

MARIETTA AUER

Materialisierung,
Flexibilisierung,
Richterfreiheit

Mohr Siebeck

Marietta Auer
Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit



Marietta Auer

Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit

Generalklauseln im Spiegel der Antinomien
des Privatrechtsdenkens

Mohr Siebeck

Marietta Auer, geboren 1972, Studium der Rechtswissenschaften und der Philosophie in München und an der Harvard Law School (USA), 1997 Zweites Juristisches Staatsexamen, 2000 LL.M. (Harvard), 2003 Promotion zum Dr. iur., zur Zeit wissenschaftliche Assistentin am Institut für Privatrecht und Zivilverfahrensrecht der Universität München.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

ISBN 3-16-148461-4 / eISBN 978-3-16-163273-0 unveränderte eBook-Ausgabe 2023

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

© 2005 Mohr Siebeck Tübingen.

Dieses Werk ist seit 10/2023 lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. ... Such matters really are battle grounds where the means do not exist for determinations that shall be good for all time, and where the decision can do no more than embody the preference of a given body in a given time and place. We do not realize how large a part of our law is open to reconsideration upon a slight change in the habit of the public mind.

Oliver Wendell Holmes,
The Path of the Law, 1897

Vorwort

So bedeutsam die Anwendung von Generalklauseln wie »Treu und Glauben« oder der »Guten Sitten« in der Praxis ist, so umstritten ist ihre Funktion, Bedeutung und methodologisch korrekte Handhabung in der Theorie. Dabei liegt die Hauptschwierigkeit auf den ersten Blick darin, daß Generalklauseln wie »Treu und Glauben« zwar zu vage sind, um eine unmittelbare Ableitung konkreter Rechtsfolgen im Einzelfall zu erlauben, aber dennoch – wie andere Rechtsnormen auch – volle formale Geltung beanspruchen und dem Richter damit scheinbar eine »Blankettermächtigung« erteilen, um ihren Inhalt im konkreten Fall nach eigenem Ermessen zu konkretisieren und materialen Gerechtigkeitsprinzipien im geltenden Recht zum Durchbruch zu verhelfen. Doch läßt sich dies noch mit dem legitimen Funktionsumfang richterlicher Tätigkeit vereinbaren? Und wie verhält sich die daraus folgende material-ethische Anreicherung der Generalklauseln zum grundsätzlich formalen Gerechtigkeitsverständnis des geltenden Privatrechts? Das vorliegende Buch versucht, auf diese und verwandte Grundfragen der »Generalklauselproblematik« jenseits der Wege der hergebrachten Methodenlehre eine neue Antwort zu geben. Eine frühere Fassung dieser Abhandlung wurde im Jahr 2003 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Ihre wesentlichen Grundlagen gehen auf einen einjährigen Studien- und Forschungsaufenthalt an der Harvard Law School in Cambridge/Massachusetts (USA) zurück. Herzlich danken möchte ich für ihre Unterstützung meinen Lehrern, Kollegen und Freunden, in allererster Linie Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Claus-Wilhelm Canaris*, der die Arbeit betreut und ihre Entstehung in jeder erdenklichen Hinsicht gefördert hat. Besonderen Dank schulde ich auch Professor Dr. *Harald Siems* sowie Professor Dr. h.c. *Duncan Kennedy* (Harvard Law School), Professor Dr. *Horst Eidenmüller*, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, *Christa Hausmann*, *Carsten Herresthal*, *Thomas Riehm*, Dr. *Luidger Röckrath* und *Matthias Thume*. Danken möchte ich schließlich Herrn Dr. *Franz-Peter Gillig* und dem Verlag Mohr Siebeck, der VG Wort für die großzügige Unterstützung der Drucklegung sowie der Juristischen Fakultät der Universität München für die Verleihung des Fakultätspreises für das Jahr 2004.

Ich widme dieses Buch meinen Eltern und meinem Bruder.

München, im Januar 2005

Marietta Auer

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI

Einführung	1
------------------	---

1. Kapitel

Die drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

7

§ 1 Individualismus oder Kollektivismus: Der materielle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	10
§ 2 Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit: Der formale Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	46
§ 3 Richterbindung oder richterliche Freiheit: Der institutionelle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	64

2. Kapitel

Funktion und Theorie der Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken

101

§ 4 Die Entwicklung der Generalklauseln des deutschen Rechts	102
§ 5 Die Debatte über den Begriff der Generalklausel im deutschen Privatrechtsdenken	126
§ 6 Die Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken	144

3. Kapitel

Funktion und Theorie von Treu und Glauben
im amerikanischen Privatrechtsdenken

179

§ 7	Die Entwicklung von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht	180
§ 8	Die Debatte über Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken	193

4. Kapitel

Generalklauseln und Privatrechtstheorie

211

§ 9	Das Problem der Generalklauseln im Spannungsfeld zwischen Methodenlehre und Rechtsethik	212
	Schlußbemerkung	220
	Summary	221
	Literaturverzeichnis	223
	Sachverzeichnis	251

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung	1
I. Das Problem der Generalklauseln und die »Flucht in die Methodenlehre«	1
II. Die Theorie der Generalklauseln als Ausdruck der ungelösten Grundsatzkonflikte des Privatrechtsdenkens	3
III. Gang der Untersuchung	5

1. Kapitel

Die drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

7

§ 1 Individualismus oder Kollektivismus: Der materielle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	10
I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen Individualismus und Kollektivismus	12
1. Individualismus	12
a) Selbstbestimmung, Selbstbindung, Selbstverantwortung	12
b) Die relative Struktur individualistischen Denkens	15
2. Kollektivismus	16
a) Fremdnützigkeit und Fremdverantwortlichkeit	16
b) Distributive Gerechtigkeit und Rechtspaternalismus	17
c) Die relative Struktur kollektivistischen Denkens	20

3. Der materielle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens als normative Ordnungsstruktur	21
II. Der Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus in der Privatrechtstheorie und die Funktion der Generalklauseln	22
1. Zum Begriff der »Materialisierung«	23
2. Die Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit	25
a) Der grundsätzlich formale Gerechtigkeitsbegriff des herrschenden Privatrechtsdenkens	25
b) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Vertrags- gerechtigkeit als Ausprägung des Grundwiderspruchs zwischen Individualismus und Kollektivismus	26
3. Die Materialisierung der Vertragsfreiheit	28
a) Systemkonforme Vereinbarkeit von formalem Gerechtigkeits- denken und materialem Freiheitsdenken?	28
b) Prozedurales Gerechtigkeitsdenken als Ausweg aus dem Dilemma zwischen formalen und materialen Wertungsstrukturen?	33
c) Insbesondere: Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertrags- mechanismus und der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit	36
d) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit als Ausprägung des Grundwiderspruchs zwischen Individualismus und Kollektivismus	41
4. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen individualistischem und kollektivistischem Gerechtigkeitsdenken im Privatrecht	42
a) Generalklauseln als »Einfallstore« materialer Wertungen?	42
b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des Spannungs- verhältnisses zwischen Individualismus und Kollektivismus im Privatrecht	43
§ 2 Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit: Der formale Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	46
I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen formaler und materieller Realisierbarkeit	47
1. Die Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien	47
a) Der Grad formaler bzw. materieller Realisierbarkeit als Unterscheidungskriterium	47
b) Abgrenzung gegenüber abweichenden Interpretationen der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien	49

2. Regeln und formale Realisierbarkeit	50
a) Generalisierende Gerechtigkeit und Rechtssicherheit	51
b) Mechanische Willkür und Rigidität: Verdeckung der wahren Entscheidungsmotive	52
3. Prinzipien und materielle Realisierbarkeit	54
a) Individualisierende Gerechtigkeit und Flexibilität	54
b) Einzelfallbezogene Willkür und Rechtsunsicherheit	57
4. Der formale Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens als normative Ordnungsstruktur	58
II. Der Wertungsgegensatz zwischen formaler und materieller Realisierbarkeit in der Privatrechtstheorie und die Funktion der Generalklauseln	59
1. Die grundsätzliche Anerkennung des formalen Wertungs- gegensatzes in der Privatrechtstheorie	60
2. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen den Anforderungen formaler und materialer Realisierbarkeit im Privatrecht	61
a) Generalklauseln als »Öffnungsklauseln« für die Gewähr- leistung von Einzelfallgerechtigkeit?	61
b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des unauflösbaren Spannungsverhältnisses zwischen Rechts- sicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Privatrecht.	62
§ 3 Richterbindung oder richterliche Freiheit: Der institutionelle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens	64
I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen Richterbindung und richterlicher Freiheit	65
1. Richterbindung: Der Richter als »Subsumtionsautomat«?	65
a) Der Gedanke der Richterbindung im deutschen Rechtsdenken	65
b) Der Gedanke der Richterbindung im amerikanischen Rechtsdenken ...	69
2. Richterfreiheit und »Richterkönigtum«	70
a) Zur Grundstruktur des Gedankens der Richterfreiheit	71
b) Der Gedanke der Richterfreiheit im deutschen Rechts- denken: Die Anerkennung der Staatlichkeit des Richteramts	72
c) Der Gedanke der Richterfreiheit im amerikanischen Rechts- denken: Das Problem der »Klassenjustiz«	75
II. Der Wertungsgegensatz zwischen Richterbindung und richter- licher Freiheit in der modernen Privatrechtstheorie	77

1. Zur Möglichkeit der Richterbindung vom Standpunkt der Wertungsjurisprudenz	77
a) Die teleologische Struktur des Privatrechtsdenkens.....	77
b) Die Unauflösbarkeit richterlicher Eigenwertung vor allem im Bereich der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung	78
2. Rationalität der Rechtsfindung durch Rationalisierbarkeit rechtlicher Argumentation?	79
a) Der Gedanke der Rationalisierbarkeit rechtlicher Argumentation	80
b) Die Unmöglichkeit der Trennung zwischen rechtlicher und rechtspolitischer Argumentation.....	81
c) Die Ungeeignetheit der Kategorie der »Bindungswirkung«	83
3. Rationalität richterlicher Abwägungsentscheidungen?	85
a) Der Gedanke der Rationalisierbarkeit richterlicher Abwägungs- entscheidungen, insbesondere Dworkins »One Right Answer Thesis«..	85
b) Die Unerfüllbarkeit des Anspruchs vollständiger Rationalisier- barkeit des Abwägungsvorgangs und die Unhaltbarkeit der »One Right Answer Thesis«	88
4. Rationalisierung richterlicher Rechtsschöpfung durch Anerkennung von Präjudizienbindung?	91
a) Der Gedanke der Präjudizienbindung in der deutschen Rechtstheorie.....	91
b) Zur Unmöglichkeit abschließender Rationalisierung des Rechts- findungsvorgangs auf der Grundlage von Präjudizien	93
III. Der institutionelle Grundwiderspruch des Privatrechts- denkens als normative Ordnungsstruktur und die Funktion der Generalklauseln.....	94
1. Der institutionelle Grundwiderspruch im Spiegel des Zusammenhangs zwischen den drei Antinomien des Privatrechtsdenkens	94
2. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen Richterbindung und Richterfreiheit im Privatrecht	95
a) Generalklauseln als »Delegationsnormen« gesetzgeberischer Macht an die Rechtsprechung?	96
b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des Spannungs- verhältnisses zwischen Richterbindung und Richterfreiheit im Privatrecht	97
Zusammenfassung	98

2. Kapitel

Funktion und Theorie der Generalklauseln
im deutschen Privatrechtsdenken

101

§ 4 Die Entwicklung der Generalklauseln des deutschen Rechts	102
I. Die Entstehung der Generalklauseln vor dem Hintergrund der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	103
1. Die Generalklauseln des BGB und die zeitgenössische Debatte über die Notwendigkeit richterlicher Freiräume und materialer Gerechtigkeit	103
a) Die Grundentscheidung für die späteren Generalklauseln: Die Ermessensbegriffe des Ersten Entwurfs	104
b) Die bewußte Anerkennung richterlichen Ermessens: Die Ermessensbegriffe des BGB im weiteren Gesetzgebungsverfahren und in Stellungnahmen der Literatur	108
2. Die Entstehung des § 1 UWG a.F. und der »General- klauseldebatte«	110
a) Die »Generalklauseldiskussion« während der Entstehungs- geschichte des UWG 1896	111
b) Die Einführung der Generalklausel durch das UWG 1909	113
II. Die weitere Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	115
1. Die weitere Entwicklung der Generalklauseln während des 20. Jahrhunderts	115
a) Die Generalklauseln während der ersten Jahrzehnte nach ihrem Inkrafttreten	115
b) Die Generalklauseln während des Nationalsozialismus	118
c) Die moderne Entwicklung der Generalklauseln	122
2. Die Entwicklung der Generalklauseln unter dem Blickwinkel der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	123
§ 5 Die Debatte über den Begriff der Generalklausel im deutschen Privatrechtsdenken	126
I. Ansätze zur Definition des Begriffs der Generalklausel	127
1. »Einheitstheorien«: Ansätze auf der Grundlage einzelner Definitionskriterien	127

a) Generalklauseln als wertausfüllungsbedürftige Tatbestände	127
b) Generalklauseln als unbestimmte, abstrakte oder allgemeine Rechtsbegriffe	130
c) Generalklauseln als Normbildungsauftrag an die Gerichte	132
d) Zum Verhältnis zwischen Generalklauseln und »Prinzipien«	134
2. »Verbindungstheorien«: Kombination mehrerer Definitionskriterien als Lösung?	135
II. Die Debatte über den Begriff der Generalklausel als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	138
1. Die materielle Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel	138
2. Die formale Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel	140
3. Die institutionelle Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel	141
III. Zum Begriff der Generalklausel unter dem Gesichtspunkt der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	141
§ 6 Die Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken	144
I. Ansätze zur Konkretisierung von Generalklauseln	145
1. »Inhaltstheorien« – Ansätze zum zulässigen Inhalt der Konkretisierung von Generalklauseln	145
a) Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe	146
b) Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe	150
c) Verweisung auf die »richterliche Eigenwertung«	152
d) »Verbindungstheorien«: Kombination mehrerer Ansätze als Grundlage einer tragfähigen Konkretisierung?	153
2. »Verfahrenstheorien« – Ansätze zum zulässigen methodologischen Vorgehen bei der Konkretisierung von Generalklauseln	156
a) Anwendung der allgemeinen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung	157
b) Prozedurale Konkretisierung der Generalklauseln durch Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien	159
3. »Funktionstheorien« – Ansätze zur Differenzierung zwischen verschiedenen Funktionsebenen als Grundlage der Konkretisierung von Generalklauseln	162
a) Funktionstheorien zu Treu und Glauben	162
b) Funktionstheorien der Guten Sitten	164

II. Die Theorien zur Konkretisierung der Generalklauseln als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens .	166
1. Die materielle Dimension der Konkretisierungsdebatte	167
a) Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe	167
b) Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe	168
c) Die materielle Dimension der Funktionstheorien	170
2. Die formale Dimension der Konkretisierungsdebatte	171
a) Die formale Dimension der Inhaltstheorien	171
b) Die formale Dimension der Verfahrens- und Funktionstheorien	172
3. Die institutionelle Dimension der Konkretisierungsdebatte	173
a) Verweisung auf die richterliche Eigenwertung	173
b) Anwendung der allgemeinen Grenzen der Rechtsfortbildung	174
c) Die institutionelle Dimension der Funktionstheorien	174
III. Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung von General- klauseln unter dem Blickwinkel der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	175
Zusammenfassung	177

3. Kapitel

Funktion und Theorie von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken

179

§ 7 Die Entwicklung von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht	180
I. Die Entstehung des Prinzips von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht	180
1. Die Grundlagen des Prinzips von Treu und Glauben im Common Law	180
2. Die Kodifikation des Prinzips von Treu und Glauben durch den Uniform Commercial Code	182
a) Die Entstehung des UCC und der Einfluß kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens	182
b) Treu und Glauben als Leitgedanke des UCC und das Problem sachgerechter Definition	186
3. Die allgemeine Anerkennung von Treu und Glauben als Prinzip des Common Law	188

a) Das Prinzip von Treu und Glauben im Schrifttum	188
b) Die Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben im zweiten Restatement of Contracts	189
II. Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht vor dem Hintergrund der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens .	191
§ 8 Die Debatte über Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken	193
I. Rechtfertigung und Begriff von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken	193
1. Zur rechtspolitischen Rechtfertigung von Treu und Glauben	194
a) Treu und Glauben und Vertragsmoral	194
b) Schutz sozialtypischer Vertragserwartungen durch Treu und Glauben .	196
c) Treu und Glauben als Ansatzpunkt von Einzelfallgerechtigkeit und das Problem der Ökonomie der Form	197
d) Treu und Glauben als »Ventil« richterlicher Rechtsfortbildung	198
2. Zur Möglichkeit begrifflicher Konkretisierung von Treu und Glauben	200
a) Die Definitionsversuche des UCC	200
b) Burtons Versuch einer Präzisierung der Erwartungsschutzfunktion von Treu und Glauben	201
c) Summers' Kritik an den üblichen Definitionsversuchen: Treu und Glauben als »Excluder«	202
II. Die Debatte über Treu und Glauben als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens	205
1. Die materielle Dimension der Debatte über Treu und Glauben . . .	205
2. Die formale Dimension der Debatte über Treu und Glauben	206
3. Die institutionelle Dimension der Debatte über Treu und Glauben	207
Zusammenfassung	208

4. Kapitel

Generalklauseln und Privatrechtstheorie

211

§ 9 Das Problem der Generalklauseln im Spannungsfeld zwischen Methodenlehre und Rechtsethik	212
I. Zum Verhältnis zwischen einer privatrechtstheoretischen Sichtweise und dem »positivistischen« Standpunkt des hergebrachten Methoden- und Systemdenkens	212
II. Zum Verhältnis zwischen Privatrechtstheorie und materialer Rechtsethik	217
Schlußbemerkung	220
Summary	221
Literaturverzeichnis	223
Sachverzeichnis	251

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
Am. J. Leg. Hist.	The American Journal of Legal History
Am. L. Rev.	American Law Review
ARS	Arbeitsrechts-Sammlung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
B. U. L. Rev.	Boston University Law Review
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bus. Law.	Business Lawyer
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
Case W. Res. L. Rev.	Case Western Reserve Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cornell L. Qu.	Cornell Law Quarterly
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review
Current Leg. Probs.	Current Legal Problems
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
Duke L. J.	Duke Law Journal
ERPL	European Review of Private Law
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Ga. L. Rev.	Georgia Law Review
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRURInt	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J. Leg. Ed.	Journal of Legal Education

J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
J. Phil.	Journal of Philosophy
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)
JJb.	Juristen-Jahrbuch
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
L. & Soc.	Law and Society
Law & Contemp. Probs.	Law and Contemporary Problems
Marq. L. Rev.	Marquette Law Review
Md. L. Rev.	Maryland Law Review
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
N.Y.U. L. Rev.	New York University Law Review
New Eng. L. Rev.	New England Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
Or. L. Rev.	Oregon Law Review
Phil. & Pub. Aff.	Philosophy and Public Affairs
Phil. Qu.	The Philosophical Quarterly
Phil. Sci.	Philosophy of Science
Pol. Sc. Qu.	Political Science Quarterly
Res. L. & Soc.	Research in Law and Society
Rutgers L. Rev.	Rutgers Law Review
S. Cal. Interdisc. L. J.	Southern California Interdisciplinary Law Journal
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
Seton Hall L. Rev.	Seton Hall Law Review
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Tenn. L. Rev.	Tennessee Law Review
Tex. L. Rev.	Texas Law Review
Tul. Eur. & Civ. L. F.	Tulane European and Civil Law Forum
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
U. Ill. L. F.	University of Illinois Law Forum
U. Miami L. Rev.	University of Miami Law Review
U. Penn. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review

U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
UCC	Uniform Commercial Code
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
Val. U. L. Rev.	Valparaiso University Law Review
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
Vill. L. Rev.	Villanova Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht (Österreich)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfRphil.	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einführung

»Viel gepriesen und viel gescholten, wird der § 242 BGB ... meist von positivistischen Voraussetzungen aus bewertet. Das ist kein Vorwurf, da ja die Stellung des Paragraphen in unserem Gesetzbuch legitimerweise zu diesen Voraussetzungen nötig ist. Aber doch liefert diese Betrachtung keine echten Kriterien für Wert oder Unwert der Generalklauseln; ja, sie läßt ihre Funktion nicht einmal deutlich erkennen. Denn Ruhm und Tadel des § 242 folgen beide aus unausweichlichen Antinomien des Rechtsbegriffs selbst.«¹

I. Das Problem der Generalklauseln und die »Flucht in die Methodenlehre«

Betrachtet man die Entwicklung der deutschen Privatrechtstheorie der Nachkriegszeit, so zeichnet sich trotz aller Stimmen- und Problemvielfalt eine unverkennbare Tendenz ab, die rechtstheoretischen Grundsatzfragen der Vergangenheit – etwa den Gegensatz zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz sowie die daran anknüpfenden Richtungsentscheidungen der Legitimität richterlicher Rechtsschöpfung sowie der Unumgänglichkeit des berühmten »Tropfens sozialistischen Öls«² im Privatrecht – als erledigt anzusehen. Die Privatrechtstheorie der Gegenwart scheint zu einer allgemein konsensfähigen juristischen Methodenlehre geworden zu sein.³ An die Stelle der Interessenjurisprudenz ist unter bereits terminologischer Aufgabe ihres den klassischen Systemgedanken immerhin potentiell in Frage stellenden Anspruchs die Wertungsjurisprudenz getre-

¹ *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 10.

