsgesellschaft Konstanz großzügig unterstützt. Auch dafür danke ich herzlich.

Der Autor ist für Anregungen, Kritik und Hinweise auf Irrtümer dankbar. (Email: bernd.ruethers@uni-konstanz.de)

Ich widme das Buch meiner Tochter Monica zum 50. Geburtstag.

Bottighofen im Januar 2014

Bernd Rüthers

Inhalt

Vorwort	V
<i>I. Das Grundgesetz: Vom Provisorium zum Jahrhundertwerk?</i>	1
<i>II. Verfassungswechsel als Rechts- und Juristenkrisen</i>	8
1. Verfassungswechsel als Umbrüche der Staats- und Rechtsordnung	8
2. Verfassungswechsel verursachen Methodenwechsel	12
a) Weimarer Republik	13
b) Nationalsozialismus	15
c) Die Umbildung des Rechts in der DDR	17
<i>III. Erfahrungen aus der historischen Rückschau</i>	20
1. Die irreführende Fiktion eines „richtigen Rechts“ ..	20
2. Interdisziplinäre Schweigespiralen nach Verfassungswechseln	23
2. Methodische Kontinuitäten	26
<i>IV. Die Verfassung als oberste nationale Rechtsquelle und Prägefaktor der Methodenlehre</i>	29
1. Die Änderung der Rechtsquellenlehre: Das BVerfG als Rechtsquelle	29
2. Wer kontrolliert das Bundesverfassungsgericht? ...	38
3. Die „Dogmatik“ als Disziplinierung des Richterrechts?	47
4. Die juristische Methodenlehre als Bremse für unzulässiges Richterrecht?	54

V. <i>Der juristische „Positivismus“ als Sündenbock für das Unrecht der beiden deutschen Diktaturen?</i>	58
1. Die Werkzeuge der Umdeutung überkommener Gesetze	58
2. Die Wiederkehr des Naturrechts	59
3. Die Entlastungsfunktion der Radbruch-These ...	60
4. Folgen für das heutige Methodenbewußtsein? ...	68
VI. <i>Methodische Vorgaben des Grundgesetzes für die Rechtsanwendung?</i>	73
VII. <i>Die Bedeutung des Richterrechts – Der Richter als Gesetzgeber</i>	77
1. „Das Richterrecht als Rechtsquelle.“	77
2. Der unaufhaltsame Trend zum „Richterstaat“ ...	79
VIII. <i>Die Gesetzesbindung der Gerichte und das Tabu der deutschen Methodengeschichte</i>	86
1. Juristische Lehren aus der Geschichte?	86
2. Zur „Wissenschaftlichkeit“ der objektiven Methode	89
IX. <i>Die Trendwende im Bundesverfassungsgericht</i>	95
X. <i>Grundsätze für die Auslegung der Verfassung</i>	103
1. Das BVerfG als Hüter der Verfassung	104
2. Die Grenzen zwischen richterlichen Fortbildungen und Änderungen der Verfassung ..	107
3. Beispiele richterrechtlicher Verfassungsänderungen	109
4. Der „besondere Schutz“ von Ehe und Familie im Grundgesetz	115
XI. <i>Der Rollenwechsel des BVerfG und das Problem der Richterwahlen</i>	139

<i>XII. Die wachsende Veränderungsgeschwindigkeit moderner Gesellschaften als Rechts- und Methodenproblem</i>	145
<i>XIII. Die Regelungslücke als „Normalfall“ des Verfassungsrechts?</i>	148
<i>XIV. Vielfalt oder Einheit der Methoden der Rechtsanwendung?</i>	151
<i>XV. Fehlerhafte Rechtsanwendungen als Verfassungsverstoß?</i>	155
<i>XVI. Fazit</i>	163
1. Auf dem Weg zu einer neuen Rechtskultur?	163
2. Verfassung und Methoden	164
Namensverzeichnis	171

I. Das Grundgesetz: Vom Provisorium zum Jahrhundertwerk?

Das Thema ist buchstäblich ein „*Jahrhundert-Thema*“, schon weil es Verfassungen gibt, die Jahrhunderte überdauern haben und immer noch gelten.¹ Solche Beständigkeiten kennt Deutschland als Nationalstaat nicht.² Gleich-

¹ Die älteste noch geltende republikanische Verfassung ist nicht, wie oftmals angenommen wird, die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, vom 4. März 1789, sondern die der Republik San Marino, welche am 8. Oktober 1600 in Kraft trat.

² Die erste überregionale deutsche Verfassung ist die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867. Diese wurde bereits vier Jahre später von der beinahe inhaltsgleichen Verfassung des deutschen Reiches abgelöst. Deren Geltungsdauer betrug immerhin 48 Jahre und wurde 1919 durch die Weimarer Reichsverfassung beendet. Formell wurde die Weimarer Reichsverfassung zwar erst durch die Übernahme der Staatsgewalt durch den Alliierten Kontrollrat im Juli 1945 abgelöst, materiell wurde sie jedoch schon kurz nach der Machtübernahme der NSDAP durch die sog. „Reichstagsbrandverordnung“ vom 28. Februar 1933 sowie das sog. „Ermächtigungsgesetz“ vom 24. März 1933 ausgehöhlt. Faktisch galt die Weimarer Reichsverfassung damit nur knappe 14 Jahre. Das seit 1949 und damit seit bald 64 Jahren geltende Grundgesetz zeichnet sich insoweit durch eine für die deutsche Verfassungsgeschichte bemerkenswerte Beständigkeit aus.

wohl gilt: Verfassungen werden regelmäßig im Hinblick auf lange Epochen konzipiert.

