

JOSEF ESSER

Grundsatz und Norm  
in der richterlichen  
Fortbildung des  
Privatrechts

---

Mohr Siebeck

JOSEF ESSER · GRUNDSATZ UND NORM



JOSEF ESSER

# GRUNDSATZ UND NORM

in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts

Rechtsvergleichende Beiträge  
zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre

4., unveränderte Auflage



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

*CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

*Esser, Josef*: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des  
Privatrechts : rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen-  
und Interpretationslehre / Josef Esser. – 4., unveränd. Aufl. –  
Tübingen : Mohr, 1990  
ISBN 3-16-145581-9 / eISBN 978-3-16-161910-6 unveränderte eBook-Ausgabe 2022

© 1990 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde gedruckt von Gulde-Druck GmbH in Tübingen auf Werkdruckpapier der Papierfabrik Nieferrn, in Nieferrn und gebunden von der Großbuchbinderei Heinrich Koch KG in Tübingen.

**MAX RHEINSTEIN**

**zugeeignet**



## VORWORT

Der Zeitabstand zur Erstveröffentlichung von 1956 – zur Einführung in die Reihe „Grundlagenforschung“ der Gesellschaft für Rechtsvergleichung – macht eine Besinnung auf die damalige Absicht und heutige Bedeutung des Werkes ratsam.

Wir standen in einem damals neuen Prozeß des Überdenkens des Verhältnisses von Gesetz und Richterspruch, der positiven, aktuell gültigen Rechtsnorm und ihres Werdens bzw. Sich-Änderns in der Praxis („law in action“). Für den Zivilrechtler, der in Hecks Interessenjurisprudenz aufgewachsen war, bot das Thema der wirklichen Rechtsbildungsfaktoren gerade in der Vergleichung kontinentaler Auslegungs- und angelsächsischer Präjudizien-Praxis aufschlußreiche Aspekte des Gemeinsamen in der so verschiedenen Rechtsfindungskunst. So etwa denjenigen, daß die „ratio decidendi“ (im Rahmen aktuell vorgegebener Regelungsziele) zurückgeht auf Abwägungsakte, die ihrerseits abgesichert werden durch Grundsätze jenseits fixierter Texte und Lehrsätze, die aber doch auch der „gelernten“ Rechtsdogmatik zugrunde liegen. Ihnen wird in der Entscheidungspraxis Aktualität und Relevanz verliehen, wobei die Systemansprüche von Gesetzbüchern und Doktrinen offen oder heimlich durch kasuistisches Neuverständnis überwunden werden. Dieses Funktionsverhältnis von „Grundsatz“ und „Norm“ schien mir in den so verschieden beurteilten codified law- and common law-Familien in vielem als äquivalent begreifbar.

Die Wissenschaftlichkeit solcher Fragestellung verlangte freilich Vieles: Vorweg die minutiöse Bestimmung der „Erscheinungsformen“ (1. Teil) und der „Typen“ (2. Teil) der sog. Rechtsgrundsätze sowie ihrer Wirkungsweise und Autorität im codified wie im judge-made law (3. Teil). Hier mußte anhand kompetenter Zeugnisse das gemeinsame ihrer Funktion bei jeder Art der Rechtsanwendung hervortreten. Die in den Kapiteln X und XI gesammelten Nachweise erlaubten dann (4. Teil) die Darstellung der beiderseitigen Schlüsselrolle von Prinzipien als „Basis schöpferischer Interpretation“ bei Gesetzes- wie bei Präjudizientexten (Kapitel XII) sowie ihrer „Garantenstel-



lung“ für die „Stabilität und Kontinuität“ der Rechtsmasse (Kapitel XIII und XIV). Hier bot sich auch der Ort zur Rechtfertigung schulmäßig-dogmatischer Arbeit, mit der hier wie dort Rechtsgedanken zu juristisch-handhabbaren Institutionen und Begriffseinheiten profiliert werden (Kapitel XV). Denn die Überwindung der Antinomie Gesetzesrecht-Richterrecht schließt notwendig die Rolle der Doktrin mit ihrer begrifflich/systemintegrierenden Vor- und Zuarbeit ein. Doch lassen sich gerade in dem letzten Punkt eben keine rechtsvergleichenden Betrachtungen im common law anstellen – ja mangels richterlicher Tradition im Heranziehen oder gar Würdigen von gelehrtem Schrifttum ist im Entscheidungsstil begriffliche Infiltration der Doktrin nicht dokumentierbar. Wieder sind diese Einflüsse auf die Profilierung der „principles of law“ beschränkt, welche die Maximen für die Güterabwägung und die Prioritäten der dabei involvierten Rechtseinrichtungen abgeben.

Nochmals zeigt sich die Schlüsselstellung der „principles“ im differenzierter werdenden Rechtsgebäude, konvergierend auch insoweit mit unserer Erfahrung, daß Rezepte der Güterabwägung nicht im Sinne der alten Interessenjurisprudenz in der Werkstatt „des Gesetzgebers“ zu holen sind, sondern des Rückgriffs bedürfen auf Grundsätze, mit denen die Abwägung von Vor- und Nachteilen optimiert werden kann. Deshalb wuchs auch im systemgefestigten Kontinentalstil die Bedeutung der Rechtsgrundsätze mit der Notwendigkeit, neuen Konflikten mit neuen Gesichtspunkten, „topischen“ Argumenten, ad hoc geführten Abwägungsdiskussionen zu begegnen.

Hier mußte die rechtsvergleichende Arbeit zur Besinnung auf interne Methodenfragen der Zivilrechtsentwicklung führen; auf Fragen des Auseinanderfallens von Praktikerargumenten, realen und doktrinären Entscheidungsmotiven, auf „Methodenkritik“ überhaupt.

Das alles lag und liegt freilich noch jenseits des Werkes. Dieses bot gleichwohl einen wichtigen Anstoß und Materialfonds für die späteren Studien in jener Richtung. Beschreibt es doch auch in dem gewählten Ausschnitt schon signifikante Implikationen jedweder Rechtsanwendungstechnik in unserer Zeit. So kann gerade die rechtsvergleichende Bestandsaufnahme auch als ein Beitrag zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit fortwirken.

Tübingen, Dezember 1989

JOSEF ESSER

## INHALT

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII

### 1. Teil

#### Die Erscheinungsformen allgemeiner Rechtsgrundsätze und -gedanken im Privatrecht

Kapitel I Abgrenzung und Bedeutung des Themas	1
Gesetzestext und Grundgedanken – Wandlungen im Richterbild – Interessenjurisprudenz und „höheres Recht“ – Maßstäbe im „System“ und in seiner Dogmatik – offenes Problemendenken und geschlossene Axiomatik – Harmonisierungsversuche des Gesetzespositivismus – gleichartige Fehler der Naturrechtsdoktrin – voreilige Standortbestimmung der Prinzipien.	
Kapitel II Die richterliche Rechtsbildung als Kraftfeld juristischer Prinzipien	14
Richterrecht als law in action – gleichartige Lösungen und Prinzipien bei verschiedener Struktur der Systeme – Aufgabe einer vergleichenden „Grundlagenforschung“ in der Gegenüberstellung von codified und case law – Begriff der „funktionellen Rechtsvergleichung“ – die Stellung der Rechtsprinzipien im Fallrecht und im Kodifikationsrecht – Dogmatismus und Empirismus in der Erklärung des „judicial process“ – die Wandlungen des Gesetzesbegriffes unter dem Einfluß der soziologischen Schule – die Desillusionierung des Kodifikationswunders – die Sicherheitsgarantien des Richterrechts.	
Kapitel III Zur Bedeutung der Rechtsvergleichung für unsere Fragestellung	28
Zweckgedanke und Strukturelemente in der Institutionsbildung – Vergleichbarkeit „wesensähnlicher“ Figuren – Bedeutung für die Qualifikationsfrage im IPR – Rechtsnatur der „principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées“ des Art. 38 I Ziff. 3 Stat. Haager Int. G. H.	
Kapitel IV Vorläufiges über Begriff und Natur der Allgemeinen Rechtsprinzipien	39
1. Rechtsethische und rechtsdogmatische Prinzipien – Schwierigkeiten der Abgrenzung – Transformationsrolle der Jurisprudenz – Problemprinzipien und System-(Aufbau-)prinzipien – Problemendenken innerhalb dogmatischer	

Systeme – normative und notative Tatbestände – axiomatische und rhetorisch-topische Argumentation.	
2. Prinzipien des common sense und der <i>εὐδοξία</i> im geschlossenen System – ihr Einfluß auf die Rechtsdogmatik – auf Begriffsbildung und Rechtslogik – offene Wertkonflikte und Schultheorien – Integrationsrolle des Richterspruchs – „offene“ oder notative Elemente in den Gesetzestatbeständen.	52
<b>Kapitel V Die Bedeutung von positiven Verfassungsprinzipien für die richterliche Rechtsbildung.</b>	
1. Bindung der Prinzipienwirkung an ein System – normative und informative Prinzipien – Justiziabilität eines Prinzips – Postulate ohne juristische Anknüpfbarkeit – geschriebene und ungeschriebene Prinzipien einer Verfassung – das Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter (Art. 3 II GG) – Voraussetzungen und Grenzen seiner Justiziabilität.	69
2. Politische Prinzipien und Rechtsprinzipien – die Grenzen des positiven Rechts – die „aktuelle Geltung“ eines Verfassungsprinzips – die Wege einer Konkretisierung – die Mängel unseres Präjudizienwesens – selektive Prinzipien als Auslegungsgebote – die Grenzen der Interpretation – die Bedeutung eines einheitlichen sozialen Wertungsschemas – die Rolle „bewährter“ Lehre und Überlieferung – erste Kritik der etatistischen Rechtsquellenlehre – und der Theorie von der „subsidiären Geltung des Naturrechts“.	73

## 2. Teil

### Versuch einer Klassifikation und Typenbestimmung der Prinzipien im Recht

<b>Kapitel VI Die Typen der Rechtsprinzipien i. e. S.</b>	
1. Notwendigkeit einer Standortbestimmung – institutionell immanente Prinzipien und bloße guides – materielle Prinzipien des Rechts und technische Prinzipien juristischer Arbeit – Überschätzung der ersten und Unterbewertung der zweiten Gruppe – axiomatische Prinzipien und heuristische Prinzipien – Überspitztheit dieser Unterscheidungen – Prinzipien der Rechtslogik und der Natur der Sache – Maximen und <i>regulae iuris</i> .	87
2. Das Verhältnis von Prinzip und Rechtssatz – die Untrennbarkeit normativer Elemente aus beiden Ebenen – principles · rules · legal concepts · doctrines · standards als Teile jedes <i>corpus juris</i> – die Normkraft der standards – das Präjuristische in den notativen Tatbeständen – ihre rechtsethische Seite – Dogmatik als technisierte Problemhandlung.	93
3. Axiomatisches und problematisches Denken – grundlegend abweichende Stellung der Prinzipien – die Natur der Sache und die <i>aequitas</i> – Auswirkung auf die Gesetzesinterpretation – und auf die Qualifikationsfrage im IPR – Wiederentdeckung in der „Interessenjurisprudenz“ – „institutionell notwendige“ Prinzipien – Sachlogik und Ordnungswillkür – Prin-	101

zipien des *ordre public* und der nationalen *raison* – ihre Einkleidung in dogmatische und Aufbauprinzipien.

## Kapitel VII Die Prinzipien der Rechtsfindung

1. Relativität der Abgrenzung von „materialen“ und technischen Rechtsprinzipien – Verklammerung von Doktrin, Methode und Gehalt eines Systems – Stadien der Doktrinbildung und der Einverleibung „materieller“ Rechtsprinzipien – Abweichung in diesem Vorgang beim *case law* und im IPR – Prinzipien der Verwertung der Rechtserfahrung – Aufgabe der Jurisprudenz zur Rechtsentdeckung oder Rechtsfindung. 107
2. Prinzipien der Rechtslogik als heuristische Leitsätze – materiellrechtliche Funktion der Beweisregeln – Auslegungsregeln als Teil des *corpus juris* eines Systems – Fehlvorstellungen hierüber im *codified law* – Rückwirkungen auf unsere Rechtsquellenlehre – die *leges artis* der Rechtsfindung als „Verfassungsrecht“ der *judicial legislation*. 112
3. Der Antagonismus der Auslegungsprinzipien – notwendige Widersprüche handwerklicher Maximen – die Ausweglosigkeit der positivistischen Haltung – der Zirkelschluß der *sens clair-doctrine* – die sachliche Rangordnung der Interpretationsregeln – die Abweichungen im *common law* und im *statute law*. 121

## Kapitel VIII Allgemeines zum Verhältnis von Rechtsprinzip, Rechtsnorm und Rechtsquelle

1. Die richtige Fragestellung – die Bedeutung der „Konkretisierung“ – institutionell verkörperte Prinzipien und informative Prinzipien (*guides*) – die Rechtsquellenfrage als soziologische und als Verbindlichkeitsfrage – die ontologische Einheit beider Aspekte. 132
2. Der Rechtsschöpfungsakt als Rechtsquelle – die Intentionalität als Kriterium der Normbildung – die Rechtsprechung als Transformator vorjuristischer Wertungen in Rechtsnormen – ihr institutioneller Auftrag – die Bedeutung der „*principes généraux*“ im Präjudizienrecht und im kodifizierten Recht. 137

## 3. Teil

### Die Rolle der Rechtsprinzipien im Aufbau von kodifiziertem Privatrecht und im *judge-made law*

## Kapitel IX Prinzip und Rechtsnorm im kodifizierten Zivilrecht

1. Rechtsbildung und Rechts„anwendung“ in beiden Systemen – „Vorliegen“ einer fertigen Norm und Integration aus dem Material – Subsumtionstechnik und „offenes“ *legal reasoning from case to case* – Schuldenken und Praktikerdenken – Enklaven offenen Problemdenkens im Schulsystem – Aufbauprinzipien und Sachprinzipien in den Kodifikationen – Zeitgeist und Prinzipienfreudigkeit – Unzweckmäßigkeit der Grundsatz-Redaktion. 141