² *O. v. Gierke*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889/1948, S. 10.

³ Deutlich in diesem Sinne bereits *Wieacker*, Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel, JZ 1957, 701 f.; vorliegend ist daher in Anlehnung an *Hedemanns* berühmte Abhandlung über »Die Flucht in die Generalklauseln« (1933) von einer ganz entsprechenden »Flucht in die Methodenlehre« die Rede.

ten.⁴ Die während der Jahrzehnte um 1900 höchst brisante Debatte über richterliche Rechtsschöpfung ist dem Ziel möglichst weitgehender methodologischer Rationalisierung des Rechtsfindungsvorgangs gewichen, dessen allgemein geteilte Grundvoraussetzung stets die Ablehnung richterlicher Rechtsfortbildung *contra legem* bildet.⁵ Der Problematik der »Materialisierung« des Privatrechts schließlich wird zwar nach wie vor wissenschaftliche Aufmerksamkeit zuteil; auch hier hat jedoch die Frage, in welchem Verhältnis Privatautonomie und Materialisierungserscheinungen allgemein zueinander stehen, merkwürdig an Bedeutung verloren und einem breiten Konsens über den Vorrang der Privatautonomie Platz gemacht, der eine Diskussion über die Relevanz materialer Wertungen fast nur noch im Hinblick auf dogmatische Einzelfragen zuläßt.⁶ Kurz: Die Beschäftigung mit Privatrechtstheorie scheint in jüngerer Zeit vor allem in Deutschland dem Vorrang der Rechtsdogmatik und juristischen Methodenlehre gewichen zu sein.

Besonders deutlich äußert sich dies im Rahmen der Debatte über Generalklauseln. Bekanntlich stellen Generalklauseln wie §§ 138 Abs. 1, 242 BGB eines der prägenden Charakteristika des modernen deutschen Privatrechts dar. Seit Inkrafttreten des BGB entwickelten sie sich zu bedeutsamen Ausgangspunkten richterlicher Rechtsfortbildung und Einzelfallgerechtigkeit und damit zahlreicher wichtiger Neuerungen des Privatrechtsdenkens.⁷ Dennoch beschränkt sich die Debatte meist ganz im Sinne der oben beschriebenen Tendenz darauf, nach Regeln für ihre Anwendung im Rahmen der hergebrachten Methodenlehre zu suchen. Dabei wird die Hauptschwierigkeit meist darin gesehen, daß Generalklauseln wie »Treu und Glauben« oder die »Guten Sitten« infolge ihrer Unbestimmtheit keine unmittelbare Subsumtion erlauben, aber andererseits

⁴ Zu den methodologischen Grundlagen der Interessenjurisprudenz vgl. *Larenz*, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, AcP 143 (1937), 257, 271 ff.; *Heck*, Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, AcP 143 (1937), 129 ff.; zusammenfassend *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 574 ff.; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 119 ff. sowie noch näher unten § 3 I 2 b) mit Fn. 33.

⁵ Dazu etwa *Bydlinski*, Über die lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: Canaris-Symposium, 1998, S. 27 ff. m.w.N.; *ders.*, Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl. 1997, 617 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 250 ff.; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 31 ff.; in der Sache nicht wesentlich anders, wenngleich auf der Grundlage eines subjektivistischen Begriffs des *contra legem*-Judizierens auch *Neuner*, Die Rechtsfindung *contra legem*, 1992, S. 132 ff., 184 f.

⁶ So erkennen, wie im folgenden noch im einzelnen zu erörtern sein wird, auch und gerade die »liberalen« Stimmen innerhalb der modernen deutschen Privatrechtstheorie die Notwendigkeit gewisser »materialer« Korrekturen der formalen Grundkonzeption des BGB an, während die vergleichsweise eher »materialen« oder »sozialen« Ansätze nicht selten gerade umgekehrt auch die Bedeutung der Privatautonomie betonen. Die Debatte scheint sich also zunehmend von ihren ideologisch überhöhten Extremen zu lösen und »nur« noch – wenngleich paradoxerweise mit oft nicht geringerem ideologischen Eifer – um den »richtigen Kompromiß« im moderaten Mittelfeld zu ringen. Vgl. näher unten § 1 II.

⁷ Vgl. etwa *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 476 f., 518, 527.

dennoch vollständige Rechtsnormen darstellen und damit volle formale Geltungskraft entfalten bzw. – mit *Bydlinski* – trotz ihrer Vagheit »formal gleichrangig mit den präzisesten Regeln ... als Bestandteile des positiven Gesetzes anzuwenden«⁸ sind. Dies scheint das Ziel ihrer näheren methodologischen »Konkretisierung« als Grundlage präziserer Regelbildung geradezu zwingend nahezu legen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist es hingegen, zu zeigen, daß eine solche rein systeminterne, methodologische Sichtweise an der eigentlichen Funktion der Generalklauseln vorbeigeht. Die Zielsetzung dieser Arbeit ist damit eine methodenkritische: ihr Anspruch besteht darin, zu belegen, daß in erster Linie nicht die Vorgaben der Methodenlehre und systematischen Rechtsdogmatik, sondern die darüber hinausreichenden normativen Grundkonflikte des Privatrechtsdenkens die Funktion der Generalklauseln bestimmen.

II. Die Theorie der Generalklauseln als Ausdruck der ungelösten Grundsatzkonflikte des Privatrechtsdenkens

Die vorliegende Untersuchung unterscheidet zwischen einem materiellen, einem formalen und einem institutionellen Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens.⁹ Dabei handelt es sich um die Antinomien zwischen einer individualistisch-freiheitlichen und einer kollektivistisch-materialen Privatrethik, zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie zwischen gebundener Rechtsanwendung und freier Rechtsschöpfung. Während nun vor allem das deutsche Schrifttum meist darauf zielt, die Wertungsgrundlagen des Privatrechts als normativ einheitliches und widerspruchsfreies System allgemeiner Grundprinzipien darzustellen,¹⁰ beruht die vorliegende Untersuchung auf dem

⁸ *Bydlinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: Wieacker-Symposium, 1990, S. 199. Dabei handelt es sich um die zentrale Frage der deutschen Generalklauseldebate. Vgl. bereits *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 17 ff.; aus der neueren Diskussion etwa *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 9 ff. und *passim*; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 582 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 112; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, 2. Aufl. 1983, S. 152; *ders.*, Urteilsanmerkung, ZAS 1970, 147; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 1998, S. 198 ff.; *Ohly*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1, 9 ff.; *R. Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516 ff., 535 f.; *ders.*, Erwiderung, AcP 194 (1994), 90 ff.; *Beater*, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), 81 ff. Vgl. dazu noch näher unten § 6.

⁹ Im Ansatz ähnlich bereits *Kennedy*, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685 ff. (1976); *Macaulay*, Private Legislation and the Duty to Read, 19. Vand. L. Rev. 1051, 1057 ff. (1966).

¹⁰ Vgl. *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 11 ff., 35 ff., 115 f. Aufschlußreich ist vor allem die dort vorgenommene Unterscheidung

Gedanken, daß sich diese mindestens ebenso fruchtbar auch in der Form unauflösbarer Wertungskonflikte zwischen jeweils *entgegengesetzten* Grundprinzipien beschreiben lassen. Im folgenden ist also zu zeigen, daß es nicht nur eine, sondern *zwei* privatrechtliche Ethikkonzeptionen, *zwei* Wege aus dem Dilemma zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie *zwei* Sichtweisen der Richterrechtsproblematik gibt, deren Widerspruch sich wie ein roter Faden durch das gesamte moderne Privatrechtsdenken zieht.

Auf dieser Grundlage zielt die vorliegende Untersuchung auf eine kritische Analyse der in der modernen deutschen und amerikanischen Rechtstheorie geführten Debatte über Generalklauseln.¹¹ So steht etwa im deutschen Schrifttum, wie bereits ausgeführt, meist die Problematik deren sachgerechter »Konkretisierung« als Ausweg aus dem zwischen ihrer Unbestimmtheit einerseits und ihrer formalen Legitimationskraft andererseits aufgeworfenen Dilemma im Mittelpunkt.¹² Doch was bedeutet dies nun im einzelnen? Ist es etwa zulässig, Generalklauseln wie »Treu und Glauben« oder die »Guten Sitten« als Verweisungen auf sozialetische Normen oder Wertungen der Verkehrsmoral zu interpretieren oder verstößt die damit verbundene material-ethische Anreicherung ihres Bedeutungsgehalts gegen das grundsätzlich rein formale Gerechtigkeitsverständnis einer freiheitlichen Privatrechtsordnung? Und ist der Richter durch die Generalklausel ermächtigt, eine derartige Wertentscheidung im Einzelfall selbst zu treffen, oder muß diese nicht vielmehr im Interesse der Rechtssicherheit dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben? Oder gilt nicht gerade andererseits, daß kontinuierlich fortentwickeltes und immer weiter ausdifferenziertes Richterrecht auf der Grundlage einer Generalklausel die beste Gewähr für Rechtssicherheit bietet?

zwischen bloßen Wertungs- und Prinzipiengegensätzen einerseits, die »notwendig zum Wesen einer Rechtsordnung gehören und dieser erst ihre ganze Sinnfülle geben«, so daß sie keiner Beseitigung, sondern lediglich einer ihren Gegensatz »aufhebenden« Kompromißlösung bedürften, sowie Prinzipienwidersprüchen andererseits, die »die innere Folgerichtigkeit und Einheit der Rechtsordnung, ihre ›Harmonie‹, stören und die daher grundsätzlich vermieden bzw. beseitigt werden« müßten (*ebd.*, S. 115 f.; vgl. auch S. 84 mit Fn. 39; ebenso *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 450 ff. gegen *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl. 1973, S. 166 ff.). Gerade dieser »Harmoniegedanke«, die Vorstellung der *Behebbarkeit* des Spannungsverhältnisses zwischen den Grundwertungen der Rechtsordnung, ist charakteristisch für die moderne Methodenlehre; dazu kritisch *Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97, 114 ff.; *Wieacker*, Rezension, Rechtstheorie 1 (1970), 107 ff.

¹¹ Im Hinblick auf das amerikanische Rechtsdenken beschränken sich die folgenden Ausführungen allerdings – in Ermangelung eines abstrakten Diskurses über Generalklauseln als solche – auf das Prinzip von Treu und Glauben. Vgl. dazu noch näher im 3. Kapitel dieser Untersuchung (§§ 7, 8). Ausgeklammert bleiben muß vorliegend auch die Problematik der Konkretisierung von Generalklauseln in europarechtlichen Richtlinien, die eine gesonderte Untersuchung rechtfertigen würde; vgl. dazu etwa *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die europäische Gemeinschaft, 1999, S. 536 ff.

¹² Vgl. bereits oben bei Fn. 8.

An dieser Stelle deutet sich also bereits an, daß die übliche Diskussion, die auf der Grundlage derartiger Fragestellungen versucht, die Konkretisierung der Generalklauseln in den hergebrachten Kanon der Rechtsanwendungslehre einzubeziehen, stets in dieselben Dilemmata zwischen Individualismus und Kollektivismus, zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie zwischen Richterbindung und Richterfreiheit mündet. Nicht zufällig sind diese Wertungsgegensätze identisch mit den bereits genannten Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens, die vom Standpunkt der hergebrachten juristischen Methodenlehre aus nicht zu lösen sind. Damit wird ein rein methodologischer Standpunkt jedoch auch der eigentlichen Bedeutung der Generalklauseln nicht gerecht. Das Ziel der Untersuchung ist erreicht, wenn es gelingt, zu zeigen, daß diese Bedeutung nur von einem über die Perspektive der hergebrachten Methodenlehre hinausgehenden rechtstheoretischen Blickwinkel aus erkennbar ist.

III. Gang der Untersuchung

Die folgenden Ausführungen sind in vier Kapitel gegliedert, die der Entwicklung des hier zugrundegelegten privatrechtstheoretischen Modells, der vergleichenden Analyse der deutschen und amerikanischen Generalklauseldebatte sowie schließlich einer Standortbestimmung im Verhältnis zur allgemeinen Rechtsethik gewidmet sind.

Wie ausgeführt, beruht die Untersuchung auf der Prämisse, daß sich die Wertungsgrundlagen des Privatrechtsdenkens in fruchtbarer Weise gerade nicht als einheitliches, in sich widerspruchsfreies, sondern vielmehr als *dualistisches System entgegengesetzter* Grundwertungen darstellen lassen. Diese Betrachtungsweise ist im ersten Kapitel näher zu erläutern. Dabei erheben die folgenden Ausführungen allerdings keinen Anspruch darauf, die »Existenz« dieser Wertungsgegensätze normativ bindend belegen oder ihnen gar Ausschließlichkeitscharakter als Systemstruktur privatrechtlichen Denkens beilegen zu wollen. Zweck des hier entfalteten Wertungsmodells ist vielmehr allein der einer deskriptiven Hypothese, deren Wert mit ihrer Erklärungseignung steht und fällt. Der vorliegend zugrundegelegte Ansatz ist also nicht an wie auch immer begründeten rechtsethischen Prinzipien zu messen – deren apriorischen Geltungsanspruch es vielmehr, wie im abschließenden vierten Kapitel dieser Arbeit zu erörtern sein wird, gerade in Zweifel zieht –, sondern allein an Maßstäben wissenschaftlicher Leistungsfähigkeit. Diese sind erfüllt, wenn es im folgenden gelingt, die vom Standpunkt der hergebrachten Methodendiskussion aus allein nicht befriedigend zu erfassende Struktur der Generalklauseldebatte zu erhellen.¹³

¹³ Verwandt ist der im folgenden zu entwickelnde Ansatz mit dem Grundgedanken der strukturalistischen Semiotik, daß sich kulturelle Erscheinungen – zu denen auch die Wertungsstruktur des Privatrechtsdenkens gehört – als Ausprägungen gewisser unveränderlicher

Auf dieser Grundlage untersucht das zweite Kapitel die Bedeutung der drei Grundantinomien im Rahmen der historischen Entwicklung sowie der im Schrifttum geführten Debatte über Begriff und Konkretisierung der Generalklauseln des deutschen Privatrechts. Ziel der Ausführungen ist es insoweit, zu zeigen, daß die Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens die Strukturen dieser Debatte so deutlich prägen, daß diese trotz ihres Anspruchs, die mit der Anwendung von Generalklauseln verbundenen Probleme auf methodologischem Wege lösen zu können, doch stets in den ihr zugrundeliegenden Wertungskonflikten gefangen bleibt. Entsprechend verfährt das dritte Kapitel im Hinblick auf die Entwicklung und theoretische Behandlung des Prinzips von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken.

Das abschließende vierte Kapitel dient dazu, den dieser Arbeit zugrundeliegenden Ansatz in den allgemeineren Kontext der Rechtstheorie einzuordnen. Schließt man sich dem Grundgedanken dieser Untersuchung an, daß die Problematik der Generalklauseln nicht vom internen Standpunkt der herkömmlichen juristischen Methodenlehre, sondern nur von einem externen, deskriptiven Blickwinkel aus angemessen erfaßt werden kann, wird man dessen Fruchtbarkeit möglicherweise auch im Hinblick auf andere privatrechtstheoretische Probleme erkennen.

Gegensatzpaare verstehen lassen, deren Spannungsverhältnis für den Sinngehalt des gesamten Systems prägend ist. Vgl. *Kennedy*, A Semiotics of Legal Argument, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. III, Book 2, S. 309 ff. (1984); *Balkin*, The Crystalline Structure of Legal Thought, 39 *Rutgers L. Rev.* 1 ff. (1986); *Auer*, Good Faith: A Semiotic Approach, *ERPL* 10 (2002), 279 ff. Allgemein zur sprachphilosophischen Interpretation des Rechtsdenkens auch *Roellecke*, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: *Festschrift Müller*, 1970, S. 323 ff.

1. Kapitel

Die drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Ziel des folgenden Kapitels ist die Erarbeitung des dieser Arbeit zugrundeliegenden Wertungsmodells, das zwischen einem materiellen, einem formalen und einem institutionellen Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens unterscheidet. Bevor allerdings in eine abstrakte Erörterung dieser Wertungsstrukturen eingetreten werden soll, erscheint es naheliegend, sich ihre Bedeutung an einem Beispiel zu verdeutlichen, das uns im folgenden noch näher beschäftigen wird: dem der Sittenwidrigkeit von Angehörigen- und Ehegattenbürgschaften.¹

Meist geht es dabei um die gerade volljährig gewordenen Kinder der Schuldner oder um deren einkommens- und vermögenslose Ehegatten, die oft unter vereintem Druck von Schuldner und Bank sie deutlich überfordernde Verbindlichkeiten eingehen.² In diesen Fällen ging der BGH bekanntlich bis 1993 auf der Grundlage des Grundsatzes *pacta sunt servanda* von der prinzipiellen Wirksamkeit der eingegangenen Bürgschaftsverträge aus, bis das Bundesverfassungsgericht diese Sichtweise als Verstoß gegen die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie des strukturell unterlegenen Bürgen verwarf.³ Seitdem entwickelte sich auf der Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB eine in vielfacher

¹ Grundlegend BVerfGE 89, 214, 229 ff., seitdem st. Rspr.; vgl. etwa BGHZ 136, 346, 349 ff.; 137, 329, 332 ff.; 146, 37, 41 ff.; 151, 34, 36 ff.; BGH NJW 2000, 1182 ff.; NJW 2002, 744 f.; NJW 2002, 2230 ff.; NJW 2002, 2705 ff.; zusammenfassend *Tiedtke*, Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts in den Jahren 2001 und 2002, NJW 2003, 1359, 1360; *Tonner*, Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften, JuS 2003, 325 ff.; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, S. 80 ff.; jeweils m.w.N.

² Entsprechendes gilt auch für andere »Nahbereichspersonen« wie Eltern, Verlobte, Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft usw.; vgl. zusammenfassend BGH NJW 1999, 2584, 2585; MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl. 2001, § 138 Rz. 92 ff.; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl. 2004, § 138 Rz. 38 ff.

³ Vgl. BVerfGE 89, 214, 229 ff.; BVerfG NJW 1994, 2749 f.; NJW 1996, 2021. Zur früheren Sicht des BGH vgl. BGHZ 106, 269, 271 ff.; 107, 92, 97 ff. Im Schrifttum fand diese Rechtsprechung teils Zustimmung; vgl. etwa *Medicus*, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, ZIP 1989, 817, 820 f.; *H. P. Westermann*, Urteilsanmerkung, JZ 1989, 746; überwiegend jedoch bereits zu diesem Zeitpunkt deutliche Ablehnung; vgl. *Reinicke/Tiedtke*, Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommensschwacher Bürgen, ZIP 1989, 613 ff. (»inhuman«); *Honsell*, Urteilsanmerkung, JZ 1989, 495 f. (»eisiger Wind der Privatautonomie des ausgehenden 19. Jahrhunderts«); *Grün*, Urteilsanmerkung, NJW 1991, 925 f.; *Köndgen*, Urteilsanmerkung, NJW 1991, 2018 f.