Das Grundgesetz war eine Ausnahme. Es sollte nach seinen Schöpfern erklärter Maßen nur als ein „Provisorium“ bis zur Wiedervereinigung des geteilten Deutschland dienen.³ Die gemeinsame Überzeugung im „Parlamentarischen Rat“ war:

„Wir haben zu jedem Zeitpunkt der politischen Arbeit der Bundesrepublik gefragt: Nutzt oder schadet das, was wir vorhaben, der Wiedervereinigung in Frieden und Freiheit? Unsere Absicht war, die Bundesrepublik Deutschland zu einem lebendigen, gesunden Staatswesen zu machen, das in der Lage ist, die terrorisierte, ausgeblutete Sowjetzone am Tage der Wiedervereinigung zu tragen und zu stützen.“ (Bundeskanzler Adenauer, Regierungserklärung am 15. Dezember 1954)

Die Gründung des westdeutschen Staates sollte die Teilung Deutschlands als eine Folge der Besatzungspolitik nicht zementieren. Spätestens nach dem Mauerbau 1961 wurde jedoch klar, daß sich die Hoffnung auf Wiedervereinigung auf absehbare Zeit nicht erfüllen würde.

Inzwischen hat das Grundgesetz alle neuzeitlichen deutschen Verfassungen in der Geltungsdauer überholt.⁴ Die damals schon umstrittene „Wiedervereinigung“⁵ hat

³ Konrad Adenauer hat als Vorsitzender des Parlamentarischen Rates die Mitglieder des Rates, als diese am 8. Mai 1949 über das Grundgesetz abstimmten, ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie nicht über die zehn Gebote beschließen müßten, sondern lediglich über „ein Gesetz, das nur für eine Übergangszeit gelten sollte“.

⁴ S. Fn. 2.

⁵ Willy Brandt (Ehrenvorsitzender der SPD) nannte 1984 und 1988 die Hoffnung auf Wiedervereinigung eine Lebenslüge

1990 zu einer kurzen, aber lebhaft geführten verfassungsrechtlichen Debatte über die Frage geführt, ob die Wiederherstellung der deutschen Einheit in der Form des Beitritts der DDR nach Art. 23 GG oder über den früheren Art. 146 GG durch die Erarbeitung einer neuen gesamtdeutschen Verfassung vollzogen werden sollte.⁶

Die Umformulierungen der Präambel⁷ und des Art. 146 des Grundgesetzes im Vollzug der Wiedervereinigung stellen inzwischen klar, daß das Grundgesetz seit dem 3. Oktober 1990 nicht mehr als Provisorium, sondern als

der zweiten deutschen Republik („Frankfurter Rundschau vom 15.9.1988); Klaus Bölling, von 1974 bis 1982 Sprecher der Koalitionsregierung unter Helmut Schmidt, forderte in der ZEIT vom 2. Juni 1989 die Streichung des Wiedervereinigungsgebots, das seit dem 23. Mai 1949 das Grundgesetz einleitet. Er bezeichnete die Präambel als „nicht mehr zeitgemäß“. Gerhard Zwerenz meinte am 7.12.2007 in: Die Verteidigung Sachsens und warum Karl May die Indianer liebte, in: Sächsische Autobiographie, 2007, Folge 15: „Die Wiedervereinigung ist eine nationalistische Floskel, die im Grundgesetz gar nicht vorkommt. Der modische Verweis auf die Präambel des GG verlängert lediglich die Täuschung der Väter des GG zur Lebenslüge der Bundesrepublik.“

⁶ R. Scholz, Grundgesetz zwischen Reform und Bewährung, Berlin-New York 1993; Dokumente zur Deutschlandpolitik – Deutsche Einheit 1989/90, Aus den Akten des Bundeskanzleramtes, hrsg. von H.J. Küsters und D. Hofmann, München 1998; R. Eppelmann/B. Faulenbach/U. Mähler, Bilanz und Perspektiven der DDR-Forschung, Paderborn 2003; E. G. Mahrenholz, Die Verfassung und das Volk, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 1991, S. 28 ff.

⁷ In der bis 1990 gültigen Fassung der Präambel wurde noch der zeitliche Übergangscharakter des Grundgesetzes betont: „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“.

„Vollverfassung“ der vereinten Bundesrepublik anzusehen ist. Die Beibehaltung der Bezeichnung „Grundgesetz“ ist nicht nur historisch bedingt. Die große Mehrheit der Bürgerinnen und Bürger in der DDR wollte das Grundgesetz. Inhaltlich war dieses allerdings von vornherein wie eine „Vollverfassung“ konzipiert und ausgestaltet.⁸

Das Thema „Verfassung und Methoden“ betrifft nicht allein die Staatsrechtler, sondern alle Teildisziplinen der Rechtsordnung, auch das Zivilrecht. Das hat drei Gründe:

(1) Das Zivilrecht und seine Anwendung sind mit den Vorgaben der Verfassung (Grundsätze des demokratischen Rechtsstaates und mittelbare Wirkung der Grundrechte) unlösbar verbunden.