2. Die Verweisung auf allgemeine Rechtsprinzipien und das Lückenproblem – der Totalitätsanspruch der Kodifikationsidee – die „Fenster“ der richterlichen Normbildung – zur Technik von Generalklauseln und Tatbestandsordnung – normative und notative Tatbestände – zur Billigkeit als angeblich eigenständigem Rechtsprinzip. 147
3. Funktionseinheit von Aufbauprinzipien und Wertprinzipien – formale Kriterien als Ausdruck materialer Wertung – Formprinzipien bestimmt durch die Sachlogik – Folgen einer Verkennung dieses Zusammenhangs – institutionelle Prinzipien als Ausdruck der inneren Gesetzlichkeit jedes Ordnungskreises. 153
4. Die Tendenz zur Überbetonung der Systemprinzipien – die angebliche Geschlossenheit des Systems und das scheinbar deduktive Argumentieren daraus – Schwierigkeiten einer Anerkennung von „systemfremden“ Prinzipien „aus“ dem Gesetz – zur topischen Entdeckung der allgemeinen Rechtsgedanken am Problem – ihre Interpolation in das Gesetzssystem – die Rechtfertigung durch den „organischen“ Zusammenhang seit Savigny. 161
5. Das Verhältnis von Form und Inhalt in der Institutionsbildung – das universal Bleibende in der „Stoffbestimmtheit“ der Prinzipien – sein Verhältnis zum „esprit de la loi“ – das Schicksal der Wahlprinzipien eines Gesetzes – die vom Zeitgeist bestimmten Prinzipien und der Richter – die Unhaltbarkeit „historischer“ Auslegung und Gesetzestreue – die Loslösung des Textes von seiner Entstehungs-Ideologie – die Technik der aktuellen Textverwertung – sens clair-doctrine und korrigierende Interpretation – Widersprüche der offiziellen Theorie der Rechtsanwendung – neues Richterrecht als Vorstufe zu verbesserter Konstruktion und Systematik. 171

## Kapitel X Principle and Rule im Case Law

1. Rechtsschutzordnung und Schulsystem der Institutionen – offenes Ausbilden problemgebundener principles aus dem Fallrecht – ihre Stellung ohne „legal authority“ in der Masse der rules – ihre zentrale Bedeutung als „starting points“ in der Auswahl der cases und in der Bestimmung der maßgebenden rule – die Technik des „shaping of the rule“ und der Abgrenzung der ratio decidendi – der Pragmatismus des „overruling“ – die Illusion des „Stare Decisis“ – principles als Ansatz zum Institutionsgedanken. 183
2. Die faktisch beherrschende Rolle des principle im Bewerten der precedents – die Scheinrolle der Logik – die Vorzüge des prozessualen (sog. „aktionsrechtlichen“) Denkens – seine Schwächen im Konstruktiven – Ansätze zu seiner Überwindung. 186
3. Die moderne Theorie von principle und rule in der realistic school – Revision der Rechtsquellenlehre – die offizielle und die geheime authority der precedents – die seltsame Überzeugungskraft bloßer dicta – ihre Bedeutung für die Formgebung von principles – overstatement of a principle und Leitsatzredaktion. 192
4. Principles und Fallbehandlung in den USA – die heutige Rolle der Doktrin für die Bildung von judicial principles – die Rolle der letzteren in der Begriffsbildung – und bei der Abgrenzung der legal authority eines precedent – ihre Anerkennung als Teil des common law – principles and maxims 197

- der Bedeutungswandel der klassischen doctrines – Beispiele für die systembildende Kraft der dicta – das principle als Herzstück des precedent.
5. Principles und Rechtslogik im common law – die „Täuschungen“ der Logik – die Sachlogik – ihr Niederschlag in der Begriffsbildung – die „necessary notions of law“ – ihre zeitbedingte Umgestaltung – ihre Schlüsselbedeutung für die Entwicklung von case law – ihre „interessenjuristische“ Funktion – der Zweckgedanke im Präjudizienrecht – Beispiele aus Carozos Praxis. 207
6. Die principles of equity: ihr Eindringen in das common law – principles of sound justice in der arbitration. 215

## Kapitel XI Vergleichende Betrachtung der Rolle der Prinzipien im axiomatisch und im problematisch orientierten Rechtsdenken

1. Zum Unterschied der beiden Haltungen und Systemkreise – die abweichende Stellung der Prinzipien im deduktiven und induktiven Denken – die bleibende Bedeutung des Problem Denkens im gemeinen Recht – in der Fortbildung des Kodifikationsrechts – und in der Rechtstheorie – topische Argumente im IPR. 218
2. Die Annäherung der beiden Systemkreise – dogmatische Grundsätze im case law – induktiv gefundene Rechtsprinzipien im codified law – die Technik der Restatements – die beiderseits wachsende Bedeutung der Standards – die Besinnung auf die „basic juridical conception“ – die vorjuristischen Elemente der Rechtsnorm – die reasonableness. 223
3. Die Axiomatik jedes Rechtssystems – die notwendigen Formprinzipien jedes Ordnungskreises – der Geist einer Rechtsordnung. 226
4. Zusammenschau der trennenden und verbindenden Merkmale im Gebrauch von principles unter beiden Systemtypen – die Sonderstellung des statute law – die aphoristische Begründung systemfremder „Rechtsgedanken“. 228
5. Zur Bedeutung der Analogie in beiden Systemen – Rückschlüsse auf die Anerkennung von principles – und auf den Wert der „Rechtslogik“. 231
6. Der Primat des „volitiven“ Gerechtigkeitsurteils in beiden Systemen – das Gefühl für die Lösung, der „hunch“ – die Kontrollfunktion der Dogmatik – konstruktives Denken in beiden Rechtskreisen. 235
7. Die Angewiesenheit beider Haltungen aufeinander – Systemverständnis als Stufe jeder Wissenschaftsbildung – Werden und Wandlung der kontinentalen Systemvorstellung vom Recht. 239

## 4. Teil

**Die Berufung des kontinentalen Richters zur Gestaltung  
allgemeiner Rechtsprinzipien**

<b>Kapitel XII Die allgemeinen Rechtsprinzipien als Basis schöpferischer Interpretation und Rechtsfortbildung</b>	
1. Gesetzestreue und Verbot der Rechtsverweigerung – Gebot der Rechtsfortbildung – angebliches Fehlen objektiver Rechtsnormqualität im Richterspruch – sog. Einfließen dieser legal authority in die „allgemeinen Rechtsgedanken“.	242
2. Der Anteil der Doktrin an dieser Rechtsbildung – die Eigenart kasuistisch entdeckter Rechtsgrundsätze – Stadien und die Gründe ihrer Entstehung.	244
3. Beispiele rein judizieller Entwicklung von Institutionen – die Kasuistik als Motor der Neuorientierung des Schuldenkens – die „Gesetzeslücke“ als stimulant – Grundsatzbildung jenseits blosser Analogie.	248
4. Angewiesenheit des normalen Interpretationsvorganges auf richterliche, vom Objekt der Interpretation unabhängige Prinzipien des Normverständnisses – Interpretation und Lückenfüllung – Interpretation und Neuschöpfung – schöpferische Elemente jeder Auslegung.	253
5. Die reale Abfolge des Auslegungsvorganges – die Zweitrangigkeit der Auslegungsmittel – die Unabhängigkeit der Auslegung vom historischen „Gedanken“ – die Objektivität des aktuellen Ordnungswertes – die Autonomie des Systems – und der „ratio legis“.	256
6. Die Herkunft der „objektiven“ Verstehensmaßstäbe der Norm – die „Grundwahrheiten“ einer Ordnung und die normative Aufgabe der Jurisprudenz – Anerkennung der juristischen Kunstprinzipien – Selbstständigkeit der jurisprudentiellen Werteinsichten und ihrer technē.	259
7. Die Legitimation des Richtertums zu gemeinrechtlicher Grundsatzbildung – die Vorbehalte im statute law, ihre Gründe, ihre Unhaltbarkeit.	264
 <b>Kapitel XIII Das Verhältnis von Prinzip und Präjudiz in der kontinentalen Richterrechtsbildung</b>	
1. Non ex regula ius summatum, sed ex iure quod est regula fiat – Schöpferrolle der Kasuistik – die Traditionswerte – Grundsatzentscheidungen und Richterfreiheit.	267
2. Grundsatz und Norm am Beispiel des Bereicherungsrechts – das „shaping the rule“ in der französischen Bereicherungsjudikatur – in der englischen und amerikanischen – das Verhältnis von Kasuistik und Prinzip im Kollisionsrecht.	269
3. Der Überzeugungswert des precedent im kontinentalen Rechtskreis – förmliche und sachliche legal authority hüben und drüben – die sog. „Grundsatzentscheidung“ – ihr Zustandekommen – der „leading case“ – seine Auswirkungen – Annäherung der beiden Rechtskreise.	275
4. Die „stehende Rechtsprechung“ – der „horizon des juges“ – das Prinzip ist „immer unterwegs“ – Quantität und Qualität der precedents – Unter-	279



schiede in der Autorität von Richterspruch und Judikatur – soziologische Gründe – bleibende Strukturabweichung von „echtem“ case law und kontinentaler Richterrechtsbildung.

5. Gesetzestreue und judicial legislation – gleiche Antinomie im case law – die Schöpfung „verborgener“ Prinzipien – die Bindungen bei diesem Schöpfungsakt – der Dualismus von lex und ius – die Zweitakt-Motorik von Juristenrecht und politischem Recht – die autonome Basis des ersten – ihr sozialer Hintergrund. 283

#### Kapitel XIV Die Bedeutung jurisprudentiell entwickelter Prinzipien für die Stabilität und Kontinuität des Rechts.

1. Die Krise der „lois réglementaires“ – Fehlschläge des etatistischen Gesetzesdenkens – der Appell von François Géný an die Juristenwelt. 289
2. Revision der Rechtsquellenlehre – die sog. „pluralistische“ Theorie – das „law in the books“ als blosser Entwurf des „law in action“ – foedera und leges angewiesen auf ius – gemeines Juristenrecht als Rückgrat jeder Rechtsverfassung. 291
3. Der Kampf des Absolutismus gegen das Juristenrecht – legislativer Totalitarismus – die Utopie der politischen Kodifikationen – die Neuentdeckung der schöpferischen Vorarbeit der Jurisprudenz – die befreiende Wirkung der Rechtsvergleichung. 293
4. Bedeutung des Juristenrechts für Völkerrecht und IPR – das Qualifikationsproblem – die Irrwege der lex fori-Doktrin – der Weg vom precedent zum Begriff – Hilfe durch struktur-neutrale Problemprinzipien. 297
5. Stabilität des ius, Abwertung der lex – le déclin de la loi – die Privilegien des common law. 300
6. Bedenken gegen den Horizont des Richterrechts – ein Danaergeschenk an den Juristenstand? – Wege der Rationalisierung im case law – Bedeutung der Dogmatik und der „juristischen Konstruktion“. 302

#### Kapitel XV Der Anteil der Rechtswissenschaft an der Entfaltung außergesetzlicher Prinzipien

1. Die Rückwirkung des Einzelfalles auf die Prinzipien und Theorien – die Stabilität des doktrinären Horizontes – die Notwendigkeit seiner Berechtigung vom Ergebnis her. 306
2. Notwendigkeit eines Schulsystems zur Abstimmung der Problembehandlung – Aufgabe des dogmatischen Begriffes – Schwäche des Fallrechts. 307
3. Überführung von „Rechtsgedanken“ in konstruktiv brauchbare Formeln – von rechtsethischen Postulaten in juristische Kategorien und Dogmen – die dienende Stellung der Doktrin – Praktikerrecht und Professorenrecht – Epochen der Schulgläubigkeit. 309
4. Unentbehrlichkeit der Doktrin im case law – die Entwicklung im anglo-amerikanischen Kreis. 312
5. Die Rechtswissenschaft als „normative“ Disziplin – ihr Beitrag zur Institutionsbildung – ihre Einbeziehung der „metajuristischen“ Wahrheiten – ihre Pflege juristischer Methode – Prinzipien wissenschaftlicher Strenge als Rechtsprinzipien. 314



- |   |     |
|---|-----|
| 6. Die Rolle der „isolierten“ Doktrinen – römische <i>regulae</i> und englische <i>maxims</i> – Übergang von Einzelrezept zum Systemprinzip – bleibender Wert der <i>Maximen</i> im Neuland.  | 317 |
| 7. Kontinentale „Theorien“ und ihre rechtsschöpferische Kraft – Bedeutung einer „allgemeinen Theorie“ zu Einzeldoktrinen und -figuren.  | 319 |
| 8. Die Institution als Produkt von Kasuistik und Doktrin – Prinzipien als „überhängende“ Ordnungsgebote ohne vollständige Normierung – die Zusammenschau der Gesamtproblematik als Aufgabe der Rechtstheorie.   | 321 |
| 9. Systembildung von solcher Theorie her – Aufbauprinzipien als Kennzeichen der Durchformung – Strukturen des historischen Wachstums – von der Struktur ablösbare Prinzipien – Wandlungen der Zweckbestimmung bei gleichbleibender Begriffs- und Figurenwelt. | 323 |

## 5. Teil

### Die Zukunftsbedeutung universaler Rechtsprinzipien für supranationale Rechtsgemeinschaften

#### Kapitel XVI Das Schicksal der Prinzipien im Wandel des nationalen Rechts

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Zeitbedingtheit der Prinzipien – scheinbare Stabilität der „obersten Grundsätze“ – erkaufte durch notwendige Antinomien – Stabilität von Blankettformeln – zur Zwillingennatur von Strenge und Billigkeitsrecht.  | 327 |
| 2. Falsche Programmatik im Etatismus – Recht abhängig von Wirtschaftsstruktur.   | 330 |
| 3. Rechtsleben nimmt am sozialen Stoffwechsel teil – einzelne Schicksale von Rechtsprinzipien – the humanitarian path of law – Ethisierung – Sozialisierung – Kollektivierung von Rechtsmaßstäben – umgekehrt: Schwinden rechtlich indifferenter gesellschaftlicher Wertungen – Anerkennung faktischer Rechtskontakte – Ausdehnung der Risikofragen. | 331 |
| 4. Konservative Kräfte der Doktrin – Notwendigkeit der Tradition juristischer Denkformen – Gebiete juristischer Hypokrisie.  | 334 |

#### Kapitel XVII Die Stellung der Prinzipien im Raume zwischen mehreren Rechtsordnungen

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Ohne gemeinsame Praxis keine wirksamen übernationalen Rechtsprinzipien – um so erstaunlichere Koinzidenz der nationalen Lösungen – Rückschlüsse auf universale Rechtsvorstellungen.   | 336 |
| 2. Die universalistische Schule im IPR – der Sache nach neutral oder autonom darstellbare Rechtsprinzipien – Berechtigung und Fehlsichtigkeit in der französischen Kritik hieran – Funktionsvergleichung als Weg zur Absonderung des substantiell wirksamen Rechtsgedankens. | 337 |
| 3. Uniformität moderner Richterrechtsbildung – ihre Bedeutung in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit – Hemmungen in der Ausbildung universaler Rechtsgrundsätze im Schiedsgerichtswesen.  | 342 |