Hinsicht kontroverse Rechtsprechung. So war vor allem die mangelnde Systemkonformität des vom Bundesverfassungsgericht in den Mittelpunkt gestellten Kriteriums der »strukturell ungleichen Verhandlungsstärke« zwischen Bank und Bürgen Gegenstand wissenschaftlicher Auseinandersetzung,⁴ während die Rechtsprechung selbst lange von den zwischen dem IX. und XI. Senat des Bundesgerichtshofs bestehenden Divergenzen über die angemessene Reichweite des Bürgenschutzes geprägt war, die sich erst in jüngerer Zeit erledigt haben.⁵ Allerdings zeigen gerade die seitdem ergangenen Urteile eine erhebliche und nicht unproblematische Tendenz zur weiteren Ausweitung dieser Rechtsprechung,⁶ die damit voraussichtlich noch lange im Fluß bleiben wird.⁷

Doch worin besteht nun – unabhängig von diesen Streitfragen – der *eigentliche* Wertungsgehalt dieser Rechtsentwicklung? Nach im folgenden zu begründender Ansicht liegt er in einer Wertverschiebung, die sich letztlich auf das unauflösbare Spannungsverhältnis zwischen drei fundamentalen Antinomien zurückführen läßt: so stellt sich die Anerkennung der Schutzbedürftigkeit des Bürgen einerseits als Ausfluß kollektivistischer Verantwortungsethik⁸, anderer-

⁴ Zur Kritik aus der umfangreichen Literatur (die hier keiner umfassenden Darstellung bedarf) etwa *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1997, S. 36 ff.; *ders.*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1, 10 f., 21 ff.; relativierend *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner »Materialisierung«, AcP 200 (2000), 273, 296 f.; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 266 ff.; *ders.*, Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, JZ 1998, 1046, 1047; *Grün*, Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, 713 ff.; *Drygala*, Schutz der Privatautonomie durch Inhaltskontrolle von Individualverträgen, in: *Krebs* u.a. (Hrsg.), Summum ius, summa iniuria, 1995, S. 63, 70 ff.

⁵ Grund war eine Änderung der gerichtsinternen Geschäftsverteilung, infolge derer der XI. Senat nunmehr die alleinige Zuständigkeit für das Bürgschaftsrecht besitzt; vgl. *Tonner*, JuS 2003, 325, 326 ff. Zur ursprünglich wesentlich restriktiveren Linie des IX. Senats vgl. BGHZ 132, 328, 329 ff.; 134, 325, 328 ff.; BGH NJW 1999, 58; dazu auch aufschlußreich der (durch Rücknahme der Revision erledigte) Vorlagebeschluß des XI. Senats an den Großen Senat für Zivilsachen, BGH NJW 1999, 2584 ff.

⁶ Maßgeblich für die heutige Spruchpraxis ist allein die expansive Auffassung des XI. Senats, wonach für die Sittenwidrigkeit von Bürgschaftsverträgen nur noch auf die finanzielle Überforderung des Bürgen sowie eine Beeinträchtigung seiner tatsächlichen Entscheidungsfreiheit durch emotionale Verbundenheit zum Hauptschuldner abzustellen ist, wobei letztere im Fall krasser finanzieller Überforderung vermutet wird; vgl. BGHZ 146, 37, 42 ff.; 151, 34, 36 ff.; BGH NJW 2000, 1182 ff.; NJW 2002, 744 f.; NJW 2002, 2230 ff.

⁷ Kritisiert wurde diese Entwicklung insbesondere im Hinblick darauf, daß sie den Aspekt der finanziellen Überforderung und des persönlichen Näheverhältnisses einseitig verabsolutiert und damit der »Unterlegenheit« bzw. mangelnden »Entscheidungsfreiheit« des Bürgen als Folge der konkreten Drucksituation im Zeitpunkt des Vertragsschlusses letztlich nicht gerecht wird; vgl. etwa *Zöllner*, Die Bürgschaft des Nichtunternehmers, WM 2000, 1, 5 ff.; *Habersack/Giglio*, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen?, WM 2001, 1100, 1103; *Roth*, Urteilsanmerkung, JZ 2001, 1039 f.

⁸ Terminologisch ähnlich *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, S. 17.

seits aber auch als einzelfallbezogene Rechtskorrektur sowie schließlich als richterliche Rechtsfortbildung dar, ist also Ausdruck einer erkennbaren Entwicklung weg von den entgegengesetzten Idealen individualistischer Freiheitsethik, Rechtssicherheit und Richterbindung, die seit Entstehung des BGB meist als wesentliche systematische Grundlagen des Privatrechtsdenkens angesehen werden.⁹ Gegenstand der folgenden Ausführungen ist also die Frage nach dem Verhältnis zwischen diesen jeweils entgegengesetzten Grundwertungen – Individualismus und Kollektivismus, Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie Richterbindung und Richterfreiheit –, die im Zusammenhang der Anwendung der Generalklauseln offenbar eine entscheidende Rolle spielen.

⁹ Wesentlich zum Verständnis der folgenden Ausführungen ist es dabei, daß sich diese Grundkonflikte als Wertungskonstanten durch das gesamte Privatrechtsdenken ziehen, also etwa zu Beginn des 20. Jahrhunderts prinzipiell nicht anders als zu seinem Ende relevant waren. Vgl. dazu aufschlußreich *Ernst*, Interzession, in: *Zimmermann* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 395 ff.; *HKK-Haferkamp*, 2003, § 138 Rz. 6 ff.

§ 1 Individualismus oder Kollektivismus: Der materielle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens

Wie jede Form rechtlicher Ordnung dient auch das Privatrecht der Regelung bestimmter sozialer, d.h. stets *interpersonaler* Zusammenhänge. Eine der von diesem Blickwinkel aus aufgegebenen Grundfragen ist folglich die Problematik, welches Maß an interpersonaler Verantwortlichkeit im Privatrechtsverkehr geschuldet sein soll, inwieweit also die Rechtsordnung dem einzelnen einerseits die Fähigkeit zur Selbstbestimmung zuerkennen, aber auch das Risiko der Selbstverantwortung auferlegen soll; inwieweit es jedoch andererseits gerechtfertigt ist, auch im Privatrecht die Existenz eines gewissen Maßes an Fremdbestimmung zuzulassen bzw. die Übernahme von Fremdverantwortung, d.h. von Rücksichtnahme auf die Interessen anderer zu fordern.¹

Diese Frage erlaubt nun grundsätzlich zwei einander entgegengesetzte Antworten. Einerseits kann man sich auf den Standpunkt stellen, daß jedes Individuum nur selbst über seine Bedürfnisse entscheiden kann, daher in deren Verwirklichung frei sein und sowohl Gewinn als auch Verlust seines selbstbestimmten Handelns völlig selbstverantwortlich tragen sollte. Diese Grundhaltung wird im folgenden als *Individualismus* bezeichnet.² Andererseits ist es jedoch ethisch ebenso legitim, dem einzelnen ein Gebot des Teilens und der Verantwortlichkeit für die Geschicke anderer aufzuerlegen, das ihm im Fall eigener Verluste einen Anspruch auf Hilfe und Solidarität der anderen einträgt. Diese dem Indi-

¹ Vgl. zu dieser Ausgangsfrage materialen Wertedenkens *Kennedy*, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought*, 1975/1998, S. 101 ff.; anschaulich auch *Balkin*, 39 *Rutgers L. Rev.* 1, 13 ff. (1986): »The debate about the proper scope of individual responsibility to others appears throughout the whole of the law. It is the reverse side of the problem of the proper scope of individual freedom in society.«

² Ähnlich *Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979, S. 230 ff., 256 ff.; *Colini*, *Liberalism and Sociology*, 1979, S. 13 ff.; *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1713 ff. (1976); ferner *Balkin*, 39 *Rutgers L. Rev.* 1, 13 ff., insbes. 16 f. (1986) m.w.N.; *Auer*, *ERPL* 10 (2002), 279, 288 ff.; aus rechtsethischer Perspektive, allerdings mit anderer Akzentsetzung auch *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, 2001, S. 228 ff., 281 ff.; *ders.*, *Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 54 (2000), 491, 500 ff.; *ders.*, *Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural?*, in: *Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, 2000, S. 17, 18 ff.

vidualismus entgegengesetzte Grundrichtung materiellen Wertedenkens in sozialen Zusammenhängen wird im folgenden als *Kollektivismus* bezeichnet.³ Individualismus bedeutet also – kurz gefaßt – Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, während Kollektivismus Fremdbestimmung und Fremdverantwortung impliziert.

Gemeinsam bilden Individualismus und Kollektivismus ein Spannungsfeld entgegengesetzter Grundwertungen, die – wie zu zeigen sein wird – nahezu jeder dogmatischen Einzelfrage des Privatrechts zugrundeliegen, unabhängig davon, ob es sich nun um die in familienrechtlichen Verhältnissen geschuldeten Fürsorgepflichten, die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften oder etwa um die Frage handelt, ob der Verkäufer verpflichtet ist, den Käufer auch ungefragt über verborgene Mängel der Kaufsache aufzuklären. Grundgedanke der folgenden Ausführungen ist es dabei, daß dieser materielle Wertungsgegensatz der geltenden Privatrechtsordnung in wesentlich weitergehendem Maße zugrundeliegt, als meist angenommen wird: zu zeigen ist, daß sich ein gegebener Zustand der Privatrechtsordnung *zwangsläufig* als vermittelnde Lösung zwischen den beiden entgegengesetzten Polen des Individualismus und des Kollektivismus darstellt, daß es also weder eine geschlossen individualistische, noch eine geschlossen kollektivistische privatrechtliche Systemkonzeption, sondern stets nur eine Kompromißlösung geben kann, innerhalb derer das Spannungsverhältnis zwischen beiden Grundwertungen stets präsent bleibt.⁴

³ Vgl. *Atiyah*, Rise and Fall, S. 226 ff., 519; *Collini*, Liberalism and Sociology, S. 13 ff.; *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 259 ff.; (jeweils zur Entgegensetzung von »Individualismus« und »Kollektivismus«); *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1717 ff. (1976) (»Altruism«); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 17 f. (1986) (»Communalism«). Die hier vorgenommene Wahl des Begriffs »Kollektivismus« rechtfertigt sich durch dessen Eignung, *alle* im folgenden zu erörternden distributiven, paternalistischen und sonstigen materialen, nicht-individualistischen Wertungsstrukturen unter einen einheitlichen Oberbegriff zu fassen; vgl. dazu noch unten § 1 I 2 b).

⁴ Ähnlich *Collini*, Liberalism and Sociology, S. 17 ff.; *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 18 f. (1986); *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 270; vgl. auch *Grunsky*, Rezension, AcP 183 (1983), 326: »Besteht nicht die Aufgabe einer jeden Rechtsordnung notwendigerweise darin, den Schwächeren zu schützen? Solange man damit einverstanden ist, daß der Stärkere sich durchsetzt, kann man die Dinge sich selbst überlassen und braucht keine rechtliche Reglementierung. Insofern ist alles Recht Schutz des Schwächeren.« Ähnlich auch *E. v. Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, 1982, S. 1.

I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen Individualismus und Kollektivismus

1. Individualismus

Grundlage individualistischen Wertedenkens ist der Gedanke, daß dem privaten und allgemeinen Wohl am ehesten durch die möglichst ungehinderte Verwirklichung des freien Willens jedes einzelnen Individuums Rechnung zu tragen ist. Danach zeichnet sich die ideale Gesellschaftsordnung durch die Gewährleistung eines Höchstmaßes an individueller Freiheit aus.⁵

a) Selbstbestimmung, Selbstbindung, Selbstverantwortung

Individualismus impliziert damit einerseits den Gedanken der Selbstbestimmung, d.h. der Freiheit jedes einzelnen, seine selbstgesteckten Ziele zu verfolgen und sich die durch eigene Anstrengung, d.h. durch eigene Leistung oder durch Einsatz eigenen Vermögens erlangten Vorteile selbst vorzubehalten, ohne diese mit anderen weniger Begüterten oder Begabten teilen zu müssen.⁶ Wirtschaftlicher und sozialer Erfolg erscheinen danach ebenso als legitimer Lohn individueller Mühe, wie Mißerfolg als gerechter Preis persönlichen Versa-

⁵ Vgl. *Atiyah*, *Rise and Fall*, S. 256 ff., 260 ff., 278 ff.; *Collini*, *Liberalism and Sociology*, S. 13 ff.; *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1713 ff. (1976); ähnlich auch *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 241 ff., 293 ff.; jeweils m.w.N. zu den ideengeschichtlichen Wurzeln des Individualismus. Nahe verwandt sind einerseits der Utilitarismus *Bentham's* sowie die Staats- bzw. Sozialvertragstheorie *Lockes* (*J. Locke*, *Two Treatises of Government*, 1698/1960, II, § 4, S. 287 ff.; *J. Bentham*, *The Theory of Legislation*, 1802/1931, Ch. I, S. 1 ff.); andererseits aber auch die auf der methodologischen Hypothese rational-nutzenmaximierenden Verhaltens basierende ökonomische Theorie seit *Adam Smith*; vgl. dazu etwa *Atiyah*, *Rise and Fall*, S. 294 ff.; *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 2. Aufl. 1998, S. 174 ff.; *Drexel*, *Wirtschaftliche Selbstbestimmung*, S. 128 ff. Zu einem (extrem) individualistischen Standpunkt aus neuerer Zeit vgl. *Nozick*, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974, S. 26 ff., 149 ff. Deutlich zu unterscheiden ist der hier zugrundegelegte Begriff des Individualismus dabei von dem des »Liberalismus« (vgl. *Collini*, *Liberalism and Sociology*, S. 17, 121 ff.; *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 232 ff.; *ders.*, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 54 (2000), 491, 497 ff.): es gibt, wie noch zu zeigen sein wird, keine »liberale« Privatrechtsordnung, die nicht sowohl individualistische als auch kollektivistische Wertungen in sich vereinigt. Abzugrenzen ist die hier getroffene Begriffsbestimmung ferner von *Kants* Rechtsbegriff und sämtlichen verwandten Konzeptionen immanenter Begrenzung des Freiheitsbegriffs durch die Freiheit anderer; vgl. *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, Teil 1: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, Akademie-Ausgabe, Bd. VI, 1907, S. 230; dazu *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001, S. 37, 68, 127 f. und *passim*.

⁶ *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1713 (1976); eindringlich auch *Canaris*, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1997, S. 67 ff.

gens gilt.⁷ Dieses Ideal der Selbstbestimmung bildet bis zu einem gewissen Grad die selbstverständliche ethische Grundlage des Liberalismus der westlichen Gesellschaften.⁸

Zugleich impliziert die Anerkennung der Freiheit zur Selbstbestimmung als notwendige Kehrseite jedoch auch die Grundsätze der Selbstbindung und Selbstverantwortung. Notwendiges Korrelat der Selbstbestimmungsfreiheit ist zunächst der Grundsatz der Selbstbindung, der – vor allem in Form der Vertragsbindung (*pacta sunt servanda*) – letztlich aus jener selbst folgt, da Selbstbestimmung notwendig voraussetzt, das Gewollte selbst *bestimmen*, d.h. mit Verbindlichkeit versehen zu können.⁹ Die Möglichkeit der Selbstbindung ist also

⁷ Vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 68 f. m.w.N. zum Problem eines »Rechts« auf die eigenen Talente bzw. deren Früchte; dazu auch unten § 1 I 2 a) mit Fn. 21.

⁸ Dabei speist sich der Gerechtigkeitsanspruch individualistischer Prinzipien zum einen aus dem moralischen Eigenwert des Freiheitsgedankens bzw. dessen Menschenwürdegehalt; vgl. BVerfGE 49, 286, 298; v. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991, S. 85 ff.; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 68; *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 16; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, 1999, S. 223 f.; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1998, S. 22 ff. Eine wichtige Rolle spielt seit *Adam Smith* zum anderen der Gedanke der »invisible hand« des Marktes, also der indirekten Erreichung von Gemeinnutz durch Eigennutz bzw. der Gedanke des Marktes als »Entdeckungsverfahren«; vgl. *Atiyah*, Rise and Fall, S. 299 ff.; v. *Hayek*, Die Verfassung der Freiheit, S. 37 ff.; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 66.

⁹ Denn erst durch die Anerkennung von Bindungswirkung erhält die Ausübung von Selbstbestimmung Zukunftswirkung und wird damit zum Vertrauens- und Risikoordnungstatbestand, ja überhaupt zum sozialen Tatbestand, der den flüchtigen Moment seines Entstehens überdauern und Außenwirkung besitzen kann. Grundlegend in diesem Sinne bereits v. *Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1893, S. 73, 265: »Das Versprechen ist die Entbindung des Vertrages von den Fesseln der Gegenwart Damit aber das Wort die Leistung vertrete, muss die Sicherheit bestehen, dass es seiner Zeit gegen die Leistung eingetauscht ... werde.« Vgl. auch *F. v. Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, 1930, S. 18 ff.; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 28 ff. m.w.N. (Selbstbindung als Korrelat der Vertragsfreiheit); *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 57 (»Selbstbestimmung durch Selbstbindung«); *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, 1995, S. 55 ff.; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 412 ff.; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 279; *ders.*, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 129, 147 ff. (Rechtsgeschäft als »Geltungserklärung«); *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, 2000, S. 50 ff.; *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 2003, S. 3. Wesentlich ist, daß dies *unabhängig* davon gilt, ob man im übrigen einer »monistischen« oder »kombinatorischen« Vertragstheorie anhängt, also die Vertragsbindung ausschließlich auf das Willensprinzip stützen will (so etwa *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 45 ff., 55 ff.) oder aber ethische oder sonstige soziale Geltungsgründe, etwa Vertrauens- und Verkehrsschutz heranzieht; vgl. zu ersterem *Fried*, Contract as Promise, 1981, S. 14 ff.; dazu kritisch *Atiyah*, Promises, Morals, and Law, 1981, S. 1 ff., 9 ff.; *ders.*, Book Review, 95 Harv. L. Rev. 509, 515 ff. (1981) sowie *Kronman*, A New Champion for the Will Theory, 91 Yale L. J. 404, 407 ff. (1981); zu letzterem *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S. 67 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 52; *Atiyah*, Rise and Fall, S. 4 ff., 55 ff., 764 ff.

gleichzeitig notwendige Voraussetzung und Folge der Anerkennung der Freiheit zur Selbstbestimmung.¹⁰

Darüber hinaus impliziert Selbstbestimmung vor allem Selbstverantwortung.¹¹ Es genügt nicht, jedem Individuum nur die Früchte seines Tuns zuzuweisen; notwendiger Bestandteil individualistischen Gedankenguts ist vielmehr auch die Forderung, daß jedermann die mit seinem freiverantwortlichen Handeln verbundenen Risiken und Fehlschläge selbst zu tragen hat, ohne zu Hilfeleistungen durch andere oder zur Teilhabe an deren Gewinn berechtigt zu sein.¹² Ebenso wie das Prinzip der Selbstbestimmung gehört damit auch der Gedanke der Selbstverantwortung zum Grundbestand individualistischen Denkens und unterstreicht die Vision einer freiheitlichen »Privatrechtsgesellschaft«.¹³

¹⁰ Als irreführend erscheint es demgegenüber, Selbstbestimmung und Selbstbindung als gegenläufige bzw. sogar *gegensätzliche* Prinzipien darzustellen; so aber *Bydlinski*, der aus der Tatsache, daß das bindende Rechtsgeschäft die Möglichkeit freier Interessenänderung ausschließt, sogar folgern will, daß »sich das verpflichtende Rechtsgeschäft ... gar nicht als *Mittel*, sondern viel eher als *Beschränkung* der rechtlich anerkannten Selbstbestimmung verstehen läßt« (*Bydlinski*, Privatautonomie, S. 68 ff.; ähnlich auch *ders.*, System und Prinzipien des Privatrechts, 1996, S. 147 ff.; im Ansatz auch *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 61 f.; zurecht anders jedoch *ders.*, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. I, S. 129, 147 ff.). Nach hier vertretener Ansicht wird dies dem Verhältnis beider Prinzipien jedoch – unabhängig von der Frage des Geltungsgrunds der Vertragsbindung; dazu soeben Fn. 9 – nicht gerecht. Zwar trifft es zu, daß das Gesetz nicht alle privatautonom eingegangenen Rechtsgeschäfte zugleich mit Bindungswirkung ausstattet (vgl. *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 35 ff.); daraus folgt jedoch nur die Relevanz weiterer, *echter* Gegenprinzipien zu Selbstbestimmung und Selbstbindung, die im folgenden unter dem Oberbegriff des Kollektivismus zu erörtern sind. Selbstbestimmung und Selbstbindung wirken nach hier vertretener Ansicht hingegen *gleichgerichtet*; dies jedenfalls insoweit, als ihre Gewährleistung durch die Privatrechtsordnung reicht. Dabei kann offenbleiben, ob diese – keineswegs selbstverständliche oder dem Gesetz bereits »vorausliegende« – Gewährleistung im Sinne einer echten »Delegation« der Kompetenz zur Selbstbestimmung an die Parteien oder mit wohl zutreffender Gegenansicht lediglich als »Anerkennung« der von diesen gesetzten rechtlichen Regelung zu verstehen ist; vgl. im letzteren Sinne etwa *Canaris*, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. I, S. 129, 137 m.w.N. (ausgehend vom Charakter des Rechtsgeschäfts als »Geltungserklärung«); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1975, § 1/3a, S. 3; *ders.*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, 1960, S. 135, 136 ff. sowie bereits *v. Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, S. 178.