(2) Die Grundlehren der Rechtsanwendung („Juristische Methodenlehre“) sind – historisch gesehen – überwiegend in den Kernmaterien des römischen Rechts und durch dessen Rezeption in den meisten europäischen Zivilrechtsordnungen entwickelt worden, in einer Zeit also, als das öffentliche Recht, zumal das Verfassungsrecht, von seiner heutigen Bedeutung noch weit entfernt war. Die aus dieser Zeit vorhandenen, klassischen Grundwerke sind im öffentlichen Recht weitgehend vergessen.

⁸ „Wir begreifen dieses Wort ‚provisorisch‘ natürlich vor allem im geographischen Sinne, da wir uns unserer Teilsituation völlig bewußt sind, geographisch und volkspolitisch. Aber strukturell wollen wir etwas machen, was nicht provisorisch ist ... Wir müssen vielmehr strukturell schon etwas Stabileres fertigzubringen versuchen ...“ (Carlo Schmid, 3. Sitzung des Parlamentarischen Rates am 9. September 1948, S. 41; zitiert nach H. Weis, AÖR 116 (1991), S. 7; E. G. Mahrenholz, *Die Verfassung und das Volk*, Privatdruck der Carl Friedrich von Siemens Stiftung, München 1991, S. 31 f.

(3) Die Grundlagenfächer – Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Methodenlehre – sind mit dem Thema „Verfassung und Methoden“ eng verknüpft. Dieser Bezug wird deutlich, wenn man sich erinnert, daß Deutschland zwischen 1919 und 1989 *sechs* (!) total verschiedene politische Systeme und Verfassungen durchlebt hat: Kaiserreich, Weimarer Republik, NS-Staat, Besatzungsregime, Bundesrepublik alt, DDR, Bundesrepublik neu mit Beitritt der DDR und Anpassung an die supranationale Rechtsordnung der EU. Das wird im Folgenden näher zu zeigen sein.

Die enge Verknüpfung des Themas mit den Grundlagenfächern ist nach 1945/49 zunehmend aus dem Bewußtsein vieler deutscher Juristen verschwunden. Nach 1945 hörten Lehrveranstaltungen zur neueren Rechtsgeschichte und Methodenlehre, wenn es sie überhaupt gab, regelmäßig mit der Weimarer Republik auf.⁹ Die Zeit danach blieb im Nebel der Geschichte, gehörte in der „Wendegeneration“ zum „Unberührbaren“, nicht nur bei den Juristen.

Hier deutet sich ein Thema an, das in Deutschland erst viel später in das Allgemeinbewußtsein der Wissenschaftstheorie einging: Wissenschaft ist immer mit der *Zeitgeschichte verbunden*. Fast alle Disziplinen unterliegen einer unentrinnbaren, meistens unbewußten oder bewußt verdrängten Wechselwirkung. Für die Jurisprudenz und die Justiz ist das nach den häufigen System- und Verfas-

⁹ Zu den Gründen für diese Schweigespirale vgl. unten unter V. und B. Rütters, *Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien, Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tübingen 2001; ders., *Recht oder Gesetz?*, JZ 17/2013, 822–829.

sungswechseln im 19. und 20. Jahrhunderts eine banale, wenn auch oft zögernd und widerwillig aufgenommene Feststellung.

Ihre Allgemeingültigkeit für nahezu alle Wissenschaftszweige wurde erneut besonders deutlich bei der Generalversammlung der „Görresgesellschaft zur Pflege der Wissenschaften“ in Tübingen im September 2013.¹⁰

Die thematisch verbundenen Themenstränge dieser Tagung in mehreren Disziplinen¹¹ geben anregende Denkanstöße. Jedes der genannten Themen ließe sich um historische Dimensionen erweitern.

Hier fällt eine Parallelität auf. Theologie und Jurisprudenz sind zu allen Zeiten zeitgeschichtlichen Einflüssen ausgesetzt. Konzile waren immer Antwortversuche auf Fragen, Probleme und Machtkämpfe der Zeit. Beide haben es mit *normativen* (gebotshaltigen) Texten zu tun, die Theologie mit der Bibel, die Jurisprudenz mit der Gesetzesordnung. Der wechselseitige Einfluß aller Textwissenschaften auf die fachspezifischen Interpretationslehren ist unverkennbar. Es würde den Rahmen dieses Essays

¹⁰ Es handelt sich bei diesem Zusammenschluß von katholischen Gelehrten aus dem Jahr 1876 um eine der ältesten deutschen Wissenschaftsgesellschaften.

¹¹ Beim Einführungsvortrag von A. Holzem ging es um „Die Tübinger Schule – Theologie als Zeitgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert“ Der Festvortrag von P. Hünermann behandelte „Urbi et Orbi. Das II. Vatikanische Konzil und seine Bedeutung heute“, also die Konzils- und Kirchengeschichte als Zeitgeschichte. Die Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft hatte das Thema „Der besondere Schutz von Ehe und Familie zwischen Verfassungsanspruch und Verfassungswirklichkeit“, anders formuliert: „Die Verfassungsrechtsprechung als Teil der Zeit- und Ideologiegeschichte“.

sprengen, auf die nachhaltigen Einflüsse der in der evangelischen Theologie (Hermann Gunkel, Rudolf Bultmann, Karl Barth u. a.) entwickelten „formgeschichtlichen Methode“ der Bibelinterpretation näher einzugehen. Es mag der Hinweis genügen, daß diese die Methodenentwicklung in allen Geisteswissenschaften bis in die Literaturwissenschaft¹² nachhaltig beeinflußt hat. Die Herkunft aus der Theologie wird von den Übernehmern oft verkannt oder verschwiegen.