4. Bedeutung universaler Prinzipien für die Praxis zu koordinierten und supranationalen Gesetzgebungen. 345

## Kapitel XVIII Universale Prinzipien als Basis der Funktionsvergleichung von Privatrechtsinstitutionen

1. Struktur und Ordnungsaufgabe der Institutionen sind historisch eine Einheit, für die rechtsvergleichende Betrachtung aber trennbare Perspektiven – Sachlogik und Funktionsgesetzlichkeit weist den Weg zum universalen Prinzip einer Rechtsbildung. 346
2. Gleichwertige nationale Figuren bei durchlaufend sichtbaren Ordnungsaufgaben – gleiche Rechtsgedanken in verschiedener institutioneller Färbung – idiographische und funktionale Rechtsvergleichung. 348
3. Dogmatische Kategorien verbergen die Einheit eines Wirkungsprinzips – teleologische Betrachtung enthüllt sie – Sonderformen, angepaßt an die historische System eigenart – Grenzen der Vergleichbarkeit bei abweichenden Kulturtraditionen. 351
4. Beispiele für universale Wirkungsprinzipien in strukturverschiedenen Institutionen des common und des civil law – rechtsgrundsätzliche Vergleichbarkeit dogmatisch disparater Lösungswege. 354
5. Rechtsform und Rechtszweck – fortschreitende Denaturierung der archaischen Formwerte durch zweckrationale Erklärung – Überlagerung von Form und Zweckprinzip – gleiche Funktion zwingt zu abweichenden Figuren. 356
6. Einheit des Problems · Einheit der Wertung · Einheit des Zweckprinzips – gleiche Gerechtigkeitsmaßstäbe bei gleichen Konflikten – gleiche Grundgedanken bei gleichen Dauerproblemen – entsprechende Doktrinen für gleichartige Rechtsgedanken – „wesensgleiche“ Grundfiguren. 359
7. Einheitliche Rechtsgedanken in strukturgemäß abweichender dogmatischer Einkleidung – Beispiele heterogener Figuren für gleiche Aufgaben – der trust – die action directe – die Überlegenheit der breiter fundierten Lösung – das Kommunikationsgesetz der Rechtskulturen. 363
8. Universale Rechtsprinzipien im Rahmen rechtsethischer Postulate – homogenisierende Schularbeit – die „innere“ Gesetzlichkeit von Problemlösungen – drei Beispiele – Willenserklärung und Vertrauensprinzip – Vertragsfreiheit und ordre public interne – rigor iuris und bona fides. 369
9. Die Natur der allgemeinen Rechtsprinzipien als Ausdruck innerer Funktionsgesetze einer Rechtsordnung – Bedeutung für unser Bild vom Vergleichbaren – und für die Möglichkeit korrespondierender Praxis mit abweichenden Mitteln und Methoden. 378

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (österr.)
AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AkDR	= Akademie für Deutsches Recht
Am. Bar Ass. J.	= American Bar Association Journal
Am. J. Int. L.	= American Journal of International Law
Am. Journ. of Comp. L.	= American Journal of Comparative Law
Am. Jur.	= American Jurisprudence
Ann. Inst. Phil.	= Annuaire de l'Institut International de philosophie du droit et de sociologie juridique
Arb. J.	= Arbitration journal
Arch. Giur.	= Archivio giuridico
Arch. öff. R.	= Archiv des öffentlichen Rechts
Can. Bar R.	= Canadian Bar Review
Cass.	= Cour de Cassation
c. c.	= code civil (codice civile)
c. can.	= codex canonici
Civ.	= Cour de Cassation (section civile)
Clunet	= Journal de droit international privé
Col. L. Rev.	= Columbia Law Review
Cornell L. Q.	= Cornell Law Quarterly
C. proc. civ.	= Code de procédure civile (codice di procedura civile)
D.	= Dalloz
D. H.	= Dalloz hebdomadaire
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	= Deutsche Rechtszeitschrift
Etudes Capitant	= Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant
Etudes Ripert	= Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à Georges Ripert
GIUNF	= Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des österreichischen Obersten Bundesgerichts
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GrünhutzZ	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart

Harv. L. Rev.	= Harvard Law Review
Hdwb. d. RWiss.	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
JBl	= Juristische Blätter
J. Comp. Leg. and Int. Law.	= Journal of Comparative Legislation and International Law
J. droit int.	= s. Clunet
Iher. Jb.	= Iherings Jahrbücher
Int. H. K.	= Internationale Handelskammer
IURA	= Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico
Jur. Rdsch.	= Juristische Rundschau
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
Louisiana L. Rev.	= Louisiana Law Review
L. Q. Rev.	= Law Quarterly Review
LZ	= Leipziger Zeitschrift
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
Mém. Acad. Inst.	= Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé
Mélanges Hauriou	= Mélanges Maurice Hauriou
N.	= Note
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nuova Riv. dir. comm.	= Nuova Rivista di diritto commerciale
RebelsZ	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. des Cours	= Recueil des Cours-Académie de droit international
Recueil des Arrêts	= Recueil de la Cour Internationale de Justice
Recueil Géný	= Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Géný
Recueil Lambert	= Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert
Rev. crit.	= Revue critique de droit international
Rev. trim.	= Revue de droit international et de droit comparé
Rev. trim. dr. civ.	= Revue trimestrielle de droit civil
Riv. dir. civ.	= Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	= Rivista del diritto commerciale
Rvgl. Hwb.	= Rechtsvergleichendes Handwörterbuch
Req.	= Cour de Cassation (requêtes)
S.	= Sirey
Tijdschr. v. R.	= Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis
Trav. ass. Capitant	= Travaux de l'Association H. Capitant pour la culture juridique française
Tulane L. Rev.	= Tulane Law Review
Univ. of Chicago L. Rev.	= University of Chicago Law Review
Univ. of Pa. L. Rev.	= University of Pennsylvania Law Review

XX

*Abkürzungsverzeichnis*

Yale L. J.	= Yale Law Journal
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZBl Jur. Prax.	= Zentralblatt für die juristische Praxis
ZöfR	= Zeitschrift für öffentliches Recht
ZSR	= Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZSS rom. A.	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung
ZtStW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß

## ERSTER TEIL

# Die Erscheinungsformen allgemeiner Rechtsgrundsätze und -gedanken im Privatrecht

### I. Kapitel

#### ABGRENZUNG UND BEDEUTUNG DES THEMAS

„Grundsätze des Rechts“, „allgemeine Rechtsprinzipien“, „Leitideen“ und sog. „allgemeine Rechtsgedanken“ gehören zu jenen Worten, mit denen Lehre und Praxis ständig argumentieren, ohne daß man sich über ihre vielfältige Bedeutung und ihre Reichweite je Rechenschaft gibt oder gar den Versuch macht, ihre Herkunft und Funktion zu klären. Mangels solcher Kontrolle werden derartige Elementarbegriffe meist für die unterschiedlichsten Aufgaben verwendet, sie werden überfordert, als Nothelfer und Allheilmittel ausgenutzt und demgemäß sehr widerspruchsvoll beurteilt. Ich habe das seinerzeit am Beispiel der Fiktionen erörtert<sup>1</sup> und will es heute am vorstehenden Thema erneut darlegen. Denn die Vorstellung von „selbständig“ wirksamen Rechtsprinzipien, allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder aber Rechtsgedanken eines Gesetzes scheint mir ebenso einer Klärung zu bedürfen wie der Glaube an die automatische „Wirkung“ selbstherrlicher Gesetzesfiktionen. Hier wie dort führt mangelnde Unterscheidung zu eifertigen Vorurteilen. Die Verschwommenheit solcher Allgemeinbegriffe verführt zu politischem und forensischem Mißbrauch. Ein Wort, wie „der Rechtsgedanke des Artikels X“, leiht sich gern jedem oberflächlichen Argumentieren; wenn eine solche juristische Novität plötzlich Mode wird, findet der ernster Arbeitende allen Grund zum Mißtrauen und Nachdenken. Er verlangt mit Recht eine nähere Betrachtung und Aufgliederung solcher Einheitsvorstellungen, die unsere Anschauung

---

<sup>1</sup> Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen (1940).

von den realen Vorgängen der Rechtsbildung trüben. So bedarf es hier der Klärung unserer Vorstellungen von der Integration jeder Privatrechtsordnung durch Lehre und Praxis mit Hilfe „ungeschriebener Prinzipien“. Diese Untersuchung kann nicht beim kodifizierten Rechtssystem stehen bleiben, sondern muß Entstehung und Wirkungsweise von Rechtsgrundsätzen auch im Richterrecht der common law-Familie heranziehen, soll sie ein Bild von der Herkunft unserer Vorstellungen und Mißverständnisse geben. Bei uns ist der Gedanke durchaus alltäglich, ein Rechtsprinzip „schlummere“ zuweilen auf dem Grunde der positiven Regeln und brauche nur „entdeckt“ zu werden, um dann auf eigene Faust als positiv-rechtliche Wahrheit ans Werk zu gehen. Er erklärt sich aus den Schwächen des Kodifikationszeitalters. Trotz der praktischen Notwendigkeit, die positivistische Enge zu überwinden, Zeit- und Redaktionsmängel eines Gesetzes zu beseitigen, sieht sich der kontinentale Jurist ideologisch unfähig, die Rechtsautorität seines eigenen Schöpfungsaktes zu begründen und zu begrenzen. Diese Schwäche und der traditionelle „Idealismus“ oder Platonismus seiner Rechtstheorie, sei sie aufklärerisch oder romantisch gefärbt, legen ihm jenen Mythos vom „verborgenen Rechtsprinzip“ nahe. Aber auch der realistischere anglo-amerikanische Jurist hat vielfach mystische Vorstellungen von der Wirkungsweise eines „principle“, schon deshalb, weil ihm abstrakte Fragen der Rechtsquellen-theorie und der juristischen Methode nicht liegen. So rechtfertigt sich vielleicht für beide Kreise die Untersuchung, wie es um die Existenz, Wirkungsweise und Positivität „der“ Rechtsprinzipien wirklich bestellt ist – und woher und durch wen diese Realität bestimmt wird.

Es ist vielerlei, was wir unter den „rechtsgrundsätzlichen“ Erwägungen der Praxis und den Rechtsprinzipien, Maximen und Axiomen der Doktrin vor uns haben, das bemerkt schon der flüchtige Betrachter: Er findet Lehrprinzipien und Aufbauprinzipien, Grundgedanken des nationalen Rechtssystems und solche einer allgemein bekannten („universalen“) Institution; Prinzipien, die sich aus geltenden Rechtsgrundsätzen als ratio ergeben, und solche, die von der Tradition hineingetragen worden sind; solche, die eine politische Verfassung als bindend proklamiert hat und andere, die von der Judikatur aufgestellt worden sind; materielle Rechtsprinzipien und heuristische oder Kunstprinzipien der Rechtsanwendung und endlich allgemeine oder oberste Prinzipien „jedes Rechts“ überhaupt.

Daher ist von vornherein klar, daß es keine Einheitsantwort auf die Frage nach der Rechtsnatur dieser Prinzipien insgesamt geben kann. Wir können uns vielmehr in die Untersuchung, inwieweit es sich dabei um

positives Recht handelt, also auf die Frage nach der Quelle, Verbindlichkeit, Revisibilität usf., erst nach gehöriger Darstellung der Gesamterscheinung einlassen. Nun wird aber schon das rein faktische Bild gefärbt durch die jeweils herrschenden Vorstellungen von den Aufgaben des Richters im Rechtsfindungsprozeß und von seinem Verhältnis zur Masse der materiellen Rechtsnormen (rules oder règles) sowie den Prinzipien, die sie leiten (principles oder directives). Aus diesem Grunde wäre die Behandlung des Themas von einer bestimmten nationalen Doktrin her unwissenschaftlich.

Auch mit der Zeit erfährt die Bedeutung der Rechtsprinzipien für die juristische Rechtsentwicklung deutliche Wandlungen. Heute begnügen sich selbst die kodifizierten Zivilrechtsordnungen nicht mit den aus den Texten induktiv gewonnenen Prinzipien, die früher bereits das ganze Problem auszumachen schienen. Für das vorige Jahrhundert war schon deren Entdeckung eine verdienstliche Tat. Es galt als bemerkenswerter Fortschritt, daß das deutsche Reichsgericht formulierte: „Es ist vielmehr Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der (die Jurisprudenz mit unmittelbar in die Lebensverhältnisse eingreifender Kraft bestätigenden) Judikatur, die nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert in dem Gesetze ausgesprochenen Grundprinzipien des Gesetzes zu Tage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden, im Gesetze nicht besonders hervorgehobenen, unter das betreffende Prinzip fallenden Fälle anzuwenden.“<sup>2</sup>

Den Pioniercharakter dieses Ausspruchs erfaßt man erst dann, wenn man ihn im Zusammenhang mit dem Entscheidungsgehalt liest. Dieser dünkt uns heute von trivialer Selbstverständlichkeit. Dem Reichsgericht nötigte er damals Überlegungen fundamentaler Art ab zur Reichweite richterlicher Grundsatzverwertung gegenüber der Autorität des Textes. Wie ernst der oberste Gerichtshof diesen Einbruch in den Kodifikationsgedanken nahm, zeigte schon die verteidigende Haltung, die aus seinen Formulierungen spricht: „Es ist eine für den Gesetzgeber nicht erfüllbare Aufgabe, jedes allgemeine Gesetzesprinzip mit solcher Klarheit in einem Satz auszusprechen, daß sich aus diesem Satz durch einfache Schlußfolgerung die Konsequenzen für alle besonders gearteten, von dem betreffenden Prinzipie beherrschten Fälle entwickeln lassen. Es ist ferner nicht die Aufgabe des Gesetzgebers, für jedes sich gestaltende Lebensverhältnis eine besondere Norm zu setzen. Es ist schließlich nicht des Gesetzgebers Sache, an alle juristisch-technisch möglichen Formen zu denken, vermöge welcher (einer Rechtsprechung, welche an dem Buchstaben des Gesetzes haftet, gegenüber) die Ziele des Gesetzes vereitelt werden könnten. Es ist vielmehr Sache der Jurisprudenz“ . . . (es folgt die oben wieder-gegebene neue Direktive).

Wie sehr hat sich dagegen heute der Horizont richterlicher Rechtsfindung verschoben. Der Präsident des Bundesgerichtshofes hält es für selbst-

---

<sup>2</sup> RG I. ZS. 2. 2. 1889, RGZ 24, 50.



verständlich, daß der Richter bei den zahlreichen Möglichkeiten, richterliches Recht zu setzen, neben jenen „allgemeinen Rechtsgedanken“ des Gesetzes auch die Prinzipien eines dem geschriebenen Recht „vorausliegenden höheren“ Rechtes beachtet. Ja, nicht nur solche „allgemein verbindlichen obersten Rechtssätze“ eines „zeitlos gültigen Rechts“ müssen ihn inspirieren: auch die Aufbauprinzipien der scheinbar technischen und begrifflichen Rechtsgestaltung sollen ihm jene „übergeordneten Sollensprinzipien und Wertmaßstäbe“ verraten, welche die ratio des eigenen Rechtssystems bilden<sup>3</sup>.