¹¹ Vgl. *Atiyah*, Rise and Fall, S. 278 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1713 (1976); *Flume*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 159 f.; a.A. *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 55 ff. auf der Grundlage einer parallelen Erwägung wie zum Verhältnis zwischen Selbstbestimmung und Selbstbindung, die nach hier vertretener Ansicht jedoch aus entsprechenden Gründen zu kritisieren ist (vgl. soeben Fn. 10).

¹² Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1713 (1976); ähnlich auch *de Jasay*, Justice and Its Surroundings, 2002, S. 290 ff.

¹³ Der Begriff stammt von *Böhm*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, Ordo 17 (1966), 75 ff.; vgl. auch *Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 873, 874 ff.; *Bydlinski*, Das Privatrecht im Rechtssystem einer »Privatrechtsgesellschaft«, 1994, S. 62 ff.; *Zöllner*, Privat-

b) Die relative Struktur individualistischen Denkens

Meist wird jedoch übersehen, daß die Prinzipien der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung bei konsequenter Durchführung zu Implikationen führen, die selbst mit den liberalsten Konzeptionen eines »Minimalstaats« nicht mehr vereinbar sind. Auf die Spitze getrieben führt der Gedanke des Individualismus keineswegs nur zu der Forderung, den Geltungsbereich der Privatautonomie möglichst weit zu fassen, sondern liefert darüber hinaus theoretisch auch ein Argument für die völlige Beseitigung *jedes* staatlichen Schutzes privater und sonstiger Rechte.¹⁴ Vollkommene Selbstbestimmung herrscht nur unter uneingeschränkter Geltung des Rechts des Stärkeren; vollkommene Selbstverantwortung führt letztlich zu der Konsequenz, daß jedes Individuum für den Schutz und die Verteidigung seiner Rechtsgüter ausschließlich selbst zuständig ist. Eine Gemeinschaft, deren Organisation auch nur einen Schritt von der gewalttätigen Freiheit des völligen Urzustands entfernt ist, ist stets zugleich auch einen Schritt von der völligen Verwirklichung individualistischer Maximen entfernt.¹⁵

Wesentlich ist es also, sich stets vor Augen zu halten, daß die hier zusammenfassend als Individualismus bezeichnete Wertordnung auf der Grundlage von Selbstbestimmung, Selbstbindung und Selbstverantwortung keine in sich geschlossene, folgerichtige, mit absolutem normativen Gewicht ausgestattete Theorie bildet, sondern eher als rein *relative* Denkstruktur, d.h. als bloßes Argumentationsmuster anzusehen ist, dessen Überzeugungskraft stets vom konkreten Kontext seiner Verwendung abhängt.¹⁶ *alle* individualistischen Argumente, gleich ob sie sich auf die Frage des Geltungsumfangs der Privatautonomie im Vertragsrecht, auf den legitimen Bereich staatlicher Aufgaben oder auf beliebige andere Fragen der sozialen Koexistenz beziehen, besitzen insofern dieselbe Struktur, als sie *stets* zu einer Maximierung der im konkreten Fall

rechtsgesellschaft, S. 20 ff.; zur zugrundeliegenden Wertentscheidung bereits *F. v. Hippel*, Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, S. 4 ff.

¹⁴ Dies ist eine der wesentlichen Prämissen dieser Untersuchung, deren volle Bedeutung sich erst mit Erläuterung der gegenläufigen Dimension des Kollektivismus erschließen wird. Vgl. etwa *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 19 (1986): »These orientations, taken as far as possible in their respective directions, become intellectually incoherent As one moves further and further in the Individualist direction, persons in society become increasingly free to act in any way they desire without accountability or responsibility. ... In such a nasty and brutish state, freedom is indeed short-lived, for there is no protection of activity from persons who may use any means to prevent that activity. Freedom of speech is no freedom if there is also freedom of assassination.« Vgl. auch *Fikentscher*, Die Freiheit und ihr Paradox, 1997, S. 13 ff.

¹⁵ Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1719 ff. (1976); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 18 f. (1986).

¹⁶ Zu einer semiotischen Interpretation dieser Einsicht vgl. *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 18 ff., 59 ff., 72 ff. (1986); *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1723 f. (1976); *ders.*, in: Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. III, Book 2, S. 309, 350 ff. (1984); *Auer*, ERPL 10 (2002), 279, 284 ff., 300 f.

eingeforderten Selbstbestimmung und Selbstverantwortung sowie zu einer entsprechenden Minimierung der geschuldeten Fremdverantwortung tendieren.¹⁷ Individualistische Argumente lassen also wie auf einer gleitenden Skala von *jedem* beliebigen Zuschnitt der Rechtsordnung aus stets zumindest theoretisch eine weitere Verschiebung in die Richtung noch stärkerer Berücksichtigung des Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsgedankens zu, ohne selbst über immanente Schranken zu verfügen, die den Geltungsbereich dieser Prinzipien auf ihr legitimes Maß begrenzen.¹⁸

2. Kollektivismus

Entsprechendes gilt jedoch unter umgekehrten Vorzeichen auch für das dem Individualismus entgegengesetzte Prinzip des *Kollektivismus*.¹⁹

a) Fremdnützigkeit und Fremdverantwortlichkeit

Die Grundgedanken des Kollektivismus sind – in diametralem Gegensatz zu den bisher dargestellten Leitgedanken des Individualismus – die Prinzipien der Fremdnützigkeit sowie der Fremdverantwortlichkeit.²⁰ Im Gegensatz zum individualistischen Prinzip der Selbstbestimmung impliziert der Gedanke der Fremdnützigkeit, daß es keineswegs selbstverständlich, sondern gerade *begründungsbedürftig* ist, einem Individuum die gesamten Früchte seiner zufälligen, stets auf Anerkennung und Förderung durch andere angewiesenen Tätigkeit und Begabung zuzuweisen.²¹ Von einem kollektivistischen Standpunkt aus

¹⁷ *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 18 f. (1986); *Auer*, ERPL 10 (2002), 279, 298 ff.

¹⁸ *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 62 ff. (1986).

¹⁹ Zur Begriffswahl vgl. bereits oben § 1 Fn. 3.

²⁰ Vgl. *Collini*, Liberalism and Sociology, S. 13 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1717 ff. (1976); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 17 f. (1986). Die ideengeschichtlichen Grundlagen des Kollektivismus im hier zugrundegelegten Sinne reichen – nicht weniger tief als die des Individualismus – von der Scholastik über das aufgeklärte Vernunftrecht bis hin zur Renaissance des Naturrechtsgedankens in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts; vgl. dazu *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 239 ff., 259 ff.; *ders.*, in: Zeitschrift für philosophische Forschung 54 (2000), 491, 505 ff.; *ders.*, in: *Schulz* (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, S. 17, 20 ff.; *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl. 1962, S. 50 ff., 68 ff., 85, 126, 139 ff., 219 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 260 ff., insbes. 275 ff., 295 f., 599 ff.; aus der ökonomischen Debatte etwa *Sen*, Inequality Reexamined, 1992, S. 21 ff.; *Nagel*, The Possibility of Altruism, 1970, S. 79 ff.; *Landes/Posner*, Salvors, Finders, Good Samaritans and other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism, 7 J. Leg. Stud. 83 ff. (1978). Keine Rolle spielt dabei vorliegend die Frage, ob man – da sich auch fremdnütziges Handeln wieder auf *individuelle* Präferenzen zurückführen läßt – in ökonomischer Hinsicht überhaupt sinnvoll von »Fremdnützigkeit« sprechen kann, denn dies ändert nichts daran, daß sich eigennütziges und fremdnütziges Handeln jedenfalls ihrem sozialen Handlungssinn nach deutlich unterscheiden lassen.

²¹ Dazu bereits *v. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 77 ff. Treffend auch *Canaris*,

zeichnet sich die ideale Gesellschaftsordnung also durch gerechte Partizipation aller am gemeinsam erwirtschafteten Reichtum aus.

Umgekehrt folgt daraus jedoch auch, daß die Belastung des einzelnen mit den vollen Risiken seines Handelns begründungsbedürftig ist, denn ebenso wie der Eintritt von Gewinnen trägt auch der von Verlusten und Schäden oft stark zufällige Züge und ist meist nicht ohne Existenz sozialer Zusammenhänge vorstellbar.²² Von diesem Blickwinkel aus wirkt die individualistische Forderung nach »Selbstverantwortung« also geradezu künstlich. Zu den Grundprinzipien des Kollektivismus gehört damit auch der Gedanke der Fremdverantwortlichkeit, d.h. der rechtsethischen Überlegenheit einer Gesellschaftsordnung, die vom Gedanken der Mitverantwortung für das Handeln anderer geprägt ist.²³

Kurz: Kollektivismus setzt Fremdverantwortlichkeit an die Stelle der Eigenverantwortung und Fremdnützigkeit an die des individualistischen Eigennutzes, während Ungerechtigkeit und Willkür von einem kollektivistischen Standpunkt aus in direktem Gegensatz zur entsprechenden individualistischen Auffassung nicht etwa in der Herstellung von Verteilungsgerechtigkeit, sondern vielmehr gerade in deren *Unterlassung*, also in »Blindheit« gegenüber der Willkür des Marktgeschehens liegen.²⁴

b) Distributive Gerechtigkeit und Rechtspaternalismus

Damit umfaßt der Begriff des Kollektivismus den gesamten Bereich heteronomer, »materialer« Wertungen, die der auf Selbstbestimmung und Selbstverantwortung beruhenden individualistischen Wertordnung entgegengesetzt sind, also eine auf den ersten Blick äußerst vielgestaltige Wertungsgesamtheit. Dennoch lassen sich innerhalb dieser Gesamtheit zumindest zwei Grundstrukturen

Iustitia distributiva, S. 69, der die notwendige soziale Einbindung des Menschen jedenfalls *grundsätzlich* als Legitimationsgrund dafür ansieht, daß die Gemeinschaft an den Früchten der Talente des einzelnen partizipieren darf. Darüber hinaus für ein umfassendes »talent pooling« vor allem Rawls, *A Theory of Justice*, 1971, S. 101 ff.; *ders.*, *Political Liberalism*, 1993, S. 178 ff.; dagegen und dezidiert für ein »Recht« des einzelnen an seinen Talenten hingegen Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, S. 213 ff. Vgl. dazu auch Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, S. 234 ff., 253 ff.; Arrow, *Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice*, 70 J. Phil. 245, 247 f. (1973).

²² Vgl. *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 70 ff., insbes. 71.

²³ Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1771 ff. (1976); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 17 (1986).

²⁴ Bemerkenswert ist also, daß Individualismus und Kollektivismus auch gegenteilige Begriffe der »Willkür« als Inbegriff des Gegenteils von Gerechtigkeit implizieren: nämlich einerseits den der »Willkür« staatlicher Umverteilung, andererseits jedoch gerade umgekehrt den des blinden Spiels der Marktkräfte. Vgl. einerseits *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 86 f., 119; *ders.*, *Aspekte der iustitia commutativa und der iustitia distributiva im Vertragsrecht*, in: *Kotziris* (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, 1994, S. 281, 290 ff.; andererseits *ders.*, *Iustitia distributiva*, S. 71; zum Ganzen auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1774 (1976).

kollektivistischen Wertedenkens identifizieren, die jedenfalls den wichtigsten rechtlich relevanten Erscheinungsformen des Kollektivismus zugrundeliegen und die im folgenden als *Distribution* und *Paternalismus* bezeichnet werden.²⁵

Kennzeichnend für distributive Erwägungen ist es, die Interessen bestimmter Individuen oder Gruppen auf Kosten anderer zu fördern, diese also ihrerseits an der vollständigen Durchsetzung ihrer Interessen und damit an der Ausübung ihrer Freiheit zur Selbstbestimmung zu hindern. Offen treten distributive Erwägungen meist in der Berufung auf das Erfordernis »distributiver Gerechtigkeit« zutage, das auf die Umverteilung privater Güter anhand von Maßstäben wie der Leistungs-, Bedarfs- oder Chancengerechtigkeit zielt.²⁶ Darüber hinaus ist es jedoch wesentlich, daß distributiv relevante Motive zumindest verdeckt auch allen anderen scheinbar »neutralen« Entscheidungen zugrundeliegen, die Einfluß auf die Struktur der unter der Bedingung von Selbstbestimmung entstehenden privaten Güterverteilung besitzen und damit zu distributiv nicht neutralen Verteilungsergebnissen führen. Ein – noch näher zu erläuterndes²⁷ – Beispiel für eine derartige mittelbar distributiv wirkende Wertung ist etwa der Gedanke der »Herstellung« der Voraussetzungen tatsächlicher Vertragsfreiheit durch Einführung vorvertraglicher Informationspflichten oder besonderer vertraglicher Lösungsrechte zum Schutz vor Überrumpelung. Ausschlaggebend für das Vorliegen distributiver Wertungsstrukturen ist nach hier vertretener Ansicht also *jede* Abweichung von der in einer maximal individualistischen Gesellschaftsordnung erzielbaren Güterzuordnung.²⁸

Die zweite vorliegend relevante Erscheinungsform des Kollektivismus ist das Prinzip des Paternalismus. Charakteristisch für paternalistische Erwägungen ist die Einschränkung der Handlungsfreiheit von Individuen oder Gruppen zu dem Zweck, deren freiverantwortliche Selbstschädigung zu verhindern.²⁹

²⁵ Vgl. *Kennedy*, Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563 ff. (1982).

²⁶ Vgl. zu den wichtigsten der im Rahmen der distributiven Gerechtigkeit relevanten Verteilungskriterien etwa *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 21 ff.; *ders.*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, S. 281, 287 ff. Entscheidendes Kennzeichen distributiver Wertungsstrukturen ist also nicht ein bestimmtes Verteilungskriterium, sondern die Tatsache, daß die Frage nach der *materialen* Gerechtigkeit einer bestimmten Güterzuordnung *überhaupt* gestellt wird; ähnlich auch *Kennedy*, 41 Md. L. Rev. 563, 570 ff. (1982).

²⁷ Vgl. unten § 1 II 3 a).

²⁸ Um sich die daraus folgende Spannweite distributiver Erwägungen zu verdeutlichen, ist es erforderlich, sich vor Augen zu halten, daß eine »rein« individualistische Güterzuordnung nach hier vertretener Ansicht *stets* nur annäherungsweise zu erzielen ist; vgl. oben § 1 I 1 b). Daraus folgt nun allerdings nicht, daß damit auch alle distributiven Wertungen dasselbe Gewicht besitzen; vielmehr sind insoweit unzweifelhaft weitere Differenzierungen – etwa zwischen unmittelbaren distributiven Eingriffen in das vertragliche Austauschverhältnis und nur mittelbaren Korrekturen auf der Ebene der Vertragsfreiheit, vgl. unten § 1 II 2, 3 – möglich, die zu erarbeiten allerdings nicht Ziel der vorliegenden Abhandlung ist.

²⁹ Ähnlich *Enderlein*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, 1996, S. 8; *Kennedy*, 41 Md.

Anders als im Bereich distributiver Erwägungen wird hier die Freiheit des einzelnen also nicht durchbrochen, um den Interessen anderer Rechnung zu tragen, sondern diese Durchbrechung erfolgt um des eigenen wohlverstandenen Interesses der in ihrer Handlungsfreiheit Eingeschränkten willen. Auch dies ist jedoch »kollektivistisch« zu nennen, da paternalistische Erwägungen insoweit zu einer Abweichung von der unter den Voraussetzungen von Selbstbestimmung erzielbaren Güterzuordnung führen, als die durch die paternalistische Handlung »Begünstigten« an der Durchsetzung ihres tatsächlichen Willens gehindert werden. Darüber hinaus dienen paternalistische Eingriffe in die individuelle Willenssphäre nicht selten zugleich dem Schutz kollektiver Güter oder Interessen und lassen sich damit auch anschaulich unter den Begriff des Kollektivismus fassen.³⁰

Versteht man den Begriff des Kollektivismus also in diesem Sinne als Oberbegriff sämtlicher heteronomer, insbesondere distributiver und paternalistischer Wertungen, so scheint gegen dessen Bedeutung als Grundstruktur privatrechtlichen Wertdenkens allerdings ein Einwand auf der Hand zu liegen: geht man davon aus, daß das Wesen des Privatrechts darin besteht, dem einzelnen die selbstverantwortliche Verwirklichung seiner Ziele zu ermöglichen, so läßt sich argumentieren, daß distributive und paternalistische Erwägungen in erster Linie dem öffentlichen Recht vorbehalten seien, während sie in einer als staatsfern, marktorientiert, distributiv neutral und durch das Fehlen jeder materialen Rechtfertigungslast für die Verfolgung privater Ziele gekennzeichneten Privatrechtsordnung als systemwidrige Fremdkörper anzusehen wären.³¹

L. Rev. 563, 570, 572, 638 ff. (1982). Zum rechtsethischen Problem des Paternalismus vgl. etwa *Garzón Valdés*, Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?, *Rechtstheorie* 18 (1987), 273 ff. Diese Problematik bedarf im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung nach der *tatsächlichen* Relevanz paternalistischer Wertungen im geltenden Recht keiner näheren Erörterung.

³⁰ Beispiele sind etwa die Gurtpflicht im Straßenverkehr sowie das Verbot des Drogenkonsums.