Justiz und Jurisprudenz bewegen sich, ähnlich wie die Theologie, aber wesentlich intensiver und unentrinnbarer, im Einflußbereich der jeweils um den Machtgewinn oder den Machterhalt ringenden Kräfte und Gruppen. Das alles gilt nicht nur für die hier erwähnten Wissenschaftszweige. Alle übrigen sind in verschiedener Weise ebenfalls in die Zeitgeschichte verwoben.

Diese offenbar unlösbare Verknüpfung nahezu aller Wissenschaften mit der jeweiligen Mentalitäts- und Ideologiegeschichte ist ein Hinweis auf die Brisanz und das Problempotential, das sich hinter dem Thema „Verfassung und Methoden“ verbirgt. Auch die Auslegung, Anwendung und Umdeutung von Verfassungen bleibt von den wechselnden Zeitgeistern und ideologischen Modeerscheinungen nicht unbeeinflußt.

¹² Etwa die Konstanzer Schule der Rezeptionsästhetik (W. Iser, H. R. Jauf, H. Weinrich), vgl. statt aller W. Iser: Die Appellstruktur der Texte, in: R. Warning (Hrsg.) *Rezeptionsästhetik*, München 1994, S. 228–252; H. R. Jauf: *Literaturgeschichte als Provokation der Literaturwissenschaft*, in: R. Warning (Hrsg.): *Rezeptionsästhetik*, München 1994, S. 126–162.

II. Verfassungswechsel als Rechts- und Juristenkrisen

1. Verfassungswechsel als Umbrüche der Staats- und Rechtsordnung

Hypothese 1:

Verfassungen werden regelmäßig in Krisen, in Zeiten von Umbrüchen, in „Wendezeiten“ geboren.¹³ Sie sollen eine neue Ordnung für eine neue Zukunft, oft ganz anders als bisher, gestalten. Wenn man ihren Sinn und Zweck erfassen und verstehen will, so ist diese Ausgangslage für jede „Auslegung“ der Verfassung ein unverzichtbarer, erster Orientierungspunkt.

Die erwähnten zahlreichen System- und Verfassungsumbrüche in Deutschland ließen jeweils große Teile der überkommenen Gesetze fortbestehen¹⁴. Sie galten formell

¹³ Das wußte schon Alexander Hamilton, *The Federalist*, General Introduction, 1787, 27.

¹⁴ So trat etwa das BGB am 1. Januar 1900, also noch zur Kaiserzeit in Kraft, erlebte die Weimarer Republik, überlebte bis auf das Familien- und Erbrecht weitgehend unverändert den Nationalsozialismus, galt auch während der Besatzungszeit und daran anschließend sowohl in Westdeutschland als auch in der DDR weiter. In der DDR wurde es erst 1976 durch das Zivilgesetzbuch endgültig abgelöst, kam jedoch im Zuge der Wiedervereinigung Deutschlands 14 Jahre später wieder zurück.

fort, mußten aber im Sinne der jeweils neu etablierten Wertordnungen zum Teil radikal umgedeutet werden. Fundamental veränderte Wertvorstellungen erfordern aus der Sicht der jeweils neuen Träger der Staatsgewalt systemgemäße „Rechtserneuerungen“. Sie verlangen die sofortige Durchsetzung der neuen weltanschaulichen Grundwerte. Die Gesetzgebung kann das in der Regel nicht umfassend und schnell genug leisten. Die Rechtsumdeutung wird dann von der jeweiligen Justiz und Verwaltung vollzogen. Die Systematisierungsarbeit und die erforderlichen dogmatischen Pionierleistungen der ideologischen Neuorientierung werden von der Rechtswissenschaft erwartet. Diese drei Institutionen haben in eifertigem, oft voraus-eilendem Gehorsam diese Erwartungen in der Regel bald erfüllt, manchmal „übererfüllt“.¹⁵

Bei den mehrfachen Umdeutungen der überkommenen Gesetzesordnungen entwickelten sich spezifische Kooperationstechniken. Die Rechtswissenschaft übernahm die Aufgabe, jeweils eine neue „Rechtsidee“¹⁶, neue Begriffslehren¹⁷ und ein neues dogmatisches System zu konstruieren, das den veränderten Wertvorstellungen entsprach

¹⁵ B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7. Auflage, Tübingen 2012; ders., *Die Wendeexperten*, München 1995.

¹⁶ Vgl. zur NS-Zeit etwa K. Larenz, *Volksgeist und Recht*, *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, Bd. I, 1934/35, S. 40; Erik Wolf, *Das Rechtsideal des nationalsozialistischen Staates*, *ARSP* 28 (1934/35), S. 348.

¹⁷ Zum Rechtsdenken in „konkreten Ordnungen“ (Carl Schmitt) und „konkret-allgemeinen Begriffen“ (Karl Larenz) vgl. B. Rüthers, *Entartetes Recht*, 3. Aufl., dtv Taschenbuch, München 1994, S. 54–98.

und in das sich die Einzelfälle der einzelnen Rechtsgebiete möglichst widerspruchsfrei einordnen ließen.