Bedurfte es wirklich erst der Erschütterungen der letzten Kriegs- und Nachkriegszeit, um die Jurisprudenz zu belehren, daß man aus den „bloßen Rechtsbegriffen“ und dem positiven „System“ keine Wertungsmaßstäbe für bisher unbekannte oder unerkannte Aufgaben gewinnen könne? Kein erfahrener Praktiker hat sich darüber getäuscht, daß die „logische Armatur des Gesetzes nur bis an den Punkt führt . . ., an dem die entscheidenden Wertfragen auftreten“, und für welche auch „die Interessenabwägung kein Zauberstab“ ist, wenn die übergeordneten Rechtsprinzipien fehlen<sup>4</sup>. Dieser Aberglaube ist Schulwerk. Die praktische Jurisprudenz, auch die kontinentale, ja, auch die deutsche, hat in all ihrer „Gesetzestreue“ diesen Wertfragen nachgespürt. Sie hat aus ihrer Erkenntnis Rechtsgrundsätze aufgestellt und gegen politischen Druck festgehalten, die der Sache, wenn auch nicht der Form nach, ius außerhalb der lex bedeuteten. Ein schönes Beispiel bietet die Ablehnung eines ärztlichen Berufsrechts zum Eingriff in die körperliche Integrität gegen den Willen des zurechnungsfähigen Kranken<sup>5</sup>.

Weder die ideologische Beschönigung neuer ärztlicher Gesundheitsaufgaben noch die legislativen Sondermaßnahmen auf dem Gebiet der Volkshygiene und der Rassenpolitik hatten vermocht, das RG zu bestimmen, *seine* Prinzipien über die Grenzen fremder Eingriffsmacht und die körperliche Unversehrtheit zu ändern. „Der Grundsatz, daß ärztliche Eingriffe der Einwilligung des Kranken bedürfen, ist nur für die Fälle unmittelbarer Lebensgefahr des Patienten oder überragenden unmittelbaren allgemeinen Interesses zu durchbrechen“, erklärte das Reichsgericht gegen jeden Versuch einer Ausweitung des übergesetzlichen Notstandes. Wo aber „steht“ dieser Grundsatz? Er ist ein Stück jener vor-gesetzlichen Wertordnung oder Kultur, die im Wege der politischen Legislative Recht

<sup>3</sup> WEINKAUFF, Richtertum und Rechtsfindung in Deutschland, Vortrag (1952) 15, 16, 20, 22, 25.

<sup>4</sup> WEINKAUFF a.a.O. 25, 27.

<sup>5</sup> RGZ 151, 349; JW 1936, 3112 m. Anm. KALLFELZ.

bildet, nicht minder aber in der Rechtsprechung wirkt; vom kontinentalen Richter freilich wird alles das dem Gesetz als integraler Teil zugeschrieben – und aus ihm entnommen. Wir werden sehen, ob mit Erfolg.

Diese Praxis beobachten wir allenthalben. Aber schon die klassischen Beispiele für die Rückführung eines „allgemeinen Rechtsgedankens“ auf einzelne Gesetzesstellen, wie etwa der dinglichen Surrogation beim Sondervermögen auf die bekannten Beispiele<sup>6</sup> oder des *venire contra factum proprium* auf den „in § 162 BGB enthaltenen Rechtsgedanken“ betonen nur der Systematik halber in dieser demonstrativen Form die Herkunft „aus dem Gesetz“. In Wahrheit sind sie als Prinzipien davon unabhängig wirksam. Sie rechtfertigen sich aus der Natur der Sache oder der betreffenden Institution, und sie bilden ein funktionsnotwendiges Stück jeder Einzellösung, die zu dem gemeinsamen Problembereich gehört. Daher sind sie dann auch in allen Rechtssystemen bei analogen Verhältnissen gleich gut bekannt, selbst dort, wo kein Gesetz sie „kennt“. Das Bedürfnis in Verbindung mit einem noch weithin unerforschten Gleichmaß historisch geformter Gerechtigkeitsvorstellungen schafft bei gleicher Interessenlage gleichsinnige Lösungen – auch ohne „Gesetz“ und doktrinären „Begriff“. Für die Surrogation (*real subrogation*) werde ich das im rechtsvergleichenden Teil darstellen<sup>7</sup>, für den „Rechtsgedanken“ des § 162 BGB darf ich auf das österr. ABGB verweisen, wo eine gleiche Gesetzesstelle fehlt und selbstverständlich gleichwohl die entsprechende Judikatur vorhanden ist<sup>8</sup>.

Lassen wir uns also von der Einkleidung nicht beirren<sup>9</sup> in der Feststellung der sachlichen Grundlagen eines Prinzips, das u. U. schon mit der Wahl einer bestimmten Ordnung (Vertragsfreiheit, Privatautonomie), Organisation oder Institution vorgegeben sein kann<sup>10</sup>. Dann kommen wir nicht zu einem ganz so negativen Urteil über die Wertungsmaßstäbe,

<sup>6</sup> RGZ 105, 84; 120, 297 und 348; 138, 45; anders 115, 31.

<sup>7</sup> S. u. S. 166 ff., 363. Dazu auch DEMOGUE in *Revue Critique* 30 (1901), 236, 295, 346 und DAWSON, *Unjust Enrichment* (1951), 149, 192.

<sup>8</sup> Vgl. REICHEL, *Gesetz und Richterspruch* (1915) 118, der auch auf die dem „Gedanken“ des § 181 BGB entsprechende Judikatur hinweist; vgl. auch REICHEL in der Zürcher Einweihungsfestschrift (1914) 112. Vgl. auch den „*selfdealing trustee*“.

<sup>9</sup> „The method of arrangement is one thing, the analysis of a legal principle is another; and the latter is nevertheless itself the real subject of jurisprudence“, bemerkt BUCKLAND schon vor 60 Jahren in seinen „*Difficulties of Abstract Jurisprudence*“: 6 L. Q. Rev. 436 (444), und: „It will no longer be unity of principle obscured by difference in terminology, but differentiation of principle under the influence of social causes as to which general laws can be established.“

<sup>10</sup> Das hat erstmals klargestellt FRITZ v. HIPPEL, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung* (1931).

die aus einem System oder aus den „bloßen Rechtsbegriffen“ folgen, wie eine von steriler Begriffslogik abgeschreckte Zeitrichtung, sondern werden vielleicht gerade die Begriffs- und Systembildung in ihrer Bedeutung als Prinzipienhort würdigen müssen<sup>11</sup>. „Systematik“ in diesem Sinne ist dann freilich keine willkürliche geometrische Konstruktion, sondern die notwendige konsequente Zusammenordnung des Einzelnen in seiner immanenten Bindung an bestimmte Dauerfragen eines ebenso bestimmten und realen „Problemzusammenhangs“, wie „das Rechtsgeschäft“, „die Verkehrsstörung“, „der Vertrauensschutz“, „die Verkehrssicherung“, „das Betriebsrisiko“ usf.<sup>12</sup> Er tritt in allen Rechtssystemen gleicher Kultur in überraschend ähnlicher Form auf und wird – daher – mit überraschend ähnlichen Mitteln bewältigt: Wahre Basis realistischer Rechtsvergleichung.

Indessen ist dieses System, wir können es das funktions- oder aufgabenbedingte nennen, keineswegs identisch mit dem historisch-dogmatischen, das seinen Niederschlag im positiven Aufbau der Gesetze und Kodifikationen des Zivilrechts gefunden hat. Wir nennen es das doktrinäre oder das Lehrsystem. Die Prinzipien der Wertung und Ordnung, die die Praxis entwickelt, erdenkt oder angeblich aus dem Gesetz extrahiert – nehmen wir z. B. das „Vertrauensprinzip“ – sind jeweils an einer bestimmten Problematik entdeckt und bewährt, und das Problem, nicht das „System“ im rationalen Sinne, bleibt auch das Zentrum juristischen Denkens<sup>13</sup>.

Das geht so weit, daß moderne Autoren in konsequenter Verfolgung interessenjuristischer Methode nur noch Problemregeln, also Prinzipien in ihrer „Abwägung“, als richterlich disponible „Elemente“ anerkennen und an die Stelle systemgebundener Konstruktion und tatbestandlicher Subsumption setzen wollen<sup>14</sup>. Denn das erstarrte doktrinäre System mit seiner Begriffslogik erweist sich mehr und mehr als Hemmung der auf rechtsethische Problemerkörterung und Grundsatzbildung angewiesenen modernen Jurisprudenz. Es fragt sich nur, ob nicht eben diese „Hemmungen“ unersetzliche Rechtsgarantien und wichtige Kontrollstationen bil-

<sup>11</sup> Vgl. *meine* Abhandlungen: *Elementi di diritto naturale nel pensiero giuridico dogmatico* und *Le garanzie della dogmatica del diritto ed il cosiddetto formalismo giuridico*: *Nuova Riv. Dir. Comm.* 5 (1952) 1 u. 284. Näheres unten in Kap. XV, 2.

<sup>12</sup> „Indem der Gesetzgeber diese Fragen beantwortet, schafft er ein bürgerliches Gesetzbuch“, v. HIPPEL a.a.O. (Anm. 10), 9.

<sup>13</sup> Vgl. neuerdings VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz* (1954) 64–75, dazu unten S. 46 f., 218 ff.

<sup>14</sup> So WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht* (1951); dazu *meine* Rezension in *AcP* 151, 555 und *RabelsZ* 18 (1953) 165.

den. Auch ist es wohl richtig, daß jeder Grundsatz, von seiner Entstehungsproblematik getrennt, zu Einseitigkeiten und Antinomien führt<sup>15</sup>, aber ebenso wahr ist es, daß gerade die Vermeidung solcher Rigorismen und Widersprüche Aufgabe des „Systems“ ist: es stellt das richtige Verhältnis von Regel und Ausnahme her und geht von der Einsicht aus, daß Grundsätze – selbst wenn sie sich als Axiome gebärden – nur dann funktionieren können, wenn man sie sachgerecht durchbrechen darf<sup>16</sup>.

Eben deshalb tendieren alle Prinzipien zur Systembildung und zu einem Schema logischer Über- und Unterordnung, durch das der „Stoff“ auf ein Minimum von allseitig brauchbaren, sachlich ergiebigen Axiomen und ableitungsfähigen Begriffen eingeschmolzen wird. So wiederholt sich in allen Rechtskulturen ein Kreislauf zwischen Problementdeckung, Prinzipienbildung und Systemverfestigung. Was sich nach einem landläufigen Methodenstreit als ein vermeintlicher Wettkampf zwischen „offenem“ problematischen und „geschlossenem“, begrifflich-deduktivem Denken darstellt, ist weithin ein notwendiger und schubweiser Stoffwechsel zwischen den Neuerfahrungen der Fallpraxis und den Formkräften der Schule<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> So WILBURG a.a.O. 12 ff., der das Ausspielen der einzelnen Grundsätze gegeneinander – z. B. „Gefährdungsprinzip“ und „Verschuldensprinzip“ anprangert, ohne freilich klar zwischen materiellen und Lehrprinzipien zu trennen. Anschaulich auch die von ihm erwähnte und allgemein bekannte Rspr. zu dem „Grundsatz“ des § 817 S. 2 BGB. Dazu unten Kap. XV, 6 im Zusammenhange der Parömie „Nemo auditur culpam suam allegans“. Beweiskräftig für die notwendige Problemgebundenheit eines Grundsatzes wäre etwa die Entstehungsgeschichte und die Kritik beim Gedanken der sog. „Verkehrssicherungspflicht“. Dazu *meine* Bemerkungen: Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts: JZ 1953, 129 ff. (132, 133). Weiteres zur Antinomienfrage unten Kap. II am Ende.

<sup>16</sup> So mit Recht WILBURG a.a.O. und VIEHWEG a.a.O. 72.

<sup>17</sup> Wohl bestehen grundsätzliche Aufbau-Unterschiede in den Systemen, die historisch auf „offener“ Tradition und Falltechnik beharren und solchen mit einem schulmäßig „geschlossenen“, dafür aber angeblich „zeitlosen“ Vorrat an Prinzipien, dogmatischen Figuren und Lösungsmöglichkeiten: Typus des codified law und des case law, vgl. unten Teil III. Im ersten sind alle Normen gleichmäßig „geltendes“ Recht, im letzten gibt es rules (selbst aus statutes), die aktuell sind, und andere, die obsolet sind. Seine „authorities“ bleiben historische Fakten, seine Begriffe behalten ihren historischen Charakter, seine Argumente bleiben an der Problemgeschichte orientiert, sein „System“ an den historischen „remedies“. Fortbildung ist hier nicht „bessere“ Konstruktion aus dem zeitlosen Denksystem, sondern offene Nach- und Neubildung „in consimili casu“ durch Analogie, action „on the case“, Fiktion und „Quasi“-Anhängsel. Vgl. die Aufsätze von W. S. H., LANDON, PLUCKNETT und P. H. W in L. Q. Rev. 47, 334; 52, 68 und 220; 53, 568 zu „the origin of the action on the case“. Die „Grundprinzipien“ des Rechts bleiben offene Argumente der materialen Gerechtigkeit des Falles selbst, welche im Ernstfall die „technischen“ Doktrinen überwinden – freilich nach

Unsere Zeit ist offensichtlich gekennzeichnet durch ein Vordringen der spezialisierten Problemerkörterung des Fachkenners. Dieser sieht sich gezwungen, die aktuellen Grundsätze seiner Materie außerhalb der erstarrten Gesetzesfiguren zu bilden. Er kann sie nur lose in deren System einfügen. Je mehr sich aber der Abstand von dem „überwundenen“ *mos geometricus*, der doch die Basis unserer Kodifikationstechnik ist, vergrößert, um so deutlicher wird die Krise unserer Rechtsquellenlehre. Für diese ist das Phänomen der modernen „Grundsatzrechtsprechung“ besonders aufschlußreich. Wir dürfen es nicht länger totschweigen. In den Brennpunkten unseres Rechtsverkehrs sind die Früchte der Praxis in ihren „Rechtsgedanken“ Rechtsquelle geworden. Wer etwa den internationalen Stand des modernen zivilen Deliktsrechts darstellen will, wird sein Kapitel 1 mit DUDEN<sup>18</sup>: „Allgemeine Rechtsgedanken“ überschreiben müssen, denn nichts anderes ist allenthalben die Basis der wichtigsten Haftungstatbestände. Aber auch außerhalb der zahlreichen Gebiete richterlicher Neuschöpfung zeigt sich im kontinentalen Rechtsdenken mehr und mehr eine mit der Idee des „Codex“ unvereinbare unmittelbare Begründung der Entscheidungen aus „allgemeinen Rechtsgrundsätzen“, sei es bei Insuffizienz der Gesetze, sei es als Ausgangspunkt einer völlig neuartigen Wertung und Gedankenreihe<sup>19</sup>.