³¹ Dem liegt letztlich der für das gesamte liberale Staats- und Privatrechtsverständnis konstitutive Gedanke der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, d.h. zwischen politischem Eingriffsmechanismus und »staatsfreiem«, scheinbar distributiv neutralem Marktmechanismus zugrunde; vgl. etwa *Böhm*, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, *Ordo* 22 (1971), 11 ff., *ders.*, *Ordo* 17 (1966), 75 ff., 82 ff.; *Zöllner*, Privatrechtsgesellschaft, S. 22 ff.; *ders.*, *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, *AcP* 188 (1988), 85, 92 ff.; *ders.*, Die politische Rolle des Privatrechts, *JuS* 1988, 329 ff.; *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 55 f., 65 f., 125; *ders.*, in: *Festschrift Lerche*, S. 873, 874 f.; *Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962, S. 88 ff.; kritisch jedoch *Wiethölter*, Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: *Festschrift Böhm*, 1965, S. 41, 53 m.w.N.; *Ehmke*, »Staat« und »Gesellschaft« als verfassungsrechtliches Problem, in: *Festschrift Smend*, 1962, S. 23, 24 ff.; *Schmidt-Syaßen*, Zur Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und bürgerlichem Recht bei der Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, 1973, S. 17 f.; *D. Hart*, Vom bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung, *KJ* 1974, 274, 283; relativierend auch *Bydlinski*, Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung, in: *Festschrift Wilburg*, 1975, S. 53, 60 ff. Vom hier vertretenen Standpunkt aus vgl. die noch näher zu erörternde Problematik der

Im folgenden ist jedoch zu zeigen, daß diese Sichtweise der Bedeutung kollektivistischer Wertungen im Privatrecht nicht gerecht wird, denn diese spielen nach hier vertretener Ansicht nicht nur im Arbeits-, Miet- und Verbraucherschutzrecht, sondern gerade auch im *Kernbereich* des allgemeinen Vertragsrechts eine wesentliche Rolle. Deutlich wird dies – wie noch näher zu erläutern ist – etwa an Beispielen wie der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB), der richterlichen Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen oder der Begründung vorvertraglicher Aufklärungspflichten.

c) Die relative Struktur kollektivistischen Denkens

Ziel dieser Untersuchung ist es – um entsprechenden Mißverständnissen bereits im Ansatz zu begegnen – nun allerdings nicht, statt einer geschlossen individualistischen eine geschlossen kollektivistische Privatrechtskonzeption zu postulieren. Wesentlich ist es vielmehr, daß auch die kollektivistischen Prinzipien der Fremdverantwortung und Fremdbestimmung auf die Spitze getrieben ad absurdum führen.³² So hätte die *vollständige* Umverteilung aller Güter letztlich eine Güterzuordnung zur Folge, die unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten von der Ausgangslage nicht zu unterscheiden wäre,³³ vollständige Fremdverantwortung jedes einzelnen für alle anderen wäre eine nicht zu bewältigende Last und vollständige Fremdbestimmung verstieße in eklatanter Weise gegen die Grundbedingungen menschenwürdiger Existenz.³⁴

Wie individualistisches ermöglicht damit auch kollektivistisches Denken keinerlei immanente Grenzziehung gegen einen – genau entgegengesetzten – Dambruch: so ließe sich auf der Grundlage kollektivistischer Prinzipien theoretisch nicht nur die Einschränkung der Privatautonomie im Interesse des Schutzes Schwächerer, sondern z.B. auch die völlige Abschaffung des Vertrags oder die Kollektivierung aller Privatrechtsgüter begründen. Ebenso wie der Gedanke des Individualismus stellt also auch der des Kollektivismus keine in sich geschlossene Theorie, sondern lediglich ein Argumentationsmuster dar, auf dessen Grundlage es immer möglich ist, unabhängig von dem bereits ver-

notwendigen distributiven Folgeeffekte privatrechtlicher Normsetzung; dazu unten § 1 II 3 a) mit Fn. 69.

³² Vgl. *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 19, 62 ff. (1986): »Finally, everyone is liable to everybody else for everything. In such a state no one has any particular responsibility because everyone has responsibility. Collective guilt is no guilt at all; collective duty is no duty at all. The fruits of security provided by increased protection are devoured by the absolute liability of each individual for every act or failure to act.«

³³ So aus empirisch-sozialwissenschaftlicher Perspektive eindringlich auch *Miegel*, Die deformierte Gesellschaft, 2002, S. 221 ff.

³⁴ Mehr noch: vollständige Fremdbestimmung wäre gleichbedeutend mit dem Inbegriff eines Totalitarismus *Orwell'scher* Prägung – »Big Brother is watching you«. Vgl. auch *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 29 f.

wirklichten ein immer noch höheres Maß an fremdverantwortlicher Rücksichtnahme einzufordern.³⁵

3. Der materielle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens als normative Ordnungsstruktur

Wesentlich ist es also, sich die entgegengesetzten Wertungen des Individualismus und Kollektivismus als Spannungsfeld, als gleitende Skala zwischen den nur theoretisch denkbaren Extremen »reinen« Individualismus einerseits und »reinen« Kollektivismus andererseits vorzustellen. Alle Zwischenstufen zeichnen sich dadurch aus, daß sie eine mehr oder weniger ausgeprägte Betonung des Selbstbestimmungs- und Selbstverantwortungsgedankens mit einem bestimmten Maß an kollektivistischer Rücksichtnahme verbinden. Je weiter man sich – bildlich gesprochen – vom Extrem des Individualismus in die Richtung des entgegengesetzten Extrempols des Kollektivismus bewegt, desto stärker wird der relative Anspruch fremdverantwortlichen Handelns und umgekehrt, ohne daß einer der beiden Extrempole jemals erreicht werden könnte.³⁶

Entscheidend ist damit, daß Individualismus und Kollektivismus ihre normative Bedeutung stets nur durch ihr *Zusammenwirken*, d.h. durch die *relative* Verwirklichung der einen Wertordnung im Verhältnis zur anderen entfalten können.³⁷ Daraus folgt vor allem, daß der Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus jeder, also auch der »liberalsten« Privatrechtsordnung jedenfalls insoweit zugrundeliegt, als sie sich mit dem Problem sozialer Interdependenz im Privatrechtsverkehr zu befassen hat. Daß dies nun ausnahmslos für *jede* Privatrechtsordnung gilt, sollte bereits anhand der Ausgangsfrage des vorliegenden Teils der Untersuchung deutlich geworden sein: auch das Privatrecht dient der Regelung sozialer Zusammenhänge und sieht sich damit stets mit beiden gleichermaßen gültigen Antworten auf die Frage nach dem legitimen Maß interpersonaler Verantwortlichkeit konfrontiert.

³⁵ Auch der Gedanke des Kollektivismus mündet also in ein ähnliches Dilemma der Selbstaufhebung wie der des Individualismus. Vgl. treffend *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 19 (1986).

³⁶ Vgl. *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 18 f. (1986).

³⁷ Auch dies berührt die Grundlagen strukturalistischer Semiotik; vgl. *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 59 ff., 72 ff. (1986); *Kennedy*, in: *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. III, Book 2, S. 309, 350 ff. (1984).

II. Der Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus in der Privatrechtstheorie und die Funktion der Generalklauseln

Auf dieser Grundlage soll nun gezeigt werden, daß dies gerade auch für das moderne deutsche und amerikanische Privatrechtsdenken gilt.

Prüfstein dieser Annahme ist dabei die wissenschaftliche Behandlung der bereits erwähnten Problematik zunehmender »Materialisierung« vieler privatrechtlicher Institutionen und Begriffe während des 20. Jahrhunderts.³⁸ Denn bemerkenswert ist, daß die erhebliche Bedeutung dieser Entwicklung – also der zunehmenden Überlagerung der »formalen« Grundkonzeption des Privatrechts durch materiales Gerechtigkeitsdenken und Prinzipien sozialer Verantwortlichkeit – zwar einerseits selbst im liberalen Privatrechtsschrifttum kaum noch bestritten wird,³⁹ andererseits aber vor allem im deutschen Rechtsdenken dennoch nur selten das Eingeständnis eines *Nebeneinander* von formalen und materialen bzw. individualistischen und kollektivistischen Wertungsstrukturen zur Folge hat. Vielmehr ist gerade die jüngere rechtstheoretische Diskussion von dem Bestreben geprägt, derartige materiale Wertungsstrukturen stets in *systemkonformer*, normativ *einheitlicher* Weise mit den formalen Grundgedanken des liberalen Privatrechtsmodells in Einklang zu bringen.⁴⁰

Ziel der folgenden Ausführungen ist es jedoch, zu zeigen, daß dieser Versuch letztlich zum Scheitern verurteilt ist, da er dem das gesamte Privatrechtsdenken prägenden Konflikt zwischen Individualismus und Kollektivismus nicht gerecht wird. Auf dieser Grundlage wird sich sodann auch die Funktion der Generalklauseln erschließen.

³⁸ Zu diesem Begriff vgl. *Wiethölter*, Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: *Teubner* (Hrsg.), Dilemmas of Law in the Welfare State, 1986, S. 221 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff.; *E. Schmidt*, Von der Privat- zur Sozialautonomie, JZ 1980, 153, 155 f.; polemisch *Zöllner*, JuS 1988, 329, 331 Fn. 21. Im angloamerikanischen Rechtsdenken entspricht dies dem vor allem von *Atiyah* eindrucksvoll analysierten Befund des »decline of contract« während des 20. Jahrhunderts; vgl. *Atiyah*, Rise and Fall, S. 716 ff.

³⁹ Paradigmatisch etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276.

⁴⁰ Explizit in diesem Sinne insbesondere *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 52 ff., 63 ff., 108 ff., 141 ff.; tendenziell ebenso auch *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 51 ff.; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 285, der materialen Kriterien im liberalen Privatrechtsmodell zwar »ergänzende«, jedoch keinerlei systemprägende Funktion zugesteht.

1. Zum Begriff der »Materialisierung«

Vorausgeschickt sei der folgenden Diskussion der Materialisierungsproblematik allerdings zunächst eine weitere Präzisierung des bisher nur lose mit dem Prinzip des Kollektivismus assoziierten Gedankens der »Materialisierung«. Sachgerecht ist es, mit *Canaris* zwischen einem materialen Verständnis der privatrechtlichen Gerechtigkeit bzw. Vertragsgerechtigkeit einerseits sowie der Materialisierung der Vertragsfreiheit andererseits zu unterscheiden.⁴¹ Während die Frage der Vertragsgerechtigkeit die Angemessenheit und Gleichwertigkeit des vertraglichen Leistungsaustausches betrifft, liegt die Problematik der Vertragsfreiheit in der vom Vertragsinhalt unabhängigen Frage nach der Möglichkeit der Parteien, im Vertragsschlußverfahren von ihrer rechtlich gewährleisteten Abschluß- und Inhaltsfreiheit auch tatsächlichen Gebrauch zu machen.

Im Bereich der Vertragsgerechtigkeit zielt der Materialisierungsgedanke also auf den bekannten Unterschied zwischen formalem und materialem Gerechtigkeitsdenken. *Formale* Gerechtigkeitskonzeptionen zeichnen sich dadurch aus, daß sie allein die strikte Neutralität gegenüber der freien Willensbetätigung jedes einzelnen Individuums als legitimes Gerechtigkeitskriterium gelten lassen, kurz: Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person gewährleisten und sich folglich jeder inhaltlichen Bewertung des zwischen freiverantwortlich handelnden Parteien Vereinbarten enthalten. Grundlage eines formalen Begriffs der Vertragsgerechtigkeit ist also der Gedanke, daß das freiverantwortlich Vereinbarte schon und nur aufgrund seiner Freiwilligkeit gilt und als gerecht anzuerkennen ist. Demgegenüber sind solche Gerechtigkeitstheorien, die wenigstens zum Teil auf die inhaltliche Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen bzw. die inhaltliche Angemessenheit des Vertragsinhalts in Anbetracht des konkreten Vertragszwecks abstellen, also Gerechtigkeit in Ansehung der Person und Sache verheißen, als *material* zu bezeichnen.⁴²

⁴¹ Vgl. grundlegend *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 276 ff., 282 ff. Zu unterscheiden ist also nicht nur, wie es oft geschieht (vgl. etwa *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 207 ff., 223 ff und *passim*; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 18 ff., 39 ff.), zwischen »formalem Freiheitsdenken« und »materialelem Gerechtigkeitsdenken«, sondern zweifach: nämlich sowohl auf der Ebene der Vertragsfreiheit als auch der Vertragsgerechtigkeit jeweils zwischen einer formalen und einer materialen Betrachtungsweise. *Canaris* (*ebd.*, S. 289 ff.) trifft darüber hinaus noch eine dritte Unterscheidung im Hinblick auf die dem Vertragsrecht jeweils zugrundeliegende weltanschaulich-politische Grundhaltung – »liberal« oder »sozial«. Die vorliegende Untersuchung läßt diese Frage in Anbetracht der unauflösbaren Verschränkung individualistischer und kollektivistischer Wertungsstrukturen innerhalb des politisch-weltanschaulichen Diskurses jedoch außer Betracht. Vgl. dazu auch treffend *Balkin*, 39 *Rutgers L. Rev.* 1, 15 (1986) mit Fn. 26 und 27.

⁴² *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 282 f. Grundlage der Unterscheidung ist dabei die seit *Kant* unzurücknehmbare Einsicht in die Unmöglichkeit der Letztbegründbarkeit jeder materialen Ethik; eine Einsicht, der *Kant* bekanntlich den kategorischen Imperativ als formalen, allein auf der sittlichen Autonomie des einzelnen basierenden Gegenentwurf entgegengesetzte;

Eine entsprechende Unterscheidung läßt sich jedoch auch auf der Ebene der Vertragsfreiheit treffen. Auch insoweit ist zwischen einem *formalen* Verständnis, für das die neutrale, abstrakte, rein »rechtliche« Gewährleistung vertraglicher Handlungsfreiheit ohne Ansehung der Person kennzeichnend ist, und einem auf die tatsächliche Entscheidungsfreiheit der Parteien abstellenden *materiellen* Verständnis zu differenzieren. Vom Standpunkt eines formalen Verständnisses der Vertragsfreiheit aus kommt es über die Feststellung der abstrakt-rechtlichen Gleichheit der Parteien hinaus also nicht darauf an, ob diese über gleiche vertragliche Partizipationschancen verfügen und faktisch in der Lage sind, ihre Interessen im Vertragsschlußverfahren durchzusetzen, wohingegen sich ein materiales Begriffsverständnis auch hier wieder durch Rücksichtnahme auf diese Umstände auszeichnet.⁴³

Ist es nun möglich, formale und materiale Wertungsstrukturen – wie vor allem in der deutschen Debatte häufig beansprucht – innerhalb des Privatrechtssystems in normativ einheitlicher Weise miteinander zu verbinden? Oder ist deren Zusammentreffen nicht vielmehr Ausdruck des zugrundeliegenden Wertungskonflikts zwischen Individualismus und Kollektivismus, der nicht gelöst, sondern nur fallweise zum Ausgleich gebracht werden kann? Diesen Fragen soll nun sowohl für den Bereich der Vertragsgerechtigkeit als auch für den der Vertragsfreiheit nachgegangen werden.

vgl. *Kant*, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, 1903, S. 389, 421 ff. Dabei spielt es vorliegend keine Rolle, inwieweit das Etikett des »Formalismus« insoweit tatsächlich gerechtfertigt ist (vgl. *Wieacker*, Formalismus und Naturalismus in der neueren Rechtswissenschaft, in: Festschrift Coing, Bd. I, 1982, S. 703, 708 f.; *Walter*, Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: Festschrift Mayer-Maly, 1996, 207, 221 ff.; *Ebbinghaus*, Deutung und Mißdeutung des kategorischen Imperativs, in: *Oberer/Geismann* (Hrsg.), Gesammelte Schriften, Bd. 1, 1986, S. 279 ff.; *Pogge*, The Categorical Imperative, in: *Höffe* (Hrsg.), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1989, S. 172 ff.); entscheidend ist vielmehr allein der zugrundeliegende *Gedanke* einer von materialen Gerechtigkeitsskriterien und deren Aporien freien Gerechtigkeitsskonzeption. Diesem Gedanken wird etwa das von *Oechsler*, Gerechtigkeit im materialen Austauschvertrag, 1997, S. 10, 23 ff., 45 ff., vorgeschlagene Verständnis des formalen Gerechtigkeitssbegriffs im Sinne der *stets* auf Ausfüllung durch sachliche, also *materiale* Kriterien angewiesenen und damit gerade *nicht* rein formalen Maxime, »Gleiches gleich« und »Ungleiches verschieden« zu behandeln, nicht gerecht.

⁴³ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277 f.; ebenso oder ähnlich auch *Kramer*, Die »Krise« des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 20 f.; *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 158 f.; *Enderlein*, Rechtspaternalismus, S. 93 f.; *Drexler*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 7, 208 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 53 ff.; kritisch jedoch *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 235.

2. Die Materialisierung der Vertragsgerechtigkeit

a) Der grundsätzlich formale Gerechtigkeitsbegriff des herrschenden Privatrechtsdenkens

Betrachtet man zunächst die Frage der Vertragsgerechtigkeit, so liegt es auf der Hand, daß diese vom Standpunkt des modernen Privatrechtsdenkens aus grundsätzlich ein *formales* Verständnis voraussetzt. Nur ein solches ist mit der »liberalen«⁴⁴ Grundvorstellung des Privatrechts als Raum der Freiheit zur selbstbestimmten Verfolgung privater Ziele vereinbar, deren Ausübung gerade keiner weiteren inhaltlichen Rechtfertigung bedarf:⁴⁵ *stat pro ratione voluntas*.⁴⁶ Auf diesem formalen Gerechtigkeitsanspruch beruht das innerhalb der liberalen Privatrechtskonzeption zentrale Prinzip der Privatautonomie, also der »Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen.«⁴⁷

Im geltenden deutschen Privatrecht kommt dieser formale Gerechtigkeitsbegriff vor allem in der grundsätzlichen Ablehnung eines materiellen Verständnisses vertraglicher Äquivalenz, also sämtlicher Theorien eines »gerechten Preises« sowie der gemeinrechtlichen Lehre von der *laesio enormis* zugunsten eines rein *formalen* Äquivalenzprinzips zum Ausdruck.⁴⁸ Dabei besitzen diese

⁴⁴ Nochmals sei darauf hingewiesen, daß der Begriff des »Liberalismus« nach hier vertretener Ansicht keine geschlossene, normativ einheitliche Wertordnung umschreibt und dementsprechend vorliegend nur unter diesem Vorbehalt verwendet wird; vgl. *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 232 ff.; *Collini*, Liberalism and Sociology, S. 13 ff., 121 ff. sowie oben § 1 I 1 mit Fn. 5.

⁴⁵ Vgl. etwa *Flume*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 141 ff.; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 66; *ders.*, in: Festschrift Lerche, 1993, S. 873, 874 f.

⁴⁶ Vgl. *Flume*, AT BGB, 2. Bd., § 1/5, S. 6 f. sowie bereits *ders.*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 141. *Flumes* Ansicht wurde zum Teil unter dem Aspekt kritisiert, daß sie die Frage nach der (materialen) Gerechtigkeit des vertraglich Vereinbarten scheinbar von vornherein »abschneidet«; vgl. etwa *Canaris*, in: Festschrift Lerche, S. 873, 881; *ders.*, Iustitia distributiva, S. 44; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 8 f.; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 25. Gerade *darin* liegt jedoch, wie *Flume* treffend erkennt, das Essentiale formalen Gerechtigkeitsdenkens.

⁴⁷ *Flume*, AT BGB, 2. Bd., § 1/1, S. 1; § 1/5, S. 6; *ders.*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 136; vgl. etwa auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 277; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 1 ff., 43 ff., 207 ff.; *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 13 ff.; aus angloamerikanischer Perspektive *Atiyah*, Rise and Fall, S. 389 ff. Der Gerechtigkeitsgehalt der in diesem Sinne verstandenen Privatautonomie ist also identisch mit dem Willensprimat des formalen Gerechtigkeitsbegriffs.