Bei der Suche nach einem Erklärungsmuster für diese Vorgänge stieß ich – nach den genannten historischen Erfahrungen zur juristischen Auslegungskunst – auf eine provokative These von Odo Marquard:

„Hermeneutik ist die Kunst aus einem Text herauszukriegen was nicht drinsteht: wozu – wenn man doch den Text hat – brauchte man sie sonst?“¹⁸

Der Satz traf mich wie ein Blitz. Da die Juristen Rechtsnormen, nämlich Gesetze und höchstrichterliche Entscheidungen auslegen, lag es nahe, ihn auf unser Handwerk zu übertragen. Plötzlich verlor er seine Nähe zur Parodie oder Karikatur. Beschrieb er vielleicht die Praxis der Umdeutungen unserer Verfassungen und Rechtsordnungen nach den deutschen Systemwechseln von 1919, 1933, 1945/49 durch Justiz und Rechtswissenschaft? Wenn das zutrif, war die Frage nach den dabei praktizierten Methoden und Techniken unabweisbar, die es erlaubt

¹⁸ O. Marquard, *Abschied vom Prinzipiellen*, Reclam, Stuttgart 1981, S. 117–146. Der Essay hat mir für vieles die Augen geöffnet. Sein Autor war der Repräsentant einer Generation, die Helmut Schelsky zutreffend als „die skeptische“ eingeordnet hatte (H. Schelsky, *Die skeptische Generation*, Düsseldorf 1957, 7. Auflage 1975). Marquards Büchlein „Abschied vom Prinzipiellen“ enthält eine biographisch beeinflusste Absage an alle Wahrheitsmonopole. Für ihn, den Schüler einer „Nationalpolitischen Erziehungsanstalt“ (Napola; das waren Eliteschulen zur Heranbildung des nationalsozialistischen Führernachwuchses), war 1945 mit dem NS-Regime seine Glaubenswelt zusammengebrochen.

hatten, aus juristischen Texten fast beliebige, variable, auch gegensätzliche Rechtsfolgen abzuleiten.¹⁹ Die dabei verwendeten Methodenakrobatiken verlangten nach einer systematischen Analyse.²⁰

Zwar sind Einzelstudien zu den genannten Verfassungsumwälzungen erschienen, etwa zur NS-Zeit und zur sozialistischen „Rechtserneuerung“ in der SBZ/DDR sowie zum Neubeginn der Bundesrepublik nach 1945. Aber zusammenfassende, systematische, auch rechtsvergleichende Untersuchungen zu den mehrfachen Verfassungs-, Rechts- und Methodenwechseln in Deutschland und in Europa sind bisher kaum vorhanden.²¹ Es fehlt eine Gesamtanalyse zu der Frage, welche Gemeinsamkeiten solche Umwertungsprozesse aufweisen.

¹⁹ Daß gerade diese Frage über Jahrzehnte hin in den juristischen Funktionseliten der Bundesrepublik ein Tabu-Thema war und auch bleiben sollte, wollte mir zunächst nicht in den Kopf; näher B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Nachwort zur 7. Auflage, Tübingen 2012, S. 477–504. Die Erklärung dafür ist wohl die in dieser Generation biographisch bedingte und verständliche „Unwilligkeit sich zu erinnern“.

²⁰ B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung* (1968), 7. Auflage, Tübingen 2012.

²¹ Mich ließ dieses Thema nach dem Buch über „Die unbegrenzte Auslegung“ im Nationalsozialismus und meiner Mitarbeit an den „Materialien zur Lage der Nation 1972“, die einen Rechtsvergleich der Bundesrepublik mit der DDR enthielten (Bundestagsdrucksache VI/3080; B. Rüthers, *Arbeitsrecht und politisches System*, Frankfurt a. M. 1973) nicht mehr los.

2. *Verfassungswechsel verursachen Methodenwechsel*

System- und Verfassungswechsel lösen regelmäßig kontroverse Methodendiskurse, manchmal radikale Wechsel der *Rechtsideen*, der *Rechtsquellen*, der *Grundbegriffe* und der Rechtsanwendungsmethoden aus. Das geschah nach 1919 in Weimar, nach 1933 im NS-Staat, nach 1949 in der „alten“ Bundesrepublik sowie im SED-Staat und, nach dem Beitritt der DDR zur Bundesrepublik nach 1989, neuerdings bei der Integration der deutschen Rechtsordnung in die der Europäischen Union. In den ersten Jahren nach einem Verfassungsumbruch ist die Gesetzgebung regelmäßig außerstande, die jeweils vom neuen politischen System gewünschte, sofortige „umfassende Rechtserneuerung“ zu leisten. Später werden dann auf vielen Gebieten systemgemäße Einzelschriften, überwiegend in der Form von Rechtsverordnungen erlassen, so etwa im Verwaltungsrecht, im (politischen) Strafrecht, in der Wirtschaftsorganisation, im Arbeitsrecht, im Steuerrecht und ähnlichen „systemnahen“ Bereichen. Größere Kodifikationen erfordern in der Regel längere Vorarbeiten, oft Jahrzehnte. Der NS-Staat und der SED-Staat bieten dafür zahlreiche Beispiele.

Hypothese 2:

Recht entsteht aus dem realem Erleben, aus gesellschaftlichen und politischen Strukturen und Erfahrungen, kurz: aus Geschichte, nicht nur aus geschriebenen Gesetzen. Recht ist eine Antwort auf Geschichte.