Dabei wollen wir keineswegs die peinlichen Fälle übersehen, in denen das Wort „Rechtsgedanken“ nur als Verlegenheitsbegriff benutzt wird, wenn der Richter zu einer dogmatischen Präzisierung unfähig ist oder

---

vielen Opfern in „harten“ Fällen. Vgl. WRIGHT in 57 L. Q. Rev. 184 zum Falle *United Australia Ltd. v. Barkleys Bank, Ltd.* (1941) A. C. 1.

<sup>18</sup> DUDEN, Haftung für Schädigung durch Sachen: Deutsche Landesreferate zum 2. Int. Kongress für Rvgl. im Haag (1937) 216 ff. D. zählt hier jene Sentenzen auf, die sich zu Rechtssätzen verdichtet haben, auf dem Gebiet der Ursächlichkeit, der Schuldvermutung, der Haftung für Betriebsrisiken und Personal, der Aufstellung allgemeiner und besonderer Sorgfaltspflichten. All dies ist für fremde Rechte längst Teil eines anerkannten Gebietes „jurisprudentieller Rechtsnormen“ geworden. Vgl. für das französische Recht: MARTON, *Les fondements de la responsabilité civile* (1938).

<sup>19</sup> Vgl. BOULANGER in seinem Generalreferat „La méthode de l'interprétation juridique“ auf der *Semaine internationale de droit* zu Paris, Oktober 1950, veranstaltet von der Association Henri Capitant und der Société de Droit Comparé, hier zitiert nach der ital. Veröffentlichung in Riv. Dir. Comm. 49 (1951) 257 ff.: „Si vede molto spesso il giudice fare appello ai principi...“ etc. (S. 271). Instruktiv auch DU PASQUIER, *Les lacunes de la loi et la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse sur l'art. 1<sup>er</sup> CCS: Basler Studien zur Rechtswiss.* 31 (1951) 10, 45 ff. und derselbe, *Modernisme judiciaire et jurisprudence suisse: Recueil des travaux publiés par la faculté de droit de l'Université de Neuchâtel* (1929) und *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*<sup>3</sup> (1948) VIII: *Interprétation*.



den positiven Gebotsgehalt von Vorentscheidungen – also die eigentliche „rule“ – nicht exakt abstrahieren kann<sup>20</sup>. Aber jenseits solcher mißbräuchlichen Technik kündigt sich im richterlichen Rückgriff auf Rechts„gedanken“ hinter den Rechts„sätzen“ eine neue Auffassung seiner Rechtsfindungsarbeit an: Daß sie sich keineswegs auf Blankett- und Lückenfüllung im engeren Sinne beschränkt, sondern den Richter ganz allgemein darauf hinweist, „à s'orienter au-delà de la lettre“<sup>21</sup>. Wo immer jenseits schulgerechter Interpretation offen rechtsschöpferisch gearbeitet wird, da ist die Frage nach der Quelle von Autorität und Überzeugungskraft der neuen Lösungsformel unvermeidlich, welche der Richter ja auch nicht „aus dem Nichts“ schöpft<sup>22</sup>. Hier bietet sich die Verweisung auf „entdeckte“ Rechtsgedanken und -prinzipien als eine wenigstens das „System“ wahrende Legitimierung richterlicher Normbildung an. Dennoch erscheint von da aus die Bedeutung des Präjudizienwesens in einem dem kontinentalen System neuartigen Licht<sup>23</sup>. Noch befremdlicher wirken die zahlreichen Fälle, in denen die maßgeblichen Rechtsprinzipien gar nicht formuliert und genannt sind, sondern schlechtweg unserem „Rechtsbewußtsein“ zugeschrieben werden, auf das allein der Richter sich beruft<sup>24</sup>. Alles das macht die Tatsache noch bemerkenswerter, daß diesem Phänomen in der kontinentalen Literatur eine so geringe, in der deutschen aber überhaupt keine Beachtung gezollt wird. Denn mit der Bewunderung dafür, „wie stark ein geltendes Recht bis in alle seine Verästelungen hinein von Grundsätzen durchdrungen ist“<sup>25</sup>, rettet man sich nicht vor der Verwunderung, woher diese Grundsätze jenseits der Gesetzgebung und ihrer vermeintlich alleinigen Verbindlichkeit denn plötzlich ihre Legitimation erhalten. Hier beginnt die terra incognita naturrechtlicher Anschauungen ohne feste Begriffe; da lesen wir denn solche Naivitäten wie: „Das Recht“ „äußere sich“ in Autoritäten, die man Rechtsquelle nenne, und die sich abwechselnd (!)

<sup>20</sup> Vgl. etwa PALANDT<sup>14</sup>, Anm. 8 zu § 823 BGB mit Bezug auf RGZ 121, 404 als Material des sog. „Rechtsgedankens“ der Verkehrssicherungspflicht. Nachweislich stimmt das ganz und gar nicht. Vgl. ESSER (N. 15) 132 ff.

<sup>21</sup> DU PASQUIER (N. 19) 111; vgl. meine Besprechung in RabelsZ 18 (1953) 167 f.

<sup>22</sup> So BOULANGER (N. 19) 272, der deshalb, voreilig, die allgemeinen Rechtsprinzipien summarisch für positives Recht erklärt.

<sup>23</sup> Vgl. GERMANN, Präjudizielle Tragweite höchstinstanzlicher Urteile: ZSR 68 (1949) 267 ff. Näheres unten Kap. XII und XIII.

<sup>24</sup> SIMONIUS; Über Bedeutung, Herkunft und Wandlung der Grundsätze des Privatrechts: Festgabe der ZSR „100 Jahre Schweizerisches Recht“ (1952) 237 ff. (238).

<sup>25</sup> SIMONIUS, ebda.

ausgebildeten als Gesetz, Gewohnheit *oder* allgemeines Rechtsprinzip<sup>26</sup>, oder: die Grundsätze, die aus dem Gesetz heraus nicht „nachzuweisen“ seien, seien nichts anderes als „objektiviertes richterliches Ermessen“<sup>27</sup>. Ein Schritt neben die anerkannte Rechtsquellendoktrin – und wir haben allen festen Boden verloren! Wozu die „Grundgedanken“ *notwendig* sind – das ist keine Frage; aber welche Rolle sie realiter spielen, und wie diese mit unserer offiziellen Rechtsquellendoktrin vereinbar sei – das wird bei uns, wie alles, was das etatistische Quellenmonopol berührt, vorsichtig umgangen<sup>28</sup>.

Nun kann es kaum länger geheim bleiben, daß das harmonisierende Bestreben, alle tragenden Rechtsgrundsätze als „Teile“ der staatlich gesetzten Einzelanordnungen zu begreifen und aus „dem positiven Recht“ ableitend zu „gewinnen“, eine recht kurzsichtige positivistische Taktik

<sup>26</sup> So SABADIE, Les sources du droit civil espagnol, Nr. 1 der Etudes de droit privé espagnol de l'Institut de droit comparé de Toulouse (1926) 43.

<sup>27</sup> ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg. Teil<sup>14</sup> (1952) § 58 N. 25.

<sup>28</sup> Eine wohlthuende Ausnahme bildet das kürzlich erschienene Werk von LESS, Vom Wesen und Wert des Richterrechts (1954). Dagegen betont ein Standardlehrbuch wie das genannte von NIPPERDEY noch in der letzten Auflage (1952), unberührt von allen modernen Tendenzen auch der kontinentalen Theorie: „Die Rechtsprechung als solche ist keine Rechtsquelle“ (§ 42 I, 1, S. 168) und schiebt das Problem ab auf die Bildung angeblichen „richterlichen Gewohnheitsrechts“ und die korrektive Interpretationsarbeit im „kalten Wege“, die das „Gesetz“ angeblich nach dessen „eigenen Grundgedanken und (!) nach den Bedürfnissen und Erfahrungen des Lebens“ abzuändern hat, „wenn nicht (!) das Erfordernis der Rechtssicherheit entscheidend im Wege steht“ (S. 214). Über die Rechtswissenschaft als Rechtsquelle finden sich ganze 10 Zeilen: Sie hat eine „Führungsaufgabe“, aber keine „rechtsbildende Kraft“. Rechtsprinzipien existieren demgemäß nur als Hilfsmittel der Interpolation und Rechtsfindung bei Gesetzeslücken (ebda.). Nicht einmal dieser einzig zugegebene Platz judizieller Rechtsschöpfung hat in der schon klassischen Diskussion darüber (vgl. die Zitate bei ENGISCH, Der rechtsfreie Raum: Zt. StW. 108 [1952] 385 ff., 426; Einzelnes unten in Kap. XV) eine klare Stellungnahme zum Problem der Grundsatzbildung und zur Quellenfrage herbeigeführt. Vorbildlich hierin: RADBRUCH, Einführung in die Rechtswissenschaft<sup>9</sup> (1952) hrsg. v. ZWEIGERT, 86. So schon immer: vgl. zum Lückenproblem und Justizverweigerungsverbot seine Abh. in Arch. Soz. Wiss. 22 (1906) 355 ff. Im allgemeinen liebt man unverbindliche Formulierungen wie: „Wirklich (!) geltendes Recht ist nicht bereits, was im Gesetz steht, sondern was als Rechtsgebot von der Rechtsprechung anerkannt und angewandt wird“ (ENDEMANN, Die Rechtsquellen des bürgerlichen Rechts und ihre Auslegung: Die RG-Praxis im deutschen Rechtsleben I [1929] 148). Besser schon REICHEL (N. 8) 134.

Im französischen Recht besteht eine ältere Entwicklung, die zur Analyse jurispudentialer Rechtsbildung geführt hat, vgl. PERREAU, Technique de la jurisprudence en droit privé I (1923) XVII. Für den Rechtsvergleicher ist die Anerkennung des „fait jurisprudentiel“ längst entschieden. Vgl. RABEL in RabelsZ 16 (1951) 345 und LAMBERT, La fonction du droit civil comparé I (1903) 208 ff.

## AUTORENVERZEICHNIS

(Nur die mehrfach zitierten Autoren sind verzeichnet.)

- Accursius 113, 166  
Adidkes 103, 292  
Ago 35, 89, 103, 139, 298, 317, 328, 338, 340, 379  
Allen 53, 184, 187, 197, 207, 229, 234, 265, 276, 313, 314, 334  
Al Sanhoury 96, 98  
Alvarez 117, 124, 125, 126, 177  
Ames 106, 233, 332  
Amos 172, 263  
Ancel 24, 152, 246, 279, 282, 288, 335  
Anson 105, 108, 113, 128, 158, 199, 325, 359, 360, 361, 362, 374  
Anzilotti 38, 123, 298  
Arminjon (-Nolde-Wolff) 22, 106, 160, 282, 350, 351  
Ascarelli 14, 20, 24, 26, 54, 117, 120, 128, 139, 148, 149, 156, 157, 158, 161, 220, 227, 228, 248, 251, 255, 256, 259, 263, 267, 279, 286, 290, 294, 298, 312, 330  
Austin 74, 75, 209, 211, 298, 347  
Azevedo 122, 124, 126, 251  
Aubry-Rau 271, 333
- Balogh 172, 313, 342  
Bartolus 58, 113, 166  
Bastian 251, 322  
Becker, W. G. 60, 151, 152, 222, 256, 358  
Beckett 116, 117, 124, 125, 177  
Bellini 49, 112, 228, 253  
Beseler 127, 231, 244  
Betti 102, 117, 159, 176, 182, 246, 255, 256, 258, 259, 261, 262, 295  
Beyerle, F. 264, 290, 368  
Black 130, 177, 229, 253, 255, 265, 266  
Blackstone 311, 313, 351, 363  
Bobbio 29, 252, 253, 259, 287, 289, 316
- Boehmer 18, 25, 26, 53, 179, 221, 263, 347, 368  
Bohlen 99, 193, 332  
Bollnow 308, 309  
Bonnecase 26, 144, 150, 154  
De Boor 174, 176, 179, 181, 251, 263, 283, 304, 322  
Boulanger 8, 9, 13, 15, 23, 49, 89, 91, 92, 100, 107, 150, 153, 174, 244, 246, 252, 255, 256, 263, 268, 269, 279, 302, 303, 311, 313, 346  
Bracton 313, 351  
Le Bras 288, 335  
Bregstein 168, 169, 271, 345  
Brugi 12, 46, 49, 66, 112, 133, 148  
Brucciin 285, 314  
Brutau 14, 20, 22, 23, 93, 128, 139, 175, 184, 201, 219, 223, 224, 236, 246, 276, 287, 292, 302, 311, 313, 346
- v. Caemmerer 151, 153, 161, 169, 191, 360  
Calogero 57, 110  
Campbell 19, 27  
Capitant 55, 166, 177, 250, 286, 325, 329, 376  
Cardozo 19, 21, 53, 54, 55, 68, 97, 111, 119, 156, 182, 184, 185, 186, 193, 194, 195, 196, 198, 200, 201, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 211, 212, 213, 214, 224, 225, 230, 235, 237, 252, 262, 276, 328, 329, 330, 364, 380  
Carresi 159, 160  
Cavaglieri 38, 244, 340  
Chafee 132, 265, 284  
Cheshire 338, 348  
Coing 26, 41, 46, 58, 60, 66, 68, 151, 162, 181, 240, 263, 286, 318