⁴⁸ Vgl. etwa *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 46; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 283, 335; *ders.*, Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungsrecht des BGB, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 3, 6 ff.; *Wieacker*, Sozialmodell, S. 9, 19; *Bartholomeyczik*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166 (1966), 30, 39 ff.; *Kramer*, Methodenlehre, S. 32 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, 1992, S. 259; *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen ver-

Grundsätze keineswegs nur in den Kernbereichen des Vertragsrechts, sondern selbst in stark »material« bzw. »sozial« geprägten privatrechtlichen Randgebieten wie dem Verbraucherschutz-, Miet- und Arbeitsrecht Bedeutung: denn selbst im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, zwischen Unternehmer und Verbraucher und zwischen Vermieter und Mieter gilt grundsätzlich der Vorrang der Privatautonomie und damit die Freiheit, sich durch Verträge selbst zu binden und Rechtsfolgen in Gang zu setzen, die unabhängig von einer inhaltlichen Bewertung des Vereinbarten bereits aufgrund dessen Freiwilligkeit eintreten.⁴⁹

b) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Vertragsgerechtigkeit als Ausprägung des Grundwiderspruchs zwischen Individualismus und Kollektivismus

Dennoch gilt all dies nur grundsätzlich, da das geltende Recht der Beurteilung des Gerechtigkeitsgehalts von Rechtsgeschäften in vielerlei Hinsicht eben doch *inhaltliche* Kriterien zugrundelegt. Besonders deutlich wird dies in allen Fällen, in denen das Recht eine richterliche Inhaltskontrolle bzw. Anpassung freiverantwortlich geschlossener Verträge zuläßt oder deren Nichtigkeit auf das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung stützt. Ersteres gilt im deutschen Recht etwa im Bereich allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), im Gesellschafts- und Arbeitsrecht⁵⁰ sowie unter den Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB); letzteres kennzeichnet etwa den Tatbestand des Wuchers in § 138 Abs. 2 BGB⁵¹ sowie den des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts auf der Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB.⁵² Auch im ame-

traglicher Leistungspflicht, 2001, S. 181 ff.; relativierend *Becker*, Die Lehre von der *laesio enormis* in der Sicht der heutigen Wucherproblematik, 1993, S. 137 ff.

⁴⁹ Vgl. insbesondere zum Arbeitsrecht *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 487 ff., 541 ff.; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 159 ff., 926, 1453 ff.; rechtspolitisch *Thüsing*, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 559, 568, 574, 585. In Anbetracht dessen können die vereinzelt vertretenen noch weitergehenden *rein* »sozialen« bzw. »materialen« Theorien der Vertragsgerechtigkeit, die den formalen Gerechtigkeitsgedanken grundlegend in Frage stellen (vgl. etwa *Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, 1979; *Zweigert*, »Rechtsgeschäft« und »Vertrag« heute, in: Festschrift Rheinstein, Bd. II, 1969, S. 493, 503 f.), jedenfalls im Hinblick auf die Analyse des *geltenden* Rechts vernachlässigt werden.

⁵⁰ Dazu etwa *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 79 ff., 124 ff., 159 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 315 ff., 477 ff.; zusammenfassend auch *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 71 ff.; *Becker*, Der unfaire Vertrag, 2003, S. 6 ff., 41 ff.

⁵¹ So im Ergebnis auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 288; *ders.*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, S. 281, 286 f.; zur historischen Bedeutung des Wucherverbots im Zusammenhang mit dem Gedanken des *iustum pretium* etwa *Atiyah*, Rise and Fall, S. 65 ff.; *Siems*, Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen, 1992, S. 544 ff.

⁵² Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 300 ff.

rikanischen Recht existieren im Hinblick auf die Ausnutzung ökonomischer Zwangslagen (*economic duress*) sowie inhaltlich unangemessener allgemeiner Geschäftsbedingungen (*contracts of adhesion*) funktionsäquivalente Regelungen.⁵³ All diese Rechtsfiguren gleichen sich darin, daß sie unter Durchbrechung des formalen Äquivalenzprinzips *materiale* Maßstäbe an die inhaltliche Angemessenheit des Vereinbarten anlegen und infolgedessen mit einem formalen Verständnis der Vertragsgerechtigkeit unvereinbar sind.

Nach hier vertretener Auffassung ist es nun unmöglich, diese materialen Gerechtigkeitsstrukturen mit dem formalen Gerechtigkeitsanspruch des herrschenden Privatrechtsmodells in systemkonformer Weise in Einklang zu bringen. Vielmehr tritt im Nebeneinander beider Gerechtigkeitsprinzipien die grundsätzliche Unauflösbarkeit des zugrundeliegenden Wertungsgegensatzes zwischen Individualismus und Kollektivismus zutage:⁵⁴ während die Grundgedanken des Individualismus – Selbstbestimmung, Selbstbindung und Selbstverantwortung – stets in die Richtung möglichst weitgehender Inhaltsneutralität des Privatrechts und damit formaler Gerechtigkeit tendieren, sind alle materialen Korrekturen dieses Gerechtigkeitsverständnisses dem entgegengesetzten kollektivistischen Ziel der Durchsetzung eines höheren Maßes an fremdverantwortlicher Rücksichtnahme im Privatrechtsverkehr zuzurechnen.

Deutlich wird dies etwa am Beispiel der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die durch die Gewährleistung der Vertragsanpassung in Fällen wesentlicher Äquivalenzstörungen letztlich nichts anderes bewirkt als eine *fremd-*

⁵³ Vgl. etwa *Farnsworth*, *Contracts*, 3. Aufl. 1999, § 4.26, S. 295 ff.; *Klapisch*, Der Einfluß der deutschen und österreichischen Immigranten auf *contracts of adhesion* und *bargaining in good faith* im US-amerikanischen Recht, 1991, S. 41 ff.; *Bernstein*, Friedrich Kessler's American Contract Scholarship and its Political Subtext, in: *Lutter/Stiefel/Hoeflich* (Hrsg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 85, 90 ff.; *Köndgen*, Friedrich Kessler – ein Grenzgänger zwischen den Disziplinen, *ebd.*, S. 287, 293 ff.; aus dem älteren Grundlagenschrifttum *Kessler*, *Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract*, 43 *Colum. L. Rev.* 629 ff. (1943); *Hale*, *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, 43 *Colum. L. Rev.* 603 ff. (1943); *Llewellyn*, *Book Review*, 52 *Harv. L. Rev.* 700 ff. (1939); *Dawson*, *Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law*, 11 *Tul. L. Rev.* 345 ff. (1937) sowie 12 *Tul. L. Rev.* 42 ff. (1937).

⁵⁴ Diese Unauflösbarkeit bedeutet allerdings keineswegs, daß sich dieser Wertungsgegensatz nicht auf der Ebene der Rechtsdogmatik in durchaus fruchtbaren Kompromißlösungen zum Ausgleich bringen läßt. Wie die in ihrem Anwendungsbereich inzwischen klar umrissenen Beispiele der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage oder der Inhaltskontrolle zeigen, ist dies ganz im Gegenteil offensichtlich möglich und bedarf vorliegend keiner näheren Ausführung (vgl. eingehend *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S. 393 ff.). Entscheidend ist vom hier vertretenen Standpunkt aus jedoch, daß sich der verbleibende Gegensatz zwischen beiden Gerechtigkeitskonzeptionen dennoch nicht in normativ einheitlicher, »harmonischer« Weise beheben läßt, sondern auch innerhalb derartiger Ausgleichversuche stets im Sinne einer echten Antinomie des Privatrechtsdenkens fortwirkt; vgl. *Radbruch*, *Rechtsphilosophie*, S. 164 ff. sowie bereits oben in der Einleitung zu dieser Untersuchung Fn. 10.

nützige Umverteilung des Risikos unvorhersehbarer Leistungerschwerung zwischen den Parteien, die dieses Risiko bei rein individualistischer Betrachtung jeweils selbst zu tragen hätten.⁵⁵ Entsprechendes gilt auch für die anderen erörterten Materialisierungstendenzen auf der Ebene der Vertragsgerechtigkeit, die ebenfalls insoweit auf kollektivistischen Wertungsstrukturen beruhen, als sie die durch eine materiell unangemessene Regelung begünstigte Partei daran hindern, diesen Vorteil im eigenen Interesse auszunutzen und sie damit zu fremdverantwortlicher Rücksichtnahme auf die andere Partei zwingen. Kollektivistisch ist dies deshalb zu nennen, weil es zu einer Umverteilung der privat-autonomen Güter- und Risikoordnung führt, die sich *niemals* auf distributiv »neutralen« Wege bzw. ohne Bezugnahme auf distributive Gerechtigkeitsüberlegungen begründen läßt.⁵⁶

3. Die Materialisierung der Vertragsfreiheit

Nun wird die mangelnde Systemkonformität der bisher erörterten Materialisierungserscheinungen auf der Ebene der Vertragsgerechtigkeit allerdings – unter Verweis auf deren Ausnahmecharakter – auch im Schrifttum meist zugestanden.⁵⁷ Den eigentlichen Prüfstein der hier vertretenen Ansicht stellt damit die Frage dar, ob sich formale und materiale Wertungsstrukturen im Bereich der *Vertragsfreiheit* in systemkonformer Weise miteinander vereinbaren lassen.

a) Systemkonforme Vereinbarkeit von formalem Gerechtigkeitsdenken und materialem Freiheitsdenken?

Um der Bedeutung dieser Frage gerecht zu werden, ist es zunächst wesentlich, sich vor Augen zu halten, daß sich die meisten anerkannten Grenzen der Privatautonomie als Ausfluß eines materialisierten Verständnisses nicht der Vertragsgerechtigkeit, sondern vielmehr der *Vertragsfreiheit* deuten lassen.⁵⁸ Dies gilt

⁵⁵ Deutlich wird diese normative Struktur der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage etwa bei *Fikentscher*, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, Rz. 167, S. 134. Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß das Risiko unvorhersehbarer Leistungerschwerung nicht vom Selbstbestimmungsakt der Parteien umfaßt sei, da beide Parteien in dem Bewußtsein kontrahieren, daß unvorhersehbare spätere Umstände grundsätzlich *allein* in die Risikosphäre der betroffenen Partei fallen. Dazu auch *Auer*, ERPL 10 (2002), 279, 291 sowie zur Problematik des Wegfalls der Geschäftsgrundlage noch näher unten § 1 II 4 b).

⁵⁶ Dazu sogleich unten § 1 II 3 a) mit Fn. 71.

⁵⁷ Vgl. etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 287.

⁵⁸ Ebenso *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280 f., 296 f., 321 ff., 331, 344 ff.; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 2 ff., 4 (»Priorität der Abschlußkontrolle vor der Inhaltskontrolle«), 44 ff.; ähnlich auch *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 28; *ders.*, AcP 188 (1988), 85, 99; *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 174; *Kramer*, Methodenlehre, S. 35; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 30 ff.

etwa für den gesamten Bereich der vertraglichen Abschlußkontrolle, also für die Regelungen über Geschäftsfähigkeit und Willensmängel,⁵⁹ für die besonderen Widerrufsrechte des Verbraucherschutzrechts⁶⁰ sowie vor allem für die Einräumung vorvertraglicher Aufklärungspflichten, an denen der Zweck, die Voraussetzungen tatsächlicher, *gleichberechtigter* Entscheidungsfreiheit beider Vertragsparteien herzustellen, geradezu unmittelbar hervortritt.⁶¹ Gemeinsam ist all diesen Rechtsfiguren der Ansatz, das tatsächliche Fehlen rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit eines an einem Vertragsschluß Beteiligten – sei es, daß dieses auf mangelnder Reife des Urteilsvermögens, auf Irrtum, Täuschung, Drohung oder Überrumpelung beruht – allein durch Einschränkungen der Vertragsfreiheit bzw. Vertragsbindung, jedoch ohne *direkten* Eingriff in das vertragliche Austauschverhältnis zu kompensieren.⁶²

Vor allem im deutschen Privatrechtsschrifttum herrscht der Gedanke vor, daß derartige materiale Grenzen der Vertragsfreiheit jedenfalls insoweit in systemkonformer Weise mit einem auf dem Selbstbestimmungsgedanken beruhenden »liberalen« Privatrechtssystem vereinbar sind, als sie erforderlich sind,

⁵⁹ Vgl. *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 88 ff., 260 ff.; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 280 f.

⁶⁰ Soweit man deren Zweck – wie inzwischen fast allgemein üblich – in der Einräumung einer »nachträglichen Überlegungsfrist« bzw. »cooling-off period«, also in der zumindest nachträglichen Herstellung der Voraussetzungen rationaler Entscheidung sieht; vgl. etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 344 ff.; *ders.*, Iustitia distributiva, S. 47. A.A. dagegen *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 116 ff., die verbraucherschützende Widerrufsrechte als Ausdruck eines mit dem liberalen Privatrechtsmodell gerade nicht zu vereinbarenden »sozialen« Verbraucherschutzmodells begreift; kritisch auch *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 743 Fn. 838 (»schlichter Wortbruch«); *Zöllner*, JuS 1988, 329, 332; teilweise auch *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 171, der für eine individualisierende Lösung auf der Grundlage der culpa in contrahendo plädiert. Wie problematisch die Annahme der »Systemkonformität« verbraucherschützender Widerrufsrechte allerdings tatsächlich ist, zeigt sich schon daran, daß eine Verallgemeinerung dieses Gedankens zu einem »kompetitiven Vertragsrecht«, das Verträgen *grundsätzlich* erst nach einer bestimmten Überlegungsfrist Bindungswirkung zuerkennen will (vgl. *Micklitz*, Perspektiven eines Europäischen Privatrechts, ZEuP 1998, 253, 265 ff.), nahezu einhellig abgelehnt wird; vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 344 f.; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 2 Fn. 2; *Roth*, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, JZ 1999, 529, 534.

⁶¹ Diese hält daher selbst *Dauner-Lieb* im Rahmen ihres »Informationsmodells« des Verbraucherschutzes für systemkonform; vgl. *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 69 ff. Ebenso oder ähnlich auch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 304 ff., insbes. 320; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, 1997, S. 64 f. (»Materialisierung« der rechtsgeschäftlichen Selbstverantwortung«); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, S. 209 ff., 567 ff.; *Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 387 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 244; mit berechtigten Zweifeln allerdings *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 47 f. Vgl. dazu noch unten § 1 II 3 d) mit Fn. 102.

⁶² So sehr klar *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 283 ff., der daraus schließt, daß die Vertragsgerechtigkeit in erster Linie »prozeduralen« Charakter besitzen müsse; dazu näher sogleich unten § 1 II 3 b).

um dessen Funktionsbedingungen »herzustellen«. ⁶³ Damit besteht also scheinbar ein wesentlicher Unterschied zwischen materialen Eingriffen auf der Ebene der Vertragsgerechtigkeit und solchen auf der Ebene der Vertragsfreiheit: während erstere durch den formalen Gerechtigkeitsanspruch des liberalen Privatrechtsmodells von vornherein ausgeschlossen sind, scheinen letztere im Gegensatz dazu geradezu zu dessen Grundbedingungen zu gehören. ⁶⁴ Doch ist die Annahme eines derartigen grundsätzlichen Unterschieds zwischen beiden Kategorien materialer Korrekturen tatsächlich tragfähig? Anders gewendet: kann es – abgesehen von dem unzweifelhaft gegebenen graduellen Unterschied zwischen beiden Kategorien – eine überzeugende *qualitative* Abgrenzung zwischen den »systemkonformen« materialen Voraussetzungen des formalen Gerechtigkeitsbegriffs einerseits und dessen »systemwidriger« materialer Korrektur andererseits geben?

Als ein erstes Indiz dafür, daß dies nicht der Fall sein kann, mag man bereits die Schwierigkeiten ansehen, die die Bestimmung eines geeigneten Abgrenzungskriteriums bereitet. Zwar herrscht im Ergebnis Einigkeit über die Zulässigkeit und Erforderlichkeit der Mehrzahl der genannten Schranken der Privatautonomie, vor allem, soweit sie – wie etwa die Regeln über Geschäftsfähigkeit oder Willensmängel – aus dem Kernbereich der klassischen Rechtsgeschäftslehre stammen. ⁶⁵ Jenseits dieses Bereichs endet jedoch die Übereinstimmung. So war etwa die Einführung Verbraucherschützender Widerrufsrechte infolge der befürchteten systemsprengenden Wirkung eines derartigen »sozialen Verbraucherschutzmodells« lange Zeit umstritten. ⁶⁶ Vehement abgelehnt wird von Tei-

⁶³ Vgl. BVerfGE 81, 242, 254 f.: »Solche Schranken [der Privatautonomie, *Anm. d. Verf.*] sind unentbehrlich, weil Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind«; ebenso auch BVerfGE 89, 214, 232 ff.; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 63 ff.; *Zöllner* AcP 188 (1988), 85, 99: »Schranken der Privatautonomie sind jedenfalls dort legitim, wo die der Privatautonomie vorausgesetzten Funktionsbedingungen nicht gegeben sind.«

⁶⁴ Deutlich in diesem Sinne etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 286 f.; ähnlich auch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 63 ff. im Gegensatz zu *ebd.*, S. 141 ff.

⁶⁵ Und damit, da sie nicht explizit »sozialen« Zwecken dienen, über den Verdacht erhaben zu sein scheinen, den formalen Gleichheitsanspruch des liberalen Privatrechtsmodells durch die Umverteilung vertraglicher Partizipationschancen in Frage zu stellen. So etwa die selbstverständliche Argumentationsgrundlage bei *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85, 98 f.; *dems.*, JuS 1988, 329, 332; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 47; *dems.*, AcP 200 (2000), 273, 280 f.

⁶⁶ In diesem Sinne etwa *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 141 ff.; ähnlich auch *Lieb*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327, 355 ff., die sich damit gegen jede »soziale« Interpretation des Verbraucherschutzgedankens im Sinne eines Sonderprivatrechts für »wirtschaftlich«, d.h. sozial oder marktfunktionell »Schwächere« wenden. A.A. dagegen etwa *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 195 ff.; *Reifner*, Alternatives Wirtschaftsrecht, S. 51 ff., 407 ff.; *Reich/Micklitz*, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, 1980, S. 1 ff.; *Reich*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187 ff.; *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, S. 30 ff.; *ders.*, Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, AG 1983, 57 ff.; *Hart/*

len des Schrifttums aus ähnlichem Grund auch das Kriterium der »strukturell ungleichen Verhandlungsmacht« bzw. der »vertraglichen Imparität« der Parteien.⁶⁷ Stattdessen wird oft versucht, materiale Korrekturen der Vertragsfreiheit unmittelbar auf den Gedanken fehlender »Selbstbestimmung« zurückzuführen und damit jede direkte Bezugnahme auf das ökonomisch-soziale Machtgefälle zwischen den Vertragschließenden zu vermeiden. Paradigmatisch hierfür ist die Ansicht von *Canaris*, der auf das Fehlen »tatsächlicher Entscheidungsfreiheit« abstellt und gerade die dadurch entstehende *Verbindung* zwischen einem formalen Gerechtigkeits- und einem materialen Freiheitsbegriff als charakteristisch für »liberales« Privatrechtsdenken ansieht.⁶⁸

Joerges, Verbraucherrecht und Marktökonomik, in: *Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, 1980, S. 83 ff.; *Simitis*, Verbraucherschutz: Schlagwort oder Rechtsprinzip?, 1976, S. 107 ff., 137 ff.; *E. v. Hippel*, Verbraucherschutz, 3. Aufl. 1986, S. 3 ff., 37. Die Wertungsgrundlagen dieser Debatte bleiben auch trotz der inzwischen entstandenen umfangreichen europarechtlichen Richtliniengesetzgebung und der Einbeziehung der wichtigsten Verbraucherschutzgesetze in das BGB weiterhin aktuell; vgl. etwa *Anw-Komm-BGB-Dauner-Lieb*, 2002, Einführung, S. 24 (»möglicherweise systemsprengend«).