Die reichen Erfahrungen der deutschen Justiz und Rechtswissenschaft mit Verfassungs- und Methodenwechseln machen dies besonders deutlich.

a) Weimarer Republik

Das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923 (RGZ 107, 78) war das erste Beispiel für einen richterlichen Aufstand gegen den bis dahin unbeschränkt herrschenden absoluten Gesetzespositivismus.²² Positivität erschien vielen bis dahin die einzige Legitimitätsgrundlage des Rechts.²³ Und nun kündigte das Reichsgericht dem Gesetzgeber und dem geltenden Gesetz nach einer Vorankündigung seines Richtervereins den Gehorsam auf. Nicht mehr der Wille der Gesetzgebung, sondern der Richter (das Reichsgericht) bestimmte, was Recht sein sollte. Damit wurde von der Justiz eine Grenze der buchstabengetreuen Gesetzesanwendung deutlich gemacht. Es war ein quasi revolutionärer Akt gegen die herrschende Lehre und Praxis der unbedingten Gesetzestreue.

Auf der Staatsrechtslehretagung 1926 in Münster wurde dieser Konflikt offen diskutiert. *Erich Kaufmann*, bis dahin vorbehaltloser Anhänger des Gesetzespositivismus (These: „Allein das Gesetz ist das Recht“), vertrat unter Hinweis auf die „Erlebnisse unseres Volkes ... im Krieg, im Zusammenbruch, in der Revolution und im Versailler Vertrag“ nunmehr die gegenteilige Überzeugung:

²² Dazu B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 7. Aufl. 2012, S. 66–90.

²³ Zur damaligen Kritik L. Nelson, *Die Rechtswissenschaft ohne Recht* (1917), Göttingen-Hamburg 1949, S. 109–126.

„Der Gesetzgeber ist nicht der Schöpfer des Rechts ... der Staat schafft nicht das Recht, der Staat schafft Gesetze, und Staat und Gesetz stehen unter dem Recht.“²⁴

Seine neue These fand in der Diskussion lebhaften Widerspruch. Bedeutende Kollegen wie *Anschütz*, *Thoma*, *Nawiasky*, *Radbruch*²⁵ und besonders *Kelsen* sprachen sich dezidiert dagegen aus.²⁶ *Kelsen* faßte seine Position pointiert zusammen:²⁷

„Die Frage, auf die das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt ... Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“²⁸

Mit *Gustav Radbruch* vertrat einer der führenden Rechtsphilosophen (SPD-Politiker und Reichsjustizminister 1922/23) lange und mit großer Entschiedenheit den juristischen Wertrelativismus im Sinne des Gesetzespositivismus.²⁹ Das war bis dahin die absolut herrschende Lehre der deutschen Rechtstheorie und Rechtspraxis, nur einmal durchbrochen vom Reichsgericht im erwähnten Aufwertungsurteil.

²⁴ E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStL 3, Tübingen 1927, S. 1. ff., 3.

²⁵ G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 40 und passim.

²⁶ Wie vorige Fn., S. 25, 47, 53, 59.

²⁷ Näher dazu B. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl., Tübingen 2012, S. 93 ff.

²⁸ Wie vorige Fn., S. 54.

²⁹ G. Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, S. 40 und passim.

Der Kampf um die Substanz des Rechtsbegriffs wurde in der kritischen Lage nach dem verlorenen Weltkrieg, der Revolution, nach der Wirtschafts- und Währungskatastrophe sowie dem Versailler Vertrag mit großer Schärfe geführt.³⁰ Gegenseitig warf man sich Demokratiefremdheit, positivistischen Formalismus und Entscheidungsfeigheit vor.³¹

b) Nationalsozialismus

Ein heftiger Methodenstreit folgte auch der Machtübernahme Hitlers. Die neuen Machthaber verlangten eine umfassende „völkische Rechtserneuerung“. Erreicht wurde diese Vorgabe der neuen Machthaber durch die Proklamation einer neuen „artgemäßen Rechtsidee“ (K. Larenz), neuer Rechtsquellen („Führerwille“, Parteiprogramm der NSDAP, „gesundes Volksempfinden“), neuer Grundbegriffe („konkretes Ordnungsdenken“ von C. Schmitt und „konkret-allgemeine Begriffe“ von K. Larenz). Sie waren konzipiert als *ideologische Gleitklauseln* für den gezielten Austausch der juristischen Grundwerte. Die Schnelligkeit und der Erfolg dieser durch neue Rechtsmethoden und Begriffslehren bewirkten Umwertung der gesamten überkommenen Gesetzesordnung auf die rassistische NS-Ideologie sind auch aus heutiger Sicht eindrucksvoll.

Der Kampf der Rechtserneuerer richtete sich vor allem gegen den nun als „Normativismus“ geschmähten Ge-

³⁰ Näher B. Rüthers, *Entartetes Recht*, 3. Aufl., München 1994, S. 34 ff.

³¹ G. Holstein AÖR NF 11 (1926), 1 (17); H. Heller AÖR NF 16 (1929), 221 (323, 341), H. Triepel, *Staatsrecht und Politik*, Berlin 1927, S. 33.

Namensverzeichnis

Sofern sich Namen in den Fußnoten finden, ist nach der Seitenzahl die betreffende Fußnote (*kursiv*) angegeben.