- Colin-Capitant 169, 280, 315, 367  
 Cook, W. Wheeler 211, 317  
 Corbin 33, 199, 237, 356, 365, 366  
 Cossio 21, 149  
 Craig 160, 199, 218, 234, 350
- Dabin 100, 121, 153, 155, 156, 219, 320, 331  
 Darmstädter 176, 256  
 Dawson 41, 45, 58, 143, 166, 169, 185, 192, 218, 232, 233, 249, 349, 366, 372  
 Del Vecchio 11, 12, 107, 136, 149, 162, 227, 245, 253, 288, 294, 304, 326, 363  
 Dickinson 29, 184, 194, 197, 208, 237, 284, 318  
 Djuvara 110, 120, 135, 136, 138, 267, 289  
 Dölle 15, 76, 77, 82, 104, 120, 139, 159, 164, 220, 236, 239, 345  
 Dohna 111, 150  
 Dumoulin 169, 312  
 Du Pasquier 9, 16, 65, 83, 85, 117, 119, 139, 175, 177, 178, 181, 252, 255, 262, 263, 268, 285
- Ehrenzweig, Albert A. 55, 269, 320, 361, 362  
 Ehrlich 202, 222, 291  
 Endemann 10, 178  
 Engisch 52, 56, 110, 148, 150, 252, 254, 262, 275  
 Enneccerus 10, 67, 95, 114, 139, 148, 151, 250, 283  
 Esmein 236, 270, 271, 377  
 Esser 1, 6, 11, 35, 38, 56, 57, 79, 82, 84, 85, 104, 113, 128, 131, 134, 135, 137, 139, 142, 145, 155, 158, 166, 182, 221, 222, 231, 252, 254, 258, 262, 263, 267, 284, 303, 304, 316, 322, 364, 379
- Fabre-Surveyer 332, 333, 350, 362  
 Feuerbach 11, 41, 135  
 Fifoot 188, 348  
 Frank, Jérôme 21, 185, 193, 211, 276  
 Frankenstein 35, 340  
 Frémicourt 174, 246  
 Freyer (-Benson) 27, 156, 237  
 Friedmann 20, 27, 129, 161, 186, 190, 191, 202, 232, 233, 238, 265, 271, 349, 357  
 Fries 86  
 Fuller 30, 165, 232, 237
- Gaius 44, 155, 255  
 Gaudemet 144, 146, 162, 295, 296  
 Gény 14, 107, 133, 175, 177, 181, 194, 222, 254, 285, 290, 304, 311, 377  
 Gerland 277, 281, 282  
 German 9, 176, 181, 260, 264, 278  
 v. Gierke, O. 301, 302, 325  
 Gooderson 195, 196  
 Goodhart 21, 26, 27, 136, 183, 185, 192, 195, 196, 197, 261, 275, 282, 293  
 Gramsch 65, 152  
 Gray, J. Ch. 19, 21, 195, 199  
 Green, L. 110, 227  
 Gurvitch 14, 29, 292  
 Gutteridge 18, 129, 229, 265, 332, 378  
 Gutzwiller 56, 103, 104, 150, 274
- Haesaert 15, 95, 109, 244, 288, 358  
 Halsbury 128, 234, 314  
 Hanbury 65, 191, 215, 307, 328, 330, 365  
 Haupt, G. 34, 164  
 Hauriou 14, 97, 105, 152, 153, 245, 321  
 Heck 110, 175, 181, 222  
 Hedemann 95, 118  
 Hellwig 256, 284  
 Herzog 14, 23, 26, 129, 219, 246, 268, 275, 278, 280, 281, 295, 313  
 v. d. Heydte 12, 43  
 Heymann 113, 114, 304, 332  
 v. Hippel, F. 5, 6, 11, 18, 29, 151, 156, 158, 221, 303  
 Hoebel 20, 292  
 Hohfeldt 15, 21, 211, 365  
 Holdsworth 16, 64, 65, 188, 192, 194, 220, 229, 252, 311, 325, 350, 352, 359  
 Holland 19, 22, 200  
 Holmes 19, 22, 53, 200, 234, 237, 238  
 Huber, E. 68, 123, 145, 148, 156, 291  
 Hutchinson 201, 208, 235, 236, 238
- Ihering 11, 48, 162, 164, 222, 247  
 Isay, H. 110, 176, 245, 256
- Jolowicz 100, 184, 203, 334  
 Jossérand 90, 105, 115, 249, 315, 319, 370, 377  
 Juca 34, 159, 371

- Kaeser 33, 319, 356  
 Kahn 103, 217, 339, 364  
 Karlgreen 290, 333  
 Kaser 67, 187, 287, 293  
 Keener 191, 232, 271  
 Kegel 233, 378  
 Keßler 199, 212, 361  
 Kiß 117, 253, 255, 287  
 Klang 165, 168  
 Klein, F. 118, 156  
 Kocourek 54, 194, 198, 200, 202, 209, 211  
 Kohler 166, 296  
 Koschaker 16, 135, 145, 194, 244, 248, 282,  
 287, 288, 303, 311, 313
- Lambert 10, 17, 54, 129, 139, 223, 280,  
 291, 334, 381  
 Laun 56, 171, 193  
 Lauterbach 116, 243  
 Lauterpacht 123, 177, 361  
 Lefroy 19, 186  
 Lehmann 24, 114, 118, 150, 250, 283  
 Lepaulle 251, 369  
 Lerebours-Pigeonnière 126, 174  
 Less 11, 19, 30  
 Levi, Edw. H. 55, 105, 111, 184, 198, 206,  
 207, 210  
 Lévy-Ullmann 183, 325, 373  
 Lipstein 282, 288  
 Littleton 203, 318  
 Llewellyn 18, 19, 20, 184, 186, 187, 193,  
 197, 208, 225, 292  
 Lloyd, D. 186, 202, 235  
 Lundstedt 150, 224, 225, 226, 332, 350
- Macmillan 196, 218, 220, 225, 295  
 Maitland 65, 132, 188, 190, 301, 325, 365  
 Mann, F. A. 131, 381  
 Mansfield 40, 64, 67, 191, 192, 199, 201,  
 220, 232, 357  
 Maranca 308, 309  
 Marsh 185, 202, 224, 286  
 Martini 168, 232  
 Martinus 58, 169  
 Marton 231, 267, 320, 350  
 Maury 17, 35, 75, 108, 133, 245, 270, 274,  
 287, 288, 299, 300, 317, 338, 341, 342  
 Maxwell 129, 131, 229, 253, 265, 266  
 Mazeaud 165, 334  
 McColvin 230, 316, 348
- McNair 126, 184, 232, 378  
 Meier-Hayoz 16, 24, 83, 85, 117, 139,  
 148, 149, 176, 179, 247, 253, 268, 285  
 Meijers 113, 114, 142, 158, 185, 240, 313,  
 322, 332, 378  
 Montesquieu 106, 160  
 Mossa 31, 165, 381  
 Müller-Freienfels 156, 362
- Nelson 86  
 Neuhaus 56, 76  
 Neuner 35, 103, 204, 273, 274, 297, 299,  
 317, 324, 338, 339  
 Niederer 35, 297, 299, 324, 340  
 Nipperdey 24, 31, 67, 94, 116, 117, 131,  
 151, 283  
 Nirk 163, 164, 165, 374, 375
- Oertmann 48, 79, 163  
 Ogden-Richard 132, 265  
 Oliphant 187, 193, 205
- Pacchioni 12, 294  
 Paton 130, 200, 229, 237  
 Patry 247, 375  
 Paulus 46, 48, 115, 267, 309  
 Perdue 30, 165, 273  
 Perreau 10, 16, 133, 139, 155, 246, 247,  
 313, 318, 332, 334, 335, 349, 363, 370,  
 375, 377  
 Phillimore 38, 43, 140  
 Pino 166, 251, 309  
 Planiol 100, 150, 153, 250, 280, 315  
 Planiol-Ripert 100, 150, 153, 367, 377  
 Plucknett 16, 65, 116, 129, 176, 177, 229,  
 233, 265, 293, 350  
 Pollock 98, 176, 189, 202, 212, 293, 301,  
 363, 366, 374  
 Pomponius 45, 255, 318  
 Portalis 23, 144, 155  
 Pothier 169, 312  
 Pound 15, 19, 21, 40, 95, 96, 97, 105,  
 132, 149, 198, 200, 201, 202, 215, 218,  
 223, 224, 226, 235, 292, 294, 331  
 Prager 217, 343  
 Pringsheim 16, 45, 46, 47, 58, 66  
 Prosser 55, 224, 332, 372  
 Puchta 102, 255  
 Pugliatti 306, 326

- Raape 103, 299  
 Rabel 10, 15, 18, 33, 35, 130, 165, 227,  
 274, 297, 299, 301, 316, 324, 339, 340,  
 343, 344, 350, 357, 369, 371, 381  
 Radbruch 11, 14, 19, 20, 29, 30, 56, 74, 84,  
 117, 139, 150, 171, 211, 236, 242, 253,  
 256, 258, 259, 260, 283, 316, 329, 347,  
 376  
 Radin 22, 130, 131, 175, 176, 177, 192,  
 193, 229, 266, 302  
 Ramos 128, 130, 139  
 Randall 19, 129, 195, 282  
 Regelsberger 104, 250, 284  
 Reichel 5, 10, 176, 177, 178, 252, 253, 262,  
 280, 284  
 Reinicke 126, 178, 179  
 Rheinstein 33, 34, 50, 61, 94, 95, 155,  
 159, 161, 165, 199, 209, 271, 319, 325,  
 335, 355, 357, 363, 365, 366, 371  
 Ricca-Barberis 168, 270, 273  
 Riezler, E. 35, 61, 62, 165, 182, 195, 196,  
 278  
 Ripert 14, 26, 30, 34, 37, 39, 40, 50, 51,  
 53, 60, 66, 87, 96, 105, 111, 115, 116,  
 125, 126, 128, 134, 135, 140, 144, 150,  
 152, 153, 154, 155, 158, 159, 160, 173,  
 245, 250, 252, 270, 289, 290, 300, 301,  
 304, 310, 318, 320, 321, 328, 329, 334,  
 363, 376, 379, 380  
 Romano, Santi 14, 292  
 Ross 25, 102, 137, 291  
 Rotondi 66, 133, 148, 251, 322  
 Rouast 168, 271, 289, 325  
 Roubier 12, 17, 27, 41, 139, 168, 244,  
 246, 247, 253, 270, 271  
 Rousseau, Ch. 12, 36, 37, 38, 42, 122, 140,  
 244  
  
 Sabadie 10, 172, 297, 315  
 Sacco 102, 254, 257  
 Saleilles 89, 174, 315  
 Salmond 21, 22, 25, 53, 119, 138, 192, 194,  
 195, 200, 203, 226, 229, 272, 276, 286  
 Sanfilippo 45, 58  
 Santamaria 291, 298  
 Sauer 63, 150, 152, 252, 331  
 Sauser-Hall 274, 344  
 Savatier 10, 55, 246, 247, 248, 249, 250,  
 251, 327, 331, 334  
 v. Savigny 24, 68, 91, 109, 110, 169, 170,  
 220, 222, 254, 289, 309, 316  
  
 Scerni 34, 334  
 Scheuerle 56, 110, 221  
 Schmidt, Eb. 62, 135, 182, 283, 291  
 Schmidt, R. 180, 248  
 Schönke 110, 111, 217, 343  
 Schulz, F. 16, 44, 46, 58, 218, 270, 309  
 Schumann 32, 298  
 Schwarz, F. 45, 66, 164, 231, 236, 239,  
 308, 318, 323  
 Siebert 118, 282, 368  
 Simonius 9, 16, 49, 50, 107, 109, 135, 146,  
 147, 187, 245, 247, 270, 271, 303, 320,  
 324  
 Speiser 175, 263  
 Sperduti 75, 89, 90, 92, 133, 166  
 Stati 50, 96  
 v. Steiger 35, 299, 339, 340  
 Stein, F. 25, 110, 111  
 Steinwenter 45, 46, 231  
 Stoljar 47, 184, 187, 207, 209, 224, 231  
 Stone 20, 27, 75, 185, 189, 200, 209, 224,  
 234, 235, 237, 238, 262, 265, 266  
 Strupp 38, 140  
 Sumner 21, 40, 67  
  
 v. Tuhr 67, 114, 163  
  
 Vassalli 145, 294, 301, 313  
 Verdroß 12, 37, 38, 41, 42, 43, 63, 97,  
 116, 123, 126, 134, 140, 162, 314, 336,  
 379  
 Vico 47, 218  
 Viehweg 6, 25, 46, 47, 100, 218  
 Vouin 115, 247, 253, 370, 375, 377  
  
 Wahl 106, 113, 160, 168, 367  
 Wald 199, 233  
 Walline 246, 287  
 Walton 279, 286, 332, 350, 357, 362, 370  
 Wambaugh 184, 185, 186, 195, 196, 199  
 Weber, Max 51, 56, 136, 137, 376  
 Weigelin 252, 253, 279  
 Weinkauff 4, 181, 182  
 Wellspacher 143, 162, 165, 168, 169, 375  
 Wengler 16, 35, 203, 204, 299  
 Wieacker 60, 145, 164, 281, 283, 313  
 Wilburg 6, 7, 85, 86, 168, 267  
 Williams, Glanfield L. 22, 65, 84, 131, 132,  
 196, 232, 264, 265, 293, 364  
 Williston 113, 158, 315, 361, 364, 369, 371,  
 374

- Windscheid 163, 259  
Winfield 33, 190, 191, 192, 215, 233, 249,  
252, 325, 352, 361, 362  
Wolff, H. J. (Münster) 13, 86, 325  
Wolff, H. J. (Freiburg) 45, 58, 86, 249, 318  
Wolff, M. 103, 106, 166, 172, 329, 350, 351,  
354  
Woodward 191, 233  
Worthley 116, 125, 176, 209, 229, 252,  
264, 266, 276, 369  
Wright 105, 350, 363, 375  
Zimmermann 23, 180  
Zitelmann 150, 165, 246, 274, 381  
Zweigert 10, 83, 85, 285, 378

## SCHLAGWORTVERZEICHNIS

- Ableitungstechnik im Gesetzesdenken 24, 41, 44, 85, 119 ff.
- Ableitungswert von Rechtsprinzipien 47, 69, 80, 85, 100, 162, 267, 273, 286, 308
- Ähnlichkeit nationaler Lösungen vom Rechtsgedanken her (s. „Universale Rechtsgedanken“)
- Aequitas und Fallrechtsdenken 46, 65 ff., 151 ff.
- Aequivalenzen unter dogmatischen Figuren (s. auch „Funktionelle Rechtsvergleichung“) 349 ff., 357 ff., 361 ff., 369 ff.
- Aktionendenken
- und Rechtsschutzprinzipien 51, 127, 183 ff., 347
  - Überwindung des A. im common law 59, 188 ff., 207, 271 ff.
- Allgemeine Rechtsgedanken
- als jurisprudentielle Schöpfungen 1, 28, 94, 269
  - als Vertiefung des Kodifikationssystems 5, 8, 51, 142, 223, 246
  - und Bildung neuer Institutionen 100, 132, 161 ff., 309
  - und Universalrecht 28 ff., 297 ff., 348 ff., 362
- Analogiedenken und Prinzipienbildung 7, 102, 231 ff., 252 ff., 345
- Analytical School 18 ff., 197
- Anknüpfungsregeln im IPR (s. auch „Kollisionsnormen“) 108, 273 ff., 299, 320, 343
- Antinomien
- der Auslegungsgrundsätze 121 ff., 256 ff.
  - der „Obersten Rechtswerte“ 7, 80 ff., 121, 158 ff., 328 ff.
- Anwendung des Gesetzes, Ideologie der 23, 85, 119
- Arbitration
- principles of 216 ff.
- und universale Rechtsgrundsätze 298, 342 ff.
- Auslegungsmethoden (s. „Interpretation“)
- Auslesefunktion der Prinzipien (s. „Selektive Prinzipien“)
- Axiomatisches Denken und topisches Denken 44, 80 ff., 100, 218 ff., 228 ff.
- Begriffe (Rechtsbegriffe)
- als Verkörperung von Prinzipien 6, 57, 209 ff.
  - als Teil der Rechtsordnung 198, 211
  - und Systembildung 307 ff., 324 ff.
  - und Auswertung der precedents 225, 304 ff.
- Bereicherungsgedanken
- als Beispiel für die Angewiesenheit auf Kasuistik und Dogmatik 57 ff., 154, 167 ff., 269, 319, 323
  - und Problemendenken 45 166, 322
  - und dogmatische Entwicklung 169, 249, 321, 357 ff.
- Bewährte Lehre und Überlieferung 52, 83 ff., 255, 269, 302 ff., 314
- Billigkeit und allg. Rechtsgrundsätze 147 ff., 329 ff.
- Billigkeitsprinzip kein eigener Maßstab 65, 151 ff.
- Case Law
- principle and rule im c. l. 168 ff., 201, 219, 305
  - Stabilität und Anpassungsfähigkeit des c. l. 29, 305, 327
  - wachsende Bedeutung der Dogmatik im c. l. 231, 236 ff., 303 ff.
  - und Prinzipienverwertung 201 ff.
  - und Systembildung 104, 208 ff., 225 ff., 237, 265