⁶⁷ Dieses Kriterium legte bekanntlich das Bundesverfassungsgericht der Handelsvertreter- und Bürgschaftsentscheidung zugrunde; vgl. BVerfGE 81, 242, 254 f.; 89, 214, 232 ff. Auch im übrigen gehört der Gedanke gestörter Vertragsparität zu den am häufigsten verwendeten Topoi innerhalb der Verbraucher- und Arbeitnehmerschutzdebatte; vgl. zu Versuchen seiner Explikation etwa *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 199 ff.; *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität, 1982, S. 9 ff., 88 ff., *ders.*, Der Schutz des Schwächeren in der Krise, in: Festschrift Kraft, 1998, S. 251, 253 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 224 ff.; *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 217 ff.; *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 18 f., 101 ff.; *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 38 ff.; *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196 ff.; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, 1992, S. 103 ff., 160; *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rz. 100 ff., 805 ff., 843 ff.; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 129 ff.; *Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6 ff., 52 f., 55 f.; *Thüsing*, in: Festschrift Wiedemann, S. 559, 568 ff.; aus der amerikanischen Debatte bereits *Dawson*, Economic Duress – An Essay in Perspective, 45 Mich. L. Rev. 253, 289 (1947). Grundsätzliche Kritik an der die Vertragsbindung potentiell aushöhlenden Tendenz dieses Begriffs sowie seinem Leerformelcharakter üben jedoch *v. Stebut*, Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts, 1982, S. 209 ff., 219 f., 250 f., 318 f.; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz, S. 141 ff., *Zöllner*, Privatrechtsgesellschaft, S. 35 ff.; *ders.*, AcP 196 (1996), 11, 15 ff.; *ders.*, AcP 176 (1976), 221, 229 ff.; *Coester-Waltjen*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1, 18 ff.; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 36 ff.; *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?, 1994, S. 19 ff.; *ders.*, Abschied von der Privatautonomie?, in: Festschrift Münchener Juristische Gesellschaft, 1996, S. 9, 15 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 229; aus anderer Perspektive auch *Kennedy*, 41 Md. L. Rev. 563, 620 ff. (1982).

⁶⁸ Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 286 f. sowie insbes. 296 f. im Hinblick auf die Bürgschaftsrechtsprechung; ähnlich auch *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 7 ff. (»Der Begriff der Selbstbestimmung deckt sich mit jenem der materiellen Freiheit«); *Zöllner*, Privatrechtsgesellschaft, S. 42 ff.; *Thüsing*, in: Festschrift Wiedemann, S. 559, 568; zusammenfassend *Hönn*, in: Festschrift Kraft, S. 251, 254 ff. Am weitesten reicht der Ansatz von *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 101 ff., der das Bestehen »tatsächlicher Ent-

Doch selbst wenn man den Begriff einer »liberalen« Privatrechtskonzeption in diesem Sinne weit versteht, folgt daraus dennoch nicht, daß sich die darin enthaltenen formalen und materialen Wertungen in systemkonformer, normativ einheitlicher Weise miteinander vereinbaren lassen. Wesentlich ist nach hier vertretener Ansicht vielmehr, daß materiale Wertungen ihren *materialen* – also inhaltlich nicht neutralen und damit notwendig mit distributiven Folgewirkungen verbundenen – Charakter auch dann nicht verlieren, wenn sie lediglich auf der Ebene der Vertragsfreiheit eingreifen.⁶⁹ So führt etwa die Entscheidung darüber, ob und bei welchen Geschäften dem Verbraucher ein zusätzliches Widerrufsrecht zustehen soll, selbstverständlich zu distributiven Folgewirkungen: ökonomisch betrachtet, wirken sich derartige Schutzvorkehrungen zugunsten einer Vertragspartei wie die Belastung des Vertragspartners mit zusätzlichen Kosten aus; ein Effekt, der stets eine entsprechende Güterumverteilung und weitere distributive Folgeeffekte wie die Überwälzung des erhöhten Preises auf die Verbraucherseite verbunden mit sinkender Nachfrage sowie der Quersubventionierung verschieden leistungsfähiger Verbraucher untereinander bewirkt.⁷⁰ Insgesamt bedeutet dies also, daß *jede* Anerkennung materialer Vor-

scheidungsfreiheit« geradezu zum allgemeinen Wirksamkeitserfordernis vertraglicher Verpflichtung erheben will; kritisch dazu jedoch *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 18 ff.; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 220 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 193 ff.

⁶⁹ Diese Einsicht ist infolge des Einflusses des Legal Realism im amerikanischen Schrifttum wesentlich weiter verbreitet als im deutschen. Vgl. bereits *R. L. Hale*, Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 Pol. Sc. Qu. 470 ff. (1923), abgedruckt in *Fisher/Horwitz/Reed* (Hrsg.), American Legal Realism, 1993, S. 101 ff. sowie *ders.*, 43 Colum. L. Rev. 603 ff. (1943), der zeigte, daß sich die Grundregeln *jedes*, also auch des »liberalsten« Privatrechts – also die Institutionen des Eigentums, des bindenden Vertrags, der Modalitäten vertraglicher Lösung etc. – letztlich als staatliche *Verteilungsentscheidungen* auswirken, da in der arbeitsteiligen Gesellschaft *jedermann* – also keineswegs nur der Verbraucher, sondern gerade auch der Unternehmer – *zwingend* auf Vertragsschlüsse unter den vorgegebenen Bedingungen angewiesen ist, um sein Auskommen zu erwerben und seine Lebensbedürfnisse zu befriedigen. Das heißt also, daß die resultierende Güterverteilung stets unmittelbar durch die Grundordnung des Privatrechts gesteuert wird, die sich damit *niemals* distributiv neutral verhält. Vgl. dazu *B. Fried*, The Progressive Assault on Laissez Faire, 1998, S. 29 ff. Ähnlich aus dem neueren Schrifttum auch *Kennedy*, 41 Md. L. Rev. 563, 620 ff. (1982); *Kronman*, Contract Law and Distributive Justice, 89 Yale L. J. 472, 473 ff. (1980); *ders.*, 91 Yale L. J. 404, 417 ff. (1981); *de Jasay*, Justice and Its Surroundings, S. xii ff., 90 ff.

⁷⁰ Vgl. *Posner*, Economic Analysis of Law, 6. Aufl. 2003, S. 482 ff.; umfassend auch *Kennedy*, 41 Md. L. Rev. 563, 604 ff., insbes. 609 ff., 655 ff. (1982); *ders.*, The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing, 15 Fla. St. U. L. Rev. 485, 497 ff. (1987). Deutliche ökonomische Folgewirkungen in diesem Sinne besitzt etwa – wie sich zum Teil sogar am Börsenkurs der betroffenen Banken ablesen läßt – die immer mehr an Bedeutung gewinnende Rechtsprechung zur Anwendbarkeit verbraucherschützender Widerrufsrechte auf Haustürkredite und Kreditsicherungsgeschäfte; vgl. dazu etwa *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, S. 54 f., 61 f., 70, 87 ff.; *Auer*, Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts, ZBB 1999, 161 ff.

aussetzungen der Vertragsfreiheit *stets notwendig auch zur Existenz distributiver Wertungsstrukturen* innerhalb der Privatrechtsordnung führt.⁷¹

Dieser Schluß ist nach hier vertretener Ansicht selbst dann unausweichlich, wenn man entgegen dem bisher Ausgeführten doch von der Möglichkeit einer distributiv neutralen Materialisierung der Vertragsfreiheit ausgeht. Denn selbst dann wird man jedenfalls anerkennen müssen, daß die erforderliche *Abgrenzung* zwischen relevanten und irrelevanten Beeinträchtigungen der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit ihrerseits wieder distributive Folgewirkungen entfaltet und damit bei methodenehrlichem Vorgehen ebenfalls nur auf der Grundlage distributiver Kriterien getroffen werden kann.⁷² So kann es etwa erhebliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen haben, ob ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht alle oder nur bestimmte Arten von Verbraucherverträgen betrifft.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß eine Abgrenzung zwischen relevanten und irrelevanten Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit bereits aus dem Zusammenspiel der Prinzipien der Selbstbestimmung, Selbstbindung und Selbstverantwortung folge und damit eben doch auf rein »liberaler« Grundlage möglich sei,⁷³ denn Selbstbindung und Selbstverantwortung folgen, wie gesehen, ihrerseits aus der Anerkennung der Selbstbestimmung, verhalten sich also – als normative Grundlagen des Individualismus – nicht gegenläufig, sondern *gleichgerichtet* und erlauben damit gerade keine Abgrenzung.⁷⁴ Soweit also keine Selbstbestimmung vorliegt, besteht auch kein Anlaß, Selbstbindung und Selbstverantwortung einzufordern und umgekehrt; aber die Frage, *wann* dies nun der Fall ist und wann nicht, läßt sich auf dieser Grundlage ohne Zuhilfenahme materialer, distributiv nicht neutraler Wertungen gerade nicht beantworten.

b) Prozedurales Gerechtigkeitsdenken als Ausweg aus dem Dilemma zwischen formalen und materialen Wertungsstrukturen?

Damit bleibt zu erörtern, ob sich der Anspruch normativer Einheit und distributiver Neutralität des liberalen Privatrechtsmodells auf der Grundlage des Gedankens der *prozeduralen* Gerechtigkeit verwirklichen läßt, also einer Ge-

⁷¹ Die dementsprechend, methodenehrliches Vorgehen vorausgesetzt, auch nur auf der Grundlage distributiver Wertmaßstäbe adäquat begründet werden können. Vgl. *Canaris*, Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377, 385 ff., zur Falsifikation juristischer Theorien durch Unvereinbarkeit mit »Basis«- oder »Prüfsätzen«, der die Feststellung völliger Divergenz zwischen Theorie und tatsächlicher Problemstruktur nach hier vertretener Ansicht gleichsteht.

⁷² So etwa *Kronman*, 89 Yale L. J. 472, 478 ff. (1980) sowie *ders.*, 91 Yale L. J. 404, 417 ff. (1981); dazu kritisch *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 61.

⁷³ Vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 61 f.

⁷⁴ Vgl. bereits oben § 1 I a) Fn. 10.

rechtigkeitstheorie, die sich darauf beschränkt, Kriterien für ein gerechtes Verfahren des Zustandekommens privatautonomer Vereinbarungen anzugeben und die damit direkte Eingriffe in deren Inhalt vermeidet.⁷⁵ Grundlage einer prozeduralen Betrachtung der Vertragsgerechtigkeit ist also der Gedanke, daß ein gerechtes Vertragsschlußverfahren, das beiden Vertragspartnern gleichberechtigte Partizipationschancen einräumt, zwar keine Gewißheit, aber doch zumindest eine Chance nicht nur formaler, sondern *inhaltlicher*, materialer Angemessenheit des Vereinbarten gewährleistet.⁷⁶

Ist auf dieser Grundlage also eine normativ einheitliche Verbindung zwischen formaler Vertragsgerechtigkeit und materialer Vertragsfreiheit möglich? Die Antwort erfordert zunächst ein genaueres Verständnis der Struktur und Zwecksetzung prozeduralen Gerechtigkeitsdenkens. In der rechtsphilosophischen Diskussion, aus der der Gedanke der Verfahrensgerechtigkeit stammt, stellt dieser gemeinsam mit dem verwandten Ansatz der Diskursethik eine Strömung dar, die sich ihrem Selbstverständnis nach als Ausweg aus dem ethischen Dilemma zwischen formalem und materialem Gerechtigkeitsdenken begreift.⁷⁷ In diesem Sinne ist es etwa zu verstehen, wenn *Habermas* die Möglichkeit eines »prozeduralistischen« Rechtsparadigmas postuliert, das aus der Sackgasse füh-

⁷⁵ So insbesondere *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 282 ff., insbes. 286 f.; *ders.*, Iustitia distributiva, S. 50 f. Dieser Begriff der Verfahrensgerechtigkeit steht also in Einklang mit der entsprechenden rechtsphilosophischen Begriffsverwendung; vgl. etwa *A. Kaufmann*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, in: Festgabe Opatek, 1993, S. 187, 191 ff.; *Tschentscher*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, S. 118 ff.; *Hoffmann*, Verfahrensgerechtigkeit, 1992, S. 166 ff.

⁷⁶ Vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 46 ff., insbes. 49; *ders.*, AcP 200 (2000), S. 283 ff.; *ders.*, in: Festschrift Lerche, S. 873, 883 ff.

⁷⁷ Besonders deutlich wird dieses Bestreben anhand des von *H. M. Hart* und *A. Sacks* begründeten *Legal Process Movement*, das zwischen etwa 1955 und 1970 – also fast zeitgleich wie der Aufstieg der europäischen Diskursethik durch die Arbeiten *Perelmans* und *Habermas* – das amerikanische Rechtsdenken einer ganzen Generation – der »Legal Process Generation« – prägte, zu der unter anderem *Dworkin* gehörte. Ziel dieses Ansatzes war es, auf der Grundlage des Verfahrensgedankens zu einem neuen Legitimationsmodell staatlichen Handelns zu gelangen, das sowohl die Schwächen des durch den Realismus widerlegten Formalismus des 19. Jahrhunderts (vgl. dazu unten § 3 I 2 c)) als auch die Gefahren des Abgleitens in unbegrenzte Materialisierung vermeiden sollte, die die Erfahrung des Nationalsozialismus in Deutschland eindringlich vor Augen geführt hatte. Grundlegend *Hart/Sacks*, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958/1994, S. 4 ff.; dazu vgl. *Eskridge/Frickey*, *The Making of The Legal Process*, 107 Harv. L. Rev. 2031, 2040 ff., insbes. 2042 ff. (1994); *Horwitz*, *The Transformation of American Law, 1870–1960*, 1992, S. 250 ff.; *Purcell*, *The Crisis of Democratic Theory*, 1973, S. 159 ff. Ähnlich auch die Vertreter der europäischen Diskurstheorie ausgehend von der Unmöglichkeit der Letztbegründung materialer Gerechtigkeitsprinzipien; vgl. etwa *Apel*, *Diskurs und Verantwortung*, 1988, S. 352 ff.; 453 ff.; *Alexy*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3. Aufl. 1996, S. 36, 223 f.; zusammenfassend *A. Kaufmann*, *Über Gerechtigkeit*, S. 337 ff., 365 f.; kritisch *Engländer*, *Diskurs als Rechtsquelle?*, 2002, S. 41 ff.; *v. d. Pfordten*, in: *Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, S. 17, 32 ff.

ren soll, in der sowohl das »liberale« – d.h. formale – als auch das entgegengesetzte »sozialstaatliche« – d.h. materiale, paternalistische, umverteilungsorientierte – Rechtsparadigma stecken geblieben seien.⁷⁸ Und tatsächlich scheint der Verfahrensgedanke auf den ersten Blick geeignet, die Aporien beider Konzeptionen zu umgehen: so vermeidet er einerseits den »Formalismus« bzw. die »ethische Leere«, die den Preis formalen Gerechtigkeitsdenkens bildet, andererseits durch Beschränkung auf allgemein konsensfähige Verfahrensregeln aber scheinbar auch das mit allen materialen Gerechtigkeitskriterien verbundene Problem mangelnder Allgemeingültigkeit.

Dennoch ist dieser Gedanke eines eigenständigen »dritten Wegs« zwischen formalem und materialem Gerechtigkeitsdenken – ganz unabhängig von der Frage, ob es derartige »allgemein« konsensfähige Verfahrensregeln überhaupt geben kann –⁷⁹ nicht haltbar. Denn Kerngehalt prozeduralen Gerechtigkeitsdenkens ist letztlich *dieselbe* Verbindung zwischen der Gewährleistung tatsächlicher, materialer Partizipationschancen und gleichzeitiger Ergebnisneutralität, die auch für die bereits erörterte »liberale« Kombination von formalem Gerechtigkeits- und materialem Freiheitsdenken kennzeichnend war. Der Verfahrensgedanke besitzt also keinen über diese Verbindung hinausgehenden ethischen Gehalt.⁸⁰ Daraus folgt jedoch, daß eine normativ einheitliche, distributiv neutrale Verbindung von formalen und materialen Wertungen auch auf der Grundlage des Verfahrensgedankens nicht möglich ist: denn wie bereits die Materialisierung der Vertragsfreiheit beruht damit auch deren Prozeduralisierung – also jeder Ansatz zur Herstellung tatsächlicher »Chancengleichheit« der Vertragsschließenden – auf Wertungen, die zu distributiv relevanten Abweichungen von der unter rein formalen Voraussetzungen entstehenden Güterzuordnung führen und mithin gerade *nicht* auf distributiv neutralem Wege begründet werden können.⁸¹

⁷⁸ Vgl. *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 493 ff.; dagegen jedoch kritisch *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 291, der sich im Ergebnis zurecht gegen eine derartige Verselbständigung des Verfahrensgedankens wendet, diesen dabei aber andererseits zu sehr mit dem – *nicht* inhaltsgleichen – Gedanken der formalen Gerechtigkeit identifiziert.

⁷⁹ Dagegen spricht, daß auch dieser Annahme wieder der jeder materialen Ethik entgegenstehende Einwand mangelnder Universalisierbarkeit entgegengehalten werden kann. Vgl. zurecht kritisch *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 41 ff., 88 ff.; *A. Kaufmann*, Die Entwicklung der Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, in: *Kotsiris* (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, 1994, S. 25, 43; *v. d. Pfordten*, in: *Schulz* (Hrsg.), *Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung*, S. 17, 27, 33.

⁸⁰ So zutreffend *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 291; vgl. auch bereits *ders.*, *Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung – Gedanken vor dem Hintergrund der »Eumeniden« des Aischylos*, JuS 1996, 573, 577.

⁸¹ Auch dies ist nach hier vertretener Ansicht wieder ein Gebot der Methodenehrlichkeit; vgl. dazu bereits oben § 1 II 3 a) mit Fn. 71.

c) Insbesondere: Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus und der Gedanke der ausgleichenden Gerechtigkeit

Insgesamt ist das Spannungsverhältnis zwischen den formalen und materialen Wertungsstrukturen des Privatrechts also auch auf der Grundlage des Verfahrensgedankens unauflösbar. Dies sei nun abschließend noch an zwei Sonderformen prozeduralen Gerechtigkeitsdenkens demonstriert, die sich auf den ersten Blick sogar als besonders charakteristische Ausprägungen genuin »liberalen«, distributiv neutralen Privatrechtsdenkens darstellen: zum einen an der auf *Schmidt-Rimpler* zurückgehenden »Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus«⁸² sowie zum anderen anhand des Gedankens der ausgleichenden Gerechtigkeit bzw. *iustitia commutativa* im Sinne von *Aristoteles*.⁸³

Schmidt-Rimplers Lehre von der »Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus« beruht auf dem Gedanken, daß der »Mechanismus« des Vertragschlusses infolge des von ihm ausgeübten Zwangs zu wechselseitigem Entgegenkommen und damit im Idealfall zur gleichgewichtigen Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsparteien jedenfalls mit gewisser Wahrscheinlichkeit erwarten läßt, daß das Vereinbarte auch *inhaltlich* »richtig« bzw. material gerecht ist.⁸⁴ Im Schrifttum wird dieser Gedanke zumeist – *Schmidt-Rimplers* ursprünglicher Intention allerdings geradezu entgegengesetzt –⁸⁵ als Inbegriff

⁸² *Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130 ff.; *ders.*, Zum Vertragsproblem, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 3 ff.

⁸³ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kap. 5 ff., 1130b ff.

⁸⁴ Vgl. *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 149 ff., insbes. 152 ff.; *ders.*, in: Festschrift Raiser, S. 3, 5 f. Dabei ist hervorzuheben, daß *Schmidt-Rimpler* selbst aus seiner Konzeption keineswegs eine unbedingte »Gewähr«, sondern lediglich eine gewisse »Wahrscheinlichkeit« der Richtigkeit des Vereinbarten ableitet (vgl. Festschrift Raiser, S. 12), so daß die entsprechende Kritik, die im Schrifttum verbreitet geäußert wurde (vgl. bereits *Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, S. 101, 118; *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 73 f.; aus neuerer Zeit *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 49; *ders.*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, S. 281, 286; *ders.*, in: Festschrift Lerche, S. 873, 883 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 190 f.), über ihr Ziel hinauschießt; vgl. in diesem Sinne bereits *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 52.

⁸⁵ Meist wird nicht hinreichend beachtet, daß *Schmidt-Rimpler* in seiner ursprünglichen Konzeption gerade nicht auf eine »liberale« Rechtfertigung der Privatautonomie, sondern ganz im Gegenteil auf eine *materiale* Theorie gesamtgesellschaftlicher »Richtigkeit« zielte (vgl. AcP 147 (1941), 130, 132). *Schmidt-Rimpler* versuchte also nicht etwa, die Ergebnisse privatautonomes Handelns als von vornherein materiell »richtig« zu sanktionieren, sondern verstand den Begriff der Richtigkeit gerade *umgekehrt* als zumindest teilweise objektiven, von außen anzulegenden Maßstab des Gerechtigkeitsgehalts privatautonomes Handelns und lehnte den Gedanken der Selbstbestimmung bzw. Privatautonomie als »Rechtsgrundlage« des Gewollten dementsprechend sogar ausdrücklich ab (vgl. AcP 147 (1941), 130, 155 f., 159; einschränkend jedoch Festschrift Raiser, S. 10 f.), dies allerdings mit dem Ziel, die Institution des Vertrags vor dem Zugriff der autonomiefeindlichen NS-Gesetzgebung zu bewahren (vgl. Festschrift Raiser, S. 9); dazu eindringlich *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5. Aufl. 1997, S. 366 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 51.