- Adenauer 2, 3
Adrian 166, 288
Albers 79, 155
Alexy 17, 35
Anschütz 14
Austermann 110, 203
- Badura 151, 267
Bannas 140, 253
Bedau 64, 127
Benedict 114, 213; 115, 216
Binder 25, 50
Böckenförde 88, 169; 114, 213; 138, 251
Bölke 113, 208
Bohley 134, 245
Bornemann 110, 203
Brandt 2, 5
Breithaupt 84, 162
Brohm 110, 203
Buchholz 84, 162
Bumke 43, 89; 47, 103
- Canaris 66, 132; 93, 180
Cicero 87, 167
- Dahm 16
Di Fabio 95f.
Diederichsen 35, 70
Donsbach 23, 46
H. Dreier 137, 250
R. Dreier 25, 50; 151, 267
Dürig 30, 59
Düwell 159, 281
Dulckeit 25, 50
- Eckert 17, 35
Ehmann 113, 208
Ehmke 103, 198
Engisch 42, 88; 153, 270
Eppelmann 3, 6
Esser 25, 50; 44, 93; 45, 94, 95; 46, 98; 44, 93; 45, 94, 95; 46, 98
- Faulenbach 3, 6
Fikentscher 69, 139
Findeisen 113, 208
Fletscher 119, 222
Foljanty 59, 119; 64, 128; 65, 138
Forsthoff 16; 30, 60; 42
Freisler 42

- Gärditz 133, 240
 Gamillscheg 148, 261
 Gaßner 114, 213
 Gauch 82, 158
 W. Geiger 61, 125, 126
 Gerken 37, 79
 Göhring 84, 162
 Görner 84, 162
 Gounalakis 112, 208
 Graefrath 17, 35; 84, 162
 Grimm 138, 251; 144, 278
 Grundmann 71, 144
 Gysi 18, 38; 83, 161
- Häberle 143, 257
 Haferkamp 22, 43; 25, 50;
 27, 54; 28, 55; 35, 72; 44,
 91, 92; 45; 46; 59, 120; 165,
 287; 167, 289
 Hager 113, 208; 166, 288
 Hamilton 8, 13
 F. Hartung 68, 136
 Hassemer 33, 66; 81, 156; 89,
 172; 91, 175; 56, 114; 93,
 178, 179; 110, 203; 111, 204
 Hattenauer 149, 264
 Ph. Heck 28, 56; 41; 42, 86,
 88; 43, 90; 45, 97; 55; 160,
 282
 Heller 15, 31
 Henninger 166, 288
 Henschel 138, 251
 Herzog 37, 79
 K. Heuer 84, 162
 U.J. Heuer 18, 39; 84, 162;
 85, 164
 Hiebinger 84, 162
- Hillgruber 115, 216
 G. Hirsch 74, 148
 Höpfner 37, 78; 47, 101; 158,
 289; 159, 280; 166, 288
 Hoepner 113, 208
 D. Hofmann 3, 6
 R. Hofmann 106, 200
 Holmes 31, 62; 34; 79, 154
 Holstein 15, 31
 Honsell 110, 203
 E. Huber 48
 Hünermann 6, 11
- Iser 7, 12
- Jabloner 151, 266
 Janisch 124, 224
 Jauß 7, 12
 Jestaedt 110, 202; 115, 216;
 151, 266; 151, 267
 Joseph 84, 162
- Kaiser 88, 169
 A. Kaufmann 33, 66; 81, 157
 E. Kaufmann 13; 14, 24
 Kauhausen 27, 51; 40, 81;
 64, 127
 Kehrer 168
 Kelsen 14, 28
 Kerrl 16
 Kern 88, 168
 Kielmannsegg 133, 241
 Kiesel 112, 206
 Klenner 84, 162
 Kohler 27, 51
 Kramer 28, 55; 77, 152
 Kranenpohl 139, 252

- Kriele 69, 139; 112, 206
 Krings 115, 216
 Kübler 113, 208
 G. Küchenhoff 42; 61
 Küsters 3, 6
 Kunz 84, 162
- Landau/Kessal-Wulf 115,
 215; 134, 244
 H. Lange 16; 42; 70, 141
 Langenbacher 166, 288
 Larenz 9, 16; 16; 22, 44; 25,
 55; 42; 46, 99, 53, 109; 55,
 113; 61; 66, 132, 134; 70,
 141, 93, 180; 12, 229
 Lepsius 35, 74; 110, 202; 143,
 257
 Leser 69, 139
 Liwinska 18, 36
 H. Lübbe 106, 201; 145, 259
 Lübbe-Wolf 86, 166
 H. Luther 84, 162
- Mahrenholz 3, 6; 4, 8
 Marcic 35, 71
 Marquard 10, 18
 Massing 139, 252
 Maunz 42
 Maurer 32, 63
 Meier-Hayoz 48, 103; 82,
 158; 94, 181; 148, 262
 Merten 124, 224
 Michaelis 25, 50; 42; 61, 124;
 65, 130
 Chr. Möllers 110, 202; 152,
 268
 M. Möllers 139, 252
- Müller 125, 225; 128, 232
- Nawiasky 14
 L. Nelson 13, 23
 Neumann 33, 66
 Nipperdey 30
 Noelle-Neumann 23, 46
- Oberhammer 25, 50
 Offenloch 114, 213
 Ohlinger 144, 257
 Osterloh 95f.
- Papier 138, 251
 Peifer 113, 208
 Petersen 23, 46
 Picker 44, 92; 47, 102; 50,
 108; 54, 110; 77, 153; 159,
 280
 Polak 17, 35
 Popper 91, 179
 Prantl 124, 224; 132, 240
- Rabel 69
 Radbruch 14, 25, 29; 59, 121;
 60, 122, 123; 69, 137; 70,
 138; 73, 146; 81, 157; 117,
 217
 Reimer 115, 216; 151, 267
 Reuter 151, 267
 Rieble 99, 190; 132, 239
 Riesenhuber 71, 144; 166, 288
 Rixecker 113, 208
 Rixen 119, 222
 Röhl/Röhl 75, 149; 151, 267;
 153, 269, 271
 Roellecke 142, 256