- Case law und Codified law
- abweichende Arten des Argumentierens 194 ff., 221, 305
  - ähnliche Probleme der Rechtsfindung 114 ff., 260, 282
  - Annäherung in der Auswertung von Prinzipien und Kasuistik 201 ff., 223 ff., 282, 310
- Causa als Beispiel des Einschmelzungsprozesses durch Systemdenken 45 ff., 58, 167 ff., 269, 359
- Common law als Vergleichssystem
- für die Funktion von Rechtsprinzipien 183 ff.
  - für methodische Probleme 200 ff., 225 ff., 297 ff.
  - für rechtsähnliche Lösungen 15, 31, 270, 354 ff.
- Common Sense (s. auch „Reasonableness“) 53, 56, 76
- Communis opinio doctorum (s. „Bewährte Lehre“)
- Comparative Jurisprudence (s. auch „Funktionelle Rechtsvergleichung“) 15, 17, 20, 298, 342
- Consideration, Doctrine of 30, 33, 161, 199, 214, 326, 359
- und causa 33, 58, 269
  - und Synallagma 33, 49, 106, 326, 355
- Corpus Juris, Begriff und Fülle eines jeden 22, 94, 200 ff.
- Déclin du droit (s. auch „Etatismus“, u. ä.) 291 ff., 300 ff.
- Deduktives und induktives Argumentieren 7, 24, 47, 95, 144, 305, 308.
- Denknotwendigkeiten (s. „Rechtslogik“)
- Dicta, wachsende Bedeutung der Urteilsdicta 199 ff., 205 ff., 282 ff., 308
- Doctrines im Case Law 186, 204, 228
- Dogmatik (Rechtsdogmatik)
- als Fixierung materialer Wertungen 52 ff., 80 ff., 303 ff., 358
  - als Umsetzung des Zufälligen ins Grundsätzliche 322 ff.
  - zunehmendes Bedürfnis im case law 93 ff., 202 ff., 238 ff., 304
- Doktrin, Bedeutung im Rechtsbildungsprozeß 25, 29, 42, 172 ff., 248 ff., 303, 306 ff., 309, 317, 334 ff.
- Empiristische Rechtslehre, Mängel (s. auch „realistic school“) 20 ff., 113 ff., 223 ff., 235 f.
- Entdeckung angeblich schon vorhandener Prinzipien 2, 164, 175, 248, 284 ff.
- Equity
- als Korrektursystem des common law 32, 64 ff., 215 ff.
  - als Auflockerung des Aktionendenkens 40 ff., 64, 232 ff.
  - principles and maxims of 101, 215 ff.
  - und aequitas im codified law 61, 64, 68, 243, 330
- Estoppel, Rechtsgedanken der doctrine of 32, 127 f., 215 f., 319, 354, 360
- Etatismus
- in der Rechtsquellentheorie 10 ff., 103, 128, 287 ff.
  - und Ablehnung des Juristenrechts 148 f., 242, 257, 290, 293 ff.
  - und Qualifikationsproblem im IPR 103, 133, 297 ff., 337
- Ethik
- und „Grundgedanken“ 53, 59 ff., 142, 145
  - und Dogmatik 30, 61, 225 ff., 329, 358 ff.
  - und Prinzipienbildung 30, 59, 357, 369 ff., 376 ff.
- Ethische Wahrheiten und präjuristische Prinzipien 14, 30, 40, 53, 59, 61, 74, 145, 332 ff.
- Form und Inhalt
- als juristische Denkkategorie 107 ff., 171 ff.
  - als Ausdruck historischer oder rechts-ethischer Perspektive 172, 303 ff.
  - als Ebenen der Rechtsvergleichung 348 ff., 356 ff.
- Frustration, Doctrine of (s. auch „Geschäftsgrundlage“ „Théorie de l'imprévu“, u. ä.)
- als Äquivalent zu kontinentalen Figuren 272, 313, 320, 356
- Funktionelle Rechtsvergleichung, Methode 6, 16, 31 ff., 102 ff., 349 ff.
- und historische Eigenarten 296 ff., 349 ff.
  - und Strukturprinzipien 31 ff., 339 ff., 354 ff., 358 ff., 371 ff.

- Geist des Gesetzes  
 – Abgehen vom 147, 174, 180 ff., 262 ff., 313  
 – und Doktrin 145, 172 ff., 293, 312
- Geltungsgrund von Rechtsprinzipien 38, 43, 87 ff., 231
- Gemeinrechtsdenken (s. auch „ius“)  
 – und Gesetzesdenken 221 ff., 263, 286 ff., 300 ff.  
 – und Juristenweisheit 112 ff., 244 ff., 289 ff., 293  
 – und universelles Richterrecht 31, 287, 297, 301, 344 f.
- Generalklauseln  
 – als Einfallstor des Problemdenkens 150 ff., 335  
 – und allgemeine Rechtsgrundsätze 95, 270  
 – und Blankettnormen 51, 53, 63, 224  
 – und materiale Gerechtigkeit 329
- Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck  
 als universale Problemkreise 272, 314, 320, 322, 356, 378
- Gesetzesbegriff, Formen und Wandlungen 24, 242 ff., 289 ff., 300
- Gesetzestreue, Antinomien und Konflikte 4, 119, 148, 279, 283 ff., 318
- Gewohnheitsrecht und Richterrecht 10, 20, 23, 24, 38, 84, 138 f., 281 ff., 336
- Gleichberechtigungssatz 72 ff., 279
- Gleichheitssatz 73
- Gleichwertige dogmatische Figuren 5 f., 14, 33, 269 ff., 347 ff.
- Grundgedanken in einem Gesetz 26, 142 ff., 263 ff.
- Grundsatzentscheidungen, Arten und Grenzen (s. auch „Overstatement“) 8, 26, 28, 241, 243, 268, 277 ff.
- Grundsatz und Norm  
 – Abgrenzungen 2, 49 ff., 73 ff., 95  
 – wechselseitige Angewiesenheit 42, 201
- Harmonisierungstendenz in Naturrechtslehre und Positivismus 10, 41, 62, 162, 175 ff.
- Heterogonie der Zwecke 42, 147, 173, 263 f., 324 ff., 371
- Hilfspflichten, soziale 99, 155, 238, 250, 332
- Horizon des juges 76 ff., 209, 249, 302, 306, 315
- Hunch (s. „Intuitive Urteilelemente“, auch „Volitive Akte“)
- Inneres System (s. „Sachlogik“)
- Institutionsbildung aus Rechtsgedanken  
 – gemeinsames Werk von Doktrin und Praxis 189 ff., 244 ff., 248 ff., 321 ff.
- Interesse (wohlverstandenes) 68, 101, 215
- Interessenjurisprudenz und „Grundgedanken“ 171 ff., 179, 214 f., 222, 303 ff.
- Internationales Privatrecht  
 – als Juristenrecht 108 ff., 222, 274, 317, 340 ff.  
 – und universale Rechtsgedanken 297 ff., 337 ff.
- Interpretation (s. auch „Rechtsfindung“)  
 – als Integrationsvorgang bei jeder „Rechtsanwendung“ 20, 174 ff. 253 ff., 259 ff., 262  
 – als objektiver Sinngebungsakt 82, 123 ff., 175, 257  
 – und „denkender Gehorsam“ 117, 175, 262 ff.  
 – und „Geist des Gesetzes“ 172, 178  
 – und Lückenproblem 73 ff., 252, 254 ff., 259, 279 ff.  
 – und Rechtsfortbildung 242 ff., 259 ff., 287  
 – und Rückgriff auf allgem. Rechtsgrundsätze 171 ff., 264 ff.  
 – und Sachlogik 102, 209, 256 ff.  
 – und Texttreue 123 ff., 176  
 – und vorgefaßtes Gerechtigkeitsurteil (s. auch „hunch“, „volitive Akte“, u. ä.) 117, 235 ff.  
 – und „Wille des Gesetzgebers“ 54, 123, 143, 257 ff.  
 – und Zweckgedanke 177 ff., 263
- Interpretationsgrundsätze  
 – Antinomien, Rangordnung u. Wandel 112 ff., 117, 121 ff., 179 ff., 264 ff., 333  
 – Rechtsnatur 92, 116 ff., 121 ff., 176 ff.
- Interpretation of Statutes (s. „Statutory Interpretation“)
- Interpretatio praeter und contra legem 3, 10, 24, 259 ff., 279 ff., 285
- Interpretationsziel und -mittel  
 – Verhältnis und innerer Zusammenhang 112 ff., 123 ff., 176 ff., 257 ff.
- Interventionismus, Revisionismus, richterlicher 127, 321, 333, 375 ff.

- Intuitive Urteils-Vor-Auslese (s. auch „Volitive Akte“) 52 ff., 111, 117, 201, 235 ff., 262
- Judicial legislation 3, 8 f., 17 f., 23, 194, 243, 253, 267 ff.
- Jurisprudentielle Wahrheiten  
 – und Gemeinrecht 112 ff., 132 ff., 219 ff., 283 ff., 302 ff.  
 – und Systembildung 108 ff., 141 ff., 169 ff., 219 ff., 262 ff., 293 ff., 306 ff., 311
- Jurisprudenz, normative Autorität der 2, 29 ff., 242 ff., 260, 264 ff., 302 ff., 309 ff.
- Juristenrecht (s. auch „Richterrecht“)  
 – evolutionäre und konservative Kräfte 3, 82, 260 ff., 300 ff.  
 – und Gemeinrecht 42, 109, 244 ff., 262 ff., 288, 290  
 – und IPR 108 ff., 297 ff., 316 f., 340 ff.  
 – und Prinzipienbildung 53, 80 ff., 240 ff., 280 ff.
- Justiziabilität von Prinzipien 71 ff., 81 ff., 280, 304
- Jus und lex 24 f., 109, 194, 244, 264, 286, 291 ff.
- Kasuistik  
 – und Auswertung von Prinzipien 12, 262 ff., 279 ff.  
 – und Bildung von Prinzipien 24, 95 ff., 244 ff., 248 ff., 267 ff., 275 ff., 278, 314 ff.  
 – und Dogmatik 58, 262, 275 ff., 312
- Kodifikationen  
 – und immanente Rechtsgedanken 40, 162 ff.  
 – und Kräfte der Doktrin 42, 109, 244 ff., 312  
 – und Logik des Systems 44, 73, 161 ff., 220  
 – und Prinzipieneinschluß 13, 142, 147 ff., 330  
 – und Totalitätsanspruch 13, 118, 144, 295 f., 330
- Kodifikationsdenken  
 – und Hereinnahme neuer Prinzipien 47, 73 ff., 148, 150, 158, 262 ff.  
 – und Juristentradition 42, 109, 145, 244, 287 ff., 309
- und modernes Problemdenken 23 ff., 221 ff., 284 ff.  
 – und „offene“ Prinzipienbildung 40 ff., 142, 228
- Kollisionsnormen, Ebene und Rechtsnatur 274, 299, 317, 328, 337 ff.
- Konstruktive Jurisprudenz  
 – Rechtfertigung der k. J. 47 ff., 61 ff., 160, 238, 303 f., 334 f.  
 – Zurückbleiben im common law 185 ff., 236, 265 ff.
- Kontinuität juristischer Problementwicklung 275 ff., 289 ff., 301, 309
- Kulturnationen, von allen K. anerkannte Rechtsgrundsätze 12, 28, 34 ff., 43, 378
- Law behind law 22, 29, 223 ff.
- Law in action 19 ff., 70, 84, 182, 287, 292, 311, 381
- Leading cases (s. auch „Grundsatzentscheidungen“) 108, 186, 194, 228, 267 ff., 277 ff.
- Legal reasoning from case to case (s. auch „Shaping the rule“) 44 ff., 184 ff., 197 ff.
- Leges artis 83, 91, 108 ff., 209, 219, 261, 316
- Leitsatzredaktion 26, 281
- Leitsatz und „Principle of the Case“ 195, 202
- Libre recherche scientifique (s. auch „Bewährte Lehre“) 82 ff., 175, 209, 268 f., 290
- Logik (Rechtslogik)  
 – als Ausdruck eines Sachzusammenhangs (s. auch „Sachlogik“) 7, 56, 102, 110, 153  
 – eines Systems und Methode der Rechtsfindung 52, 110, 225 ff., 237  
 – materiellrechtliche Bedeutung 112 ff., 153 ff., 211 ff., 219  
 – und case law-method 22, 208 ff., 234  
 – und Leges artis 92 ff., 110 ff., 316
- Lückenproblem und Grundsatzbildung 10 f., 179 ff., 252, 255
- Maximen  
 – als Äquivalenzen für Theorie 91 f., 113 ff., 317 ff.  
 – Bedeutung im „offenen System“ 83, 99 ff., 203 ff.  
 – Verdichtung zu Dogmen 99, 108, 318, 319