- Rommen 59, 119
 Rückert 20, 40; 40, 81; 42, 86;
 64, 127; 162, 285
 Rupp-v. Brünneck 138, 251
- Säcker 159, 280
 Schelsky 10, 18
 Schenke 152; 268
 Schmerbach 16, 34
 Schmid 4, 8
 Schmidt-Glaeser 103, 198;
 112, 206
 Schmitt 9, 12; 16; 30, 60; 42;
 61; 70, 141; 88, 169; 127,
 228
 H.P. Schneider 110, 203
 P. Schneider 82, 158; 103,
 198
 Schönberger 27, 64; 33, 65;
 79, 155; 100, 194; 101, 196;
 110, 202
 K.H. Schöneburg 84, 162
 V. Schöneburg 84, 162
 Schönfeld 16; 25, 50; 42; 61;
 70, 141
 Scholz 3, 6
 Schorn 61, 124; 65, 130
 Schoppmeyer 16, 33; 42, 87;
 45, 96
 J. Schröder 20, 40; 27, 53
 Schulze-Fielitz 135, 248
 Schweling 61, 124; 65, 130
 Schwinge 61, 124; 65, 130;
 70, 141
 Seinecke 20, 40
 Seitz 113, 208
 Siebert 70, 141
- D. Simon 82, 158
 H. Simon 138, 251
 Sodan 110, 203
 Starck 112, 206
 Stark 112, 206
 Steiner 110, 203
 H. Stoll 16; 42, 88
 Stolleis 36, 75; 86, 166; 88,
 168
 R. Stürner 112, 206; 113, 208;
 151, 266
- Teubner 143, 257
 Thoma 14
 Tipke 152, 268
 Triepel 15, 31
- Villiani 64, 126
 v. Oyen
 v. Savigny 34, 40, 43, 57
 v. Stein 20, 41
 v. Zeiller 169
 Voßkuhle 95 f.; 110, 203; 135,
 248; 140, 255
- Wasmuth 118, 220
 Watt 119, 222
 M. Weber 54, 111
 Weinkauff 61, 124, 125, 126;
 65, 130
 Welzel 61
 Wendehorst 149, 264
 Wieacker 66, 133, 134
 R. Will 84, 162
 E. Wolf 9, 16; 16; 22, 45; 42;
 58, 118; 61; 70, 141
 W. Wolf 27, 51

Zeh 110, 203

Zimmermann 40, 82

Züнкler 113, 208

Zwerenz 3, 5;

Schriften des Verfassers zur Rechtstheorie

1. Die unbegrenzte Auslegung – Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen 1968; 7. unveränderte, um ein neues Nachwort ergänzte Auflage, Tübingen 2012, XXII u. 552 S.
2. Gesellschaftlicher Wandel – Anpassung oder Widerstand des Rechts? – Königstein/Ts, 1981, 119 S.
3. Rechtsordnung und Wertordnung – Zur Ethik und Ideologie im Recht, UVK Konstanz 1986, 78 S.
4. Wir denken die Rechtsbegriffe um ..., Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Zürich, 1987, 101 S.
5. Carl Schmitt im Dritten Reich, 2., erweiterte Auflage, München 1990, 107 S.
6. Entartetes Recht – Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich –, 1. Aufl., München 1988; 3. Aufl. dtv Taschenbuch, München 1994
7. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit – Defizite eines Begriffs, 3. Auflage, Tübingen 2009
8. Immer auf der Höhe des Zeitgeistes? Wissenschaft im Wandel der politischen Systeme am Beispiel der Jurisprudenz, Konstanzer Universitätsreden, UVK Konstanz 1993
9. Die Wende-Experten – Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen, 2. Auflage, München 1995, 260 S.
10. Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 1. Aufl., München 1999, XXXIV u. 566 S.

11. Toleranz in einer Gesellschaft im Umbruch, Konstanzer Universitätsreden Nr. 218, UVK Konstanz, 2005
12. Zeitgeist und Recht, Walter-Raymond-Stiftung, Kleine Reihe Heft 62, Köln 1997, 57 S.
13. Geschönte Geschichten – Geschonte Biographien/ Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen, Ein Essay, Tübingen 2001, 167 S.
14. Verräter, Zufallshelden oder Gewissen der Nation? – Facetten des Widerstandes in Deutschland, Tübingen 2008, XXXII u. 226 S.
15. Die einsamen Außenseiter – Deutscher Widerstand im Lichte des wechselnden Zeitgeistes, UVK Konstanz 2010, 38 S.
16. Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 7. Auflage, München 2013, XXIV u. 598 S.