- Methodenprinzipien (s. „*Leges artis*“)
- Methodenvoraussetzungen zur Prinzipienverwertung 52, 77, 107 ff., 316
- Mißbrauch, Theorie des Rechtsmißbrauchs 101, 216, 314, 320
- Naturalis ratio als Beurteilungsmaßstab 56, 74, 81
- Natur der Sache (s. auch „Sachlogik“)
- als Transformator rechtsethischer Postulate 56, 68, 81, 101 ff., 159, 212, 335
  - als Vereinheitlichungsfaktor 15, 335, 379
  - im IPR 103, 222, 379
- Naturrecht
- behauptete Positivität „Oberster Rechtsgrundsätze“ 4, 40 ff., 52 ff., 71, 86, 327
  - notwendige methodische Trennung vom positiven Recht 11, 40, 53, 59 ff.
  - notwendige substantielle Einheit mit dem positiven Recht 30 ff., 60
  - und Rechtsethos 13, 14, 40 ff., 53, 74, 86
  - und universale Rechtsprinzipien 40 ff.
  - und Völkerrecht 12, 38, 43
- Normbildungsprozeß, richterlicher (s. auch „Kasustik“, „*Shaping the rule*“, usf.) 176 ff., 222, 261
- Offenes und geschlossenes System 44, 141 ff.
- Ordre public (public policy) 53, 60, 72, 105, 222, 227, 361, 376
- Overruling 54, 186 ff., 204, 277, 329
- Overstatement 196 f., 275 f.
- Parömien (adages, brocards) als Ausdruck von Rechtsgedanken 59, 113 ff., 317 ff.
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 250 f.
- Politisches Rechtsmonopol (s. auch „*Etatismus*“)
- und *déclin du droit* 25, 300 ff.
  - und Einverleibung der Rechtsprinzipien 13, 146
- Positivierungsvorgang von Prinzipien 2, 12, 19 ff., 40 ff., 52 ff., 69 ff., 81, 132 ff., 267
- Positivismus (Rechtspositivismus)
- Einstellung zu allg. Rechtsprinzipien 13, 118, 144, 293 ff., 330
  - und Auslegungsproblem 103, 116 ff., 125 ff., 174 ff., 253 ff.
  - und Qualifikationsfrage im IPR 103, 297 ff., 316 ff., 328, 338 ff.
  - und Richterrechtsbildung 242 ff., 273 ff., 285
- Präjudizien im kontinentalen Rechtskreis
- fehlende Tradition ihrer Verwertung 27 f., 73 ff., 83 ff., 241, 280 ff.
  - Formen und Gründe ihrer Anerkennung 242, 273 ff., 283
  - Notwendigkeit zur Prinzipienbildung 85, 262, 267 ff., 275, 285, 325
- Praktikerrecht, Praktikerdenken 7, 47, 112 ff., 221, 246, 270 ff., 302, 311, 335
- Precedents im anglo-amerikanischen Rechtskreis
- als Rechtsquelle 183 ff.
  - Auslesetechnik 201 ff.
  - und Stellung zum principle 186 ff., 191 ff., 234 ff., 266 ff.
- Prinzipien, Bedeutungsarten im Recht
- Aufbau- und Strukturprinzipien 31 ff., 53, 90, 106, 225, 324
  - dogmatische und konstruktive Pr. 48, 77
  - heuristische und informative Pr. 48, 75 ff., 89, 108 ff., 134, 185, 208, 309
  - normative und institutionelle Pr. 15, 29, 40, 70, 79, 88, 104, 158, 171 ff., 325
  - immanente oder „notwendige“ Pr. 21, 73 ff., 104, 314
  - politische Prinzipien 60, 69, 74, 92
  - problemgebundene Pr. 15, 47 ff., 77, 99, 324
  - selektive Pr. (Pr. der Stoff- u. Regelauswahl) 53, 78, 186, 192 ff., 261
- Prinzipien der Rechtshandhabung (s. auch „*leges artis*“) 91, 92, 107 ff., 316
- Prinzipien
- als Ausdruck universaler Rechtsgedanken 15, 339 ff.
  - als „guides“ der Kasustik 17, 40, 74, 89, 132, 201, 308, 318
  - als Rechtsquelle 13, 69 ff., 132 ff., 149, 275 ff.
  - als Systembildner 4, 53, 222, 316
  - und Bildung durch ständige Rspr. 83 ff., 270, 279–289, 337
  - und Lückenproblem 252 ff.
  - und Zweckgedanke einer Institution 52, 81, 158, 285, 346

- Prinzipien im anglo-amerikanischen Recht
- als Ansätze institutionellen Denkens 189, 207
  - als Auslesefaktor und sinngebender, aber offiziell unverbindlicher Teil des precedent 186, 192 ff., 261, 275
  - als starting point of legal reasoning 93, 185, 192, 197 ff.
  - im Verhältnis zum codified law u. statute law 200 ff., 228 ff.
  - in den Restatements 190, 198, 204 ff., 223 ff., 227 ff., 272
- Prinzip und Kasuistik 151, 162, 261, 267, 279 ff., 337
- Prinzip und Rechtssatz (principe et règle, principle and rule) 2, 49 ff., 73 ff., 95, 134, 195, 207, 219 ff., 270, 279, 336 f.
- Problemendenken i. G. zum Systemdenken
- Vordringen im kontinentalen Rechtskreis 8, 184 ff., 221 ff., 239 ff., 267 ff., 308
- Problemsicht und Systemwahl 47, 52, 239
- Qualifikationsproblem
- als Test der funktionellen Rechtsvergleichung 17, 29, 35, 298 ff.
  - und autonomistische Schule des IPR 297 ff., 339 ff.
  - und Positivismus 15, 103, 274, 297, 337
  - und Systemstrukturen 29, 35, 299 ff., 316 ff., 324, 337
  - und universalistische Richtung der Rechtsvergleichung 279 ff., 337 ff., 381
- Quasi - Contract
- und Equity 67, 191, 232, 271
  - und offenes System 106, 169, 232
  - und Überwindung des Aktionenschemas 191 ff., 271
- Quasi - Kategorien im offenen System 7, 46, 191, 232 ff.
- Realistic School 20 ff., 119 ff., 135, 184, 193, 261
- Reasonableness 46, 68, 80, 225
- Rechtsquellenlehre
- etatistische und pluralistische 14, 241, 291, 336 ff.
  - realistische 4, 15, 20, 120 ff., 134 ff.
  - Verlegenheiten der 9, 14, 49 ff., 287 ff.
- Rechtsscheinhaftung (s. auch „Estoppel“)
- 164, 215, 247, 354, 375 ff.
- Rechtssicherheit, Antinomien und Garantien der 26 ff., 40, 84, 285 ff., 301 ff., 376
- Rechtsvergleiche (s. „Funktionelle Rechtsvergleichung“)
- Regulae iuris 46, 59, 100, 108, 184, 267, 308 ff., 318
- Revisibilität als Test der Rechtsgeltung eines Prinzips 112, 320
- Richterrecht (s. auch „Judicial Legislation“)
- allseitige Notwendigkeit und Existenz 3, 10, 23, 26 ff., 244 ff., 260 ff.
  - Ablehnung und Verfälschung im Etatismus 10, 17 ff., 267 ff.
  - Legitimierung durch allg. Rechtsgedanken 9, 244 ff., 262, 281 ff.
  - notwendige Garantien seiner Objektivität 17, 28, 51 ff., 275, 302 ff.
- Richterrecht als Rechtsquelle (s. auch „Präjudizien“) 119 ff., 138 ff., 154, 277, 283, 287 ff.
- Sachlogik
- als Element rechtlicher Gestaltung 56, 63, 73 ff.
  - als Grund uniformer Lösungen 15, 102, 157, 347 ff.
  - als Systemfaktor 5 ff., 30, 48, 81, 107, 209, 235, 379
- Schiedswesen, internationales, und universale Prinzipien 216 ff., 291, 342 ff.
- Schöpferrolle der Jurisprudenz 80 ff., 286, 291 ff., 309 ff.
- Sens clair-Doctrine 123 ff., 176 ff., 254, 265, 270
- Shaping the Rule 120, 183 ff., 262, 276 ff.
- Solvitur ambulando (s. auch „Problemendenken“) 44, 54, 219
- Standards
- als Fenster des Kodifikationssystems 150 ff., 335
  - als Teile jedes positiven Systems 95 ff., 224
- Stare Decisis 185 ff., 276
- Statutes, Sonderstellung der 129 ff., 228 ff., 264 ff.
- Statutory Interpretation 125, 129 ff., 229, 266
- Stoffbestimmtheit (s. auch „Sachlogik“)
- aller Ordnungsfiguren 171 ff.
  - als Universalrechtsfaktor 168 ff., 346 ff.

- Strukturabweichungen universaler Rechtsgedanken 15, 29 ff., 157 ff., 171 ff., 298 ff.
- Strukturbestimmtheit dogmatischer Figuren 29, 106, 157 ff., 298 ff., 324 ff., 340, 347, 358 ff.
- Strukturfrage und Institutionenvergleichung 298 ff., 324 ff., 339 ff., 347
- Surrogationsprinzip 5, 166, 363
- Synallagmaprinzip und stellvertretende Figuren im common law 33, 49, 106, 161, 326, 355
- System
- als Ausdruck des Sachzusammenhangs 30, 48 ff., 209, 227, 235
  - als Voraussetzung für Rangordnung von Prinzipien 6 ff., 200, 309 ff.,
  - kodifiziertes System und Ausbauproblem 147 ff., 156 ff., 161 ff., 176 ff., 260
  - offenes System und Methodenproblem 7, 141, 239, 309
- Systemdenken und Problemendenken als Ergänzungsnötigkeit 7, 24, 45 ff., 193 ff., 238 ff., 307 ff.
- Tatbestandsbildung
- fehlende im case law 183 ff., 272
  - ergänzende zum Prinzip 59, 271 ff.
  - normative und notative (s. auch „Standards“) 59, 152, 222, 335
- Textstelle und Prinzip, Normeinheit aus 167, 246, 262, 312
- Théorie de l'imprévision 245, 313, 320
- Théorie du risque 101, 212, 250, 313, 333
- Theorien und Doktrinen
- Austauschbarkeit und heuristischer Wert 57 ff., 309, 319 ff.
  - systembildende Bedeutung 244, 306, 314
- Topisches Denken (s. auch Problemendenken“)
- i. G. zum axiomatischen Denken 44 ff., 218 ff.
  - und Interessenjurisprudenz 48 ff., 68, 80, 222
  - im IPR 108 f., 222
- Treuhandgedanke 347, 368
- Treu und Glauben (bona fides, bonne foi)
- als Blankett für neue Rechtsgedanken 65, 96, 221 ff.
  - als Rezeptionsformel für aequitas 59, 62 ff., 222
- Trust
- als Richterrechtsschöpfung 199, 273
  - als universale Rechtsfigur 251, 365 ff.
- Unhistorisches Denken bei Prinzipien- u. Systembildung 29, 239, 326
- Uniformierende Kraft der modernen Jurisprudenz 15, 315 ff., 344 f.
- Universale Rechtsgedanken
- als Ausdruck sachbedingter Funktionsgesetze 6, 30, 47, 351, 363, 369 ff.
  - Bedeutung und Reichweite 12, 15, 30, 34, 166, 346 ff.
  - und Gemeinrecht 15, 165 ff., 289 ff., 336
  - und intern. Schiedsgerichtswesen 298, 342 ff.
  - und Qualifikationsbegriffe 297 ff., 337 ff.
  - und Völkerrecht 28 ff., 298, 336 f.
- Verfassungsprinzipien, ungeschriebene 70 ff.
- Verkehrssicherungspflicht 55, 99, 204 ff., 230, 273, 320, 350
- Verschuldensprinzip 100, 114, 153
- Vertragsfreiheit 48, 70, 158, 331
- Vertragstreue 105, 146, 321
- Vertrauensprinzip 6, 30, 89, 109, 159, 247, 273, 331, 372 ff.
- Völkerrecht und allg. anerkannte Rechtsprinzipien 28 ff., 34 ff., 43
- und Naturrechtsschule 12, 38, 43
  - und Juristenrecht 42, 314, 336
  - und Universalrecht 28 ff., 298
- Volitive Akte bei Interpretation und Urteilsfindung 245, 256 ff., 262, 283
- Wandelbarkeit
- der Prinzipien 147, 173, 327 ff., 346 ff.
- Wesensfremdheit von Institutionen (s. auch „Qualifikationsproblem“) 339 ff., 362 ff.
- Zweckgedanke
- und „Eigenleben“ der Rechtsfiguren 81, 124, 324, 353 ff., 361
  - und funktionelle Rechtsvergleichung 346, 357
  - und Interessenjurisprudenz 214 f., 370

Axel Flessner

# Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht

Das Buch ist ein Plädoyer für die Beachtung von Interessen im internationalen Privatrecht. Es greift die bekannten Interessenlehren von Currie und Kegel auf und zeigt, daß sie – entgegen dem allgemeinen Anschein – letztlich wirkungslos geblieben sind, weil sie von der Wirklichkeit der Interessen zu großen Abstand halten. Orientiert sich das kollisionsrechtliche Denken dagegen an den realen Interessenlagen, die vom internationalen Privatrecht zu ordnen sind, so erweisen sich zentrale Annahmen, Fragestellungen und Denkfiguren des traditionellen Verweisungsrechts als brüchig und unerheblich. Die Notwendigkeit einer solchen realistischen Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht wird in diesem Buch begründet. Wie sie sich von anderen kollisionsrechtlichen Konzeptionen unterscheidet, wird im einzelnen entwickelt; was sie leisten kann, wird an einigen ausgewählten Themen und Kategorien des IPR dargestellt.

Ein kollisionsrechtliches Denken, das die Interessen ernst nimmt, würde aber auch dem internationalen Privatrecht als Ganzem guttun; es kann Doktrin und Praxis versöhnen, das internationale Privatrecht mit dem allgemeinen Privatrechtsdenken enger verbinden und es damit aus seiner prekären Randlage befreien.

1989. XI, 165 Seiten (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht 53). Leinen.



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)  
Tübingen

Josef Esser

# Wege der Rechtsgewinnung

Ausgewählte Aufsätze.

Herausgegeben von Peter Häberle und Hans G. Leser

Die statische und vielfach in sich gefangene Begriffsjurisprudenz um die Jahrhundertwende wurde durch Philipp Hecks Interessenjurisprudenz kurz vor dem 1. Weltkrieg und danach abgelöst. Josef Esser hat nach dem 2. Weltkrieg mit seinem Hauptwerk Grundsatz und Norm, das gleichrangig neben seinem berühmten Schuldrechtslehrbuch steht, unser modernes Verständnis von Recht und Rechtsgewinnung maßgeblich geprägt. Seine wesentlichen neuen Denkanstöße, insbesondere die von ihm eröffneten Wege zur Betrachtung des Rechts in Funktion und Entwicklung spiegeln sich parallel in seinen Aufsätzen. Sie zeigen vor allem auch die praktische Relevanz seiner bahnbrechenden Gedanken.

Die Arbeiten, die hier anlässlich des 80. Geburtstages von Josef Esser als Auswahl vorgelegt werden, umfassen einen Zeitraum von mehr als 35 Jahren.

1990. Ca. 400 Seiten. Leinen.



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)  
Tübingen