»liberalen« Vertragsdenkens im Sinne einer »aus dem Zusammenwirken aller Egoisten sich ergebende(n) Harmonie«,⁸⁶ also des Anspruchs der Legitimation beliebiger Vertragsinhalte auf der Grundlage formaler Privatautonomie interpretiert und zum Teil kritisiert.⁸⁷ Demgegenüber hat jedoch vor allem *Canaris* gezeigt, daß es *Schmidt-Rimplers* Lehre besser gerecht wird, sie als Ausdruck einer prozeduralen Gerechtigkeitskonzeption zu deuten, in deren Mittelpunkt das *Verfahren* des Vertragsschlusses als beidseitig zwingender Mechanismus des gerechten Interessenausgleichs zwischen den Parteien steht.⁸⁸

Doch schließt man sich dem an, folgt daraus wiederum, daß ein in diesem Sinne verstandener prozeduraler, d.h. – wie gesehen – stets auch *materialer* Richtigkeitsanspruch mit einem konsequent *formalen* Begriff der Vertragsgerechtigkeit gerade nicht vereinbar ist. Deutlich hat dies *Flume* erkannt: »Der Vertrag ist ›richtig‹, weil und soweit er von der beiderseitigen Selbstbestimmung der Vertragsschließenden getragen ist. ... Darüber hinaus wäre das Urteil des ›richtig‹ oder ›unrichtig‹ als rechtliches Urteil über den Inhalt der privatautonomen Gestaltung ein Widerspruch in sich. ... Die Gestaltung aus Selbstbestimmung in einem Rahmen, der nach der Rechtsordnung der Selbstbestimmung überlassen ist, ist einem rechtlichen Urteil, ob sie ›richtig‹ ist, unzugänglich.«⁸⁹ Anders gewendet, ist der Gedanke der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus gerade *nicht* mit dem Gedanken der formalen Gerechtigkeit deckungsgleich, sondern gewährt im Fall des Versagens des Vertragsmechanismus vielmehr doch wieder breiten Raum für dessen Durchbrechung auf der Grundlage materialer, also distributiv nicht neutraler Wertungen; ein Umstand, der etwa daran ersichtlich ist, daß der Gedanke der Richtigkeitsgewähr

⁸⁶ *Raiser*, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentags, S. 101, 118.

⁸⁷ Zustimmend auf dieser – *Schmidt-Rimpler* jedoch gerade nicht gerecht werdenden – »liberalen« Grundlage etwa *Zöllner*, AcP 176 (1976), 221, 236 ff., 246; *Bydlinski*, Privatautonomie, S. 62; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 6 I, S. 79; *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1, 14; *Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 6; differenzierend auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 174 f., 190 f.; *Habersack*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen, S. 66 ff., 160; kritisch hingegen vor allem *Raiser*, in: Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, S. 101, 118 ff.; *ders.*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.; ferner *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 69 ff.; *Kramer*, Krise, S. 40; *Badura*, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 176 (1976), 119, 128; *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 23 ff.; *Lobinger*, Privatautonome Gestaltung oder Prinzipienpluralismus als Grundlage rechtsgeschäftlicher Bindungen?, in: *Krebs* u.a. (Hrsg.), Summum ius, summa iniuria, 1995, S. 77, 83. Deutlich erkannt (und kritisiert) wird die abweichende Zielrichtung *Schmidt-Rimplers* allerdings von *Canaris*, in: Festschrift Lerche, S. 873, 883; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 9 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 52 f. sowie *Rieble*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, Rz. 832 ff.

⁸⁸ Vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 46 ff., insbes. 49; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 283 ff.; *ders.*, in: Festschrift Lerche, S. 873, 883 ff.; ähnlich ferner *Hönn*, Vertragsparität, S. 12 ff.

⁸⁹ *Flume*, AT BGB, 2. Bd., § 1/6a, S. 8; ähnlich bereits *ders.*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 142 f.; vgl. auch *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 222 f.

teilweise sogar zur Rechtfertigung der richterlichen Inhaltskontrolle – also eines der weitreichendsten materialen Eingriffe auf der Ebene der Vertragsgerechtigkeit (!) – herangezogen wird.⁹⁰

Unvermeidbar ist die Relevanz distributiver Wertungen innerhalb des Privatrechts nach hier vertretener Ansicht schließlich selbst dann, wenn man dieses als Domäne ausgleichender bzw. kommutativer Gerechtigkeit ansieht, die in *Aristoteles'* Theorie der Gerechtigkeitsformen dem Gedanken austeilender bzw. distributiver Gerechtigkeit bekanntlich gerade entgegengesetzt ist.⁹¹ Nach *Aristoteles* betrifft der Gedanke distributiver Gerechtigkeit das Problem der gerechten, aber nicht notwendig gleichen Zuteilung von Gütern an mehrere Individuen durch eine übergeordnete, verteilende Instanz, also Gerechtigkeit in Ansehung der Person, während sich der Gedanke kommutativer Gerechtigkeit auf den Bereich des Güteraustauschs unter Gleichgeordneten beschränkt und in diesem Verhältnis allein den Maßstab strikter, arithmetischer Gleichwertigkeit, also Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person gelten läßt.⁹² Daraus folgt

⁹⁰ Vgl. exemplarisch *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 51 ff., 55 ff., 73 ff. und *passim*. Dabei entbehrt es nicht der Ironie, daß *Fastrich* den Gedanken der Richtigkeitsgewähr einerseits – entgegen *Schmidt-Rimpler's* Absicht – als Ausdruck des Selbstbestimmungsgedankens interpretiert, ihm mit der richterlichen Inhaltskontrolle aber andererseits eine wesentlich weitergehende Befugnis zur Einschränkung eben dieser Selbstbestimmung entnimmt, als *Schmidt-Rimpler* selbst für zulässig erachtet hätte; vgl. dazu ausdrücklich *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, S. 56 mit Fn. 212 im Vergleich mit *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130, 157, 167.

⁹¹ In diesem Sinne etwa *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 121 f.; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 14, 33 f., 45, 75 ff.; *ders.*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, S. 281, 283 ff.; *ders.*, AcP 200 (2000), 273, 285; *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 55 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 410; *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, S. 195 f.; ähnlich vom Standpunkt der angloamerikanischen Corrective Justice Theory auch *Weinrib*, The Idea of Private Law, 1995, S. 56 ff.

⁹² Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Kap. 5, 1130b – Kap. 7, 1132b; dazu etwa *Salomon*, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles, 1937, S. 24 ff., insbes. 26; *Kelsen*, Aristotle's Doctrine of Justice, in: *ders.*, What is Justice?, 1960, S. 110, 126 ff.; *Bien*, Gerechtigkeit bei Aristoteles, in: *Höffe* (Hrsg.), Die Nikomachische Ethik, 1995, S. 135, 149 ff.; *Küster*, Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit nach Aristoteles, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 541 ff.; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 9 ff.; *ders.*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, S. 281, 283 ff.; jeweils m.w.N. Abweichend zur Interpretation der ausgleichenden Gerechtigkeit als »iustitia correctiva« jedoch *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 13 ff. sowie vor allem *Honsell*, Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: Festschrift Mayer-Maly, 2002, S. 287, 289 ff. Danach bezieht sich diese auf die staatliche Aufgabe der »Korrektur« gestörter Güteraustauschbeziehungen im Privatrechtsverkehr, also nicht auf den Gerechtigkeitsgehalt des freiverantwortlich geschlossenen Vertrags, sondern auf »die Beseitigung von Ungleichheit und Ungerechtigkeit unter Privaten, ... insbesondere in den Fällen, in denen der Staat an die Rolle einer (schwächeren) Partei anknüpft, um deren Schutz auch im Privatrecht zu gewährleisten« (*ebd.*, S. 296). Dies führt vom hier vertretenen Standpunkt aus jedoch nicht zur Widerlegung, sondern gerade umgekehrt zur Bestätigung der These, daß das Privatrecht in diesen Fällen genuin distributive Wirkungen entfaltet. Vgl. dazu noch unten Fn. 100.

jedoch, daß auch die kommutative Gerechtigkeit mit der Gewährleistung der »Gleichordnung« der Beteiligten immer schon – in *Radbruchs* Worten – »einen Akt der austeilenden Gerechtigkeit voraus(setzt), der den Beteiligten die Gleichberechtigung, die gleiche Verkehrsfähigkeit, den gleichen Status verliehen hat,«⁹³ also auf einer elementaren Verteilungsentscheidung beruht, die nur auf der Grundlage materialer und damit distributiv nicht neutraler Kriterien möglich ist.

Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß die privatrechtliche Handlungsfreiheit nicht auf Verleihung beruhe, sondern dieser immer schon vorausgehe, so daß für eine entsprechende Verteilungsinstanz kein Raum sei,⁹⁴ denn die Existenz einer solchen folgt bereits daraus, daß es kein privatrechtliches Handeln außerhalb eines detaillierten Rahmens privatrechtlicher Grundnormen gibt, der das Produkt privatrechtlicher Gesetzgebung und Rechtsprechung und damit zweifelsohne *hohheitlicher*, zuteilender Tätigkeit ist.⁹⁵ Selbst im Kernbereich der Privatautonomie ist damit *jede* privatrechtliche Handlung in vielfältiger Weise – durch die Gewährleistung der Vertragsfreiheit und durch die Anerkennung der Geschäftsfähigkeit der Parteien,⁹⁶ durch Wirksamkeitsvoraussetzungen, Auslegungsregeln, Sanktionen und andere Modalitäten der Rechtsentstehung und Rechtsdurchsetzung – durch die Grundstrukturen der durch Gesetz und Rechtsprechung geschaffenen Privatrechtsordnung determiniert.⁹⁷ »Reine« kommutative Gerechtigkeitsstrukturen, die nicht zumindest

⁹³ *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 122. Daraus folgt also – wie *Radbruch* selbst darlegt – daß die austeilende Gerechtigkeit die Urform der Gerechtigkeitsformen darstellt, während die ausgleichende Gerechtigkeit nur den unselbständigen Grenzfall der Annahme absoluter Gleichheit betrifft. Vgl. im Sinne dieser »normativen Vereinigungstheorie« beider Gerechtigkeitsformen etwa *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947, § 7; *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 406 f.; kritisch dagegen *Röckerath*, Umverteilung durch Privatrecht?, ARSP 83 (1997), 506, 520 f., 530; *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 27 f.

⁹⁴ Vgl. *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 27 f.; ähnlich auch *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S. 19 f.

⁹⁵ So im Ergebnis auch *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 13: »Denn zumindest bei unerlaubten Handlungen, grundsätzlich aber auch bei Vertragsverletzungen muß *notwendigerweise* eine Instanz vorhanden sein, die eine Sanktion festlegt.« Vgl. auch *Auer*, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73 (2002), S. 27 sowie oben § 1 II 3 a) Fn. 69 m.w.N.

⁹⁶ Dies ist die unabweisbare Konsequenz, wenn man sich den oben erläuterten Standpunkt *Radbruchs* zueigen macht (vgl. soeben Fn. 93); a.A. jedoch *Röckerath*, ARSP 83 (1997), 506, 530 sowie *Canaris*, Iustitia distributiva, S. 28 auf der Grundlage des der Rechtsordnung bereits vorausliegenden Gleichheitsideals der Staats- und Sozialvertragstheorien. Zu einem insoweit weniger optimistischen Bild des »status naturalis« vgl. allerdings bereits *Hobbes*, Leviathan, 1651/1991, Kap. 18, S. 128: »Selbst die größten Unannehmlichkeiten bei jeder Staatsverfassung sind kaum fühlbar im Vergleich zu dem Elend und Schrecken eines Bürgerkriegs oder eines Naturzustandes ohne Gesetz und ohne Zwangsgewalt, welche die Hände der Menschen vor Raub und Rache zurückhalten könnte.« Übersetzung nach *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 114 ff.

⁹⁷ Vgl. *Auer*, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73 (2002), S. 27 sowie oben § 1 II 3 a) Fn. 69 m.w.N.

den distributiven Akt der Gewährleistung privatrechtlicher Handlungsfreiheit voraussetzen, existieren nach hier vertretener Ansicht also nicht.⁹⁸

Selbst wenn man eine derart extensive Interpretation des Verteilungsgedankens jedoch ablehnt,⁹⁹ wird man nicht umhin kommen, zumindest die zwingenden Grenzen der Vertragsfreiheit wie §§ 104 ff., 138 Abs. 1, 307, 312 ff., 313, 491 ff. BGB wenigstens insoweit, als ihnen im Gegensatz zum dispositiven Vertragsrecht gerade nicht nur *vertragsimmanente*, sondern auch *vertragsfremde* Wertungen zugrundeliegen, dem Bereich distributiver Gerechtigkeit zuzurechnen und damit anzuerkennen, daß distributive Wertungen eben doch gerade auch in den Kernbereichen des Privat- und Vertragsrechts eine wesentliche Rolle spielen.¹⁰⁰

⁹⁸ Ähnlich auch *de Jasay*, *Justice and Its Surroundings*, S. xii ff., 90 ff.; a.A. vor allem *Honsell*, in: *Festschrift Mayer-Maly*, S. 287, 295 ff., der auf der Grundlage seiner Interpretation der ausgleichenden Gerechtigkeit als *iustitia correctiva* jede Relevanz distributiver Gerechtigkeitsstrukturen im Privatrecht ablehnt. Teilweise ähnlich auch *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 32 ff., 35, 44, 119, 125 ff.; *Röckrath*, ARSP 83 (1997), 506, 530 f. (Regel-Ausnahme-Verhältnis mit grundsätzlichem Vorrang der *iustitia commutativa*).

⁹⁹ So etwa *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 13; *Röckrath*, ARSP 83 (1997), 506, 530 f. unter dem Aspekt, daß die Unterscheidung zwischen den beiden Gerechtigkeitsformen sinnlos wäre, wenn jeder staatliche Akt zugleich als distributive Verteilungsentscheidung zu qualifizieren wäre. Dieser Schluß ist jedoch keineswegs zwingend, da die Einsicht in die notwendige distributive Überlagerung der kommutativen Gerechtigkeit den heuristischen Wert dieser Unterscheidung unberührt läßt. Auch vom hier vertretenen Standpunkt aus ist es möglich und fruchtbringend, etwa die elementaren Voraussetzungen des Vertragsschlusses wie Rechtsfähigkeit, Geschäftsfähigkeit und Freiheit von Irrtum, Täuschung und Drohung dem Bereich der kommutativen Gerechtigkeit, offen distributiv motivierte Regelungen wie im Arbeits-, Miet- und Verbraucherschutzrecht hingegen der distributiven Gerechtigkeit zuzuordnen. Nur darf dies nicht den Blick darauf verstellen, daß *jede* kommutative Gerechtigkeitsstruktur distributive Grundentscheidungen voraussetzt.

¹⁰⁰ So im Ergebnis auch *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 13 ff., der anerkennt, daß »die Abgrenzung zwischen *iustitia distributiva* und *iustitia commutativa* schwierig ist und beide Gerechtigkeitsformen nicht selten miteinander verbunden, ja bis zur Untrennbarkeit ineinander verschlungen sind« (*ebd.*, S. 14). A.A. dagegen *Honsell*, in: *Festschrift Mayer-Maly*, S. 287, 296 ff., der jede Form der Beseitigung von Ungleichheit im Privatrecht, also insbesondere auch den Fall, daß »der Staat dem Schwächeren ... zum Ausgleich seiner ›Bedürftigkeit‹ proportional mehr Rechte zuteilt«, dem Bereich der »*iustitia correctiva*« zuordnet (*ebd.*, S. 297). Danach umfaßt die *iustitia correctiva* also, vereinfachend ausgedrückt, jede Maßnahme zur Herstellung von Gleichheit, während für die distributive Gerechtigkeit nur noch die bewußte Herstellung von Ungleichheit übrig bleibt. Selbst wenn dieser Interpretation jedoch, wie von *Honsell* beansprucht, größere Quellentreue zugutezuhalten ist (*ebd.*, S. 297), ist sie jedenfalls deshalb vorliegend ungeeignet, weil sie verschleiern, daß auch die im Bereich der *iustitia correctiva* erforderlichen »Korrekturen« auf genuin staatlichen Zuteilungsentscheidungen beruhen und damit distributive Folgeeffekte auslösen. Entgegen *Honsell* ist es keineswegs »selbstverständlich«, sondern gerade material-distributiv begründungsbedürftig, daß und wie »Gesetzgeber und Richter ... letztlich über das Recht unter den Parteien entscheiden« (*ebd.*, S. 295), so daß es naheliegt, zwingende Beschränkungen der Privatautonomie unter dem Aspekt distributiver Gerechtigkeit zu betrachten. Vgl. insoweit ähnlich auch *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 8, 13 ff. sowie insbes. 78 ff.

Zusammenfassend ist damit festzuhalten, daß sich der formale Gerechtigkeitsanspruch des liberalen Privatrechtsmodells weder auf der Grundlage des Verfahrensgedankens noch der verwandten Gedanken der Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus sowie der ausgleichenden Gerechtigkeit in normativ einheitlicher, distributiv neutraler Weise mit den erörterten Materialisierungsercheinungen auf der Ebene der Vertragsfreiheit verbinden läßt. Anders gewendet, scheint der Konflikt zwischen formalem und materialem Wertedenken also selbst dann unauflösbar zu sein, wenn man materialen Wertungen lediglich im Bereich der Vertragsfreiheit Bedeutung zumißt.

d) Das Spannungsverhältnis zwischen formaler und materialer Vertragsfreiheit als Ausprägung des Grundwiderspruchs zwischen Individualismus und Kollektivismus

Nach hier vertretener Ansicht ist dies nun kein Zufall, sondern wiederum – nicht anders als der Widerspruch zwischen formaler und materialer Vertragsgerechtigkeit – Ausdruck des der gesamten Privatrechtsordnung zugrundeliegenden Wertungskonflikts zwischen Individualismus und Kollektivismus. Vom hier vertretenen Standpunkt aus stellen sich also sämtliche Materialisierungsercheinungen auf der Ebene der Vertragsfreiheit – auch und gerade dann, wenn sie erforderlich sind, um die Funktionsbedingungen des liberalen Vertragsmodells überhaupt erst »herzustellen« – als Ausdruck kollektivistischer Wertungsstrukturen dar, da ihr normativer Kerngehalt *stets* darin liegt, eine der beiden Vertragsparteien zur fremdverantwortlichen Rücksichtnahme auf die andere Partei zu zwingen und dadurch eine Umverteilung der beiderseitigen vertraglichen Partizipationschancen herbeizuführen.

Deutlich wird dies etwa nochmals anhand des Beispiels vorvertraglicher Informationspflichten: zwar stellt sich deren Einführung auf den ersten Blick geradezu als Inbegriff einer Maßnahme zur Gewährleistung der Voraussetzungen »liberalen« Vertragsdenkens dar.¹⁰¹ Dabei wird jedoch meist übersehen, daß sich die Umverteilung von Information in keiner Weise prinzipiell von jeder anderen Umverteilung privatrechtlich geschützter Güter und Chancen unterscheidet, stellt doch, wie *Canaris* treffend ausführt, »ein – oft mit erheblichen Kosten oder besonderem Know how erarbeiteter – Informationsvorsprung grundsätzlich ein schutzwürdiges Gut dar, dessen Preisgabe die Rechtsordnung nicht ohne weiteres verlangen kann.«¹⁰² Kurz: die Frage zu stel-

¹⁰¹ Vgl. bereits oben § 1 II 3 a) mit Fn. 61.

¹⁰² *Canaris*, *Iustitia distributiva*, S. 48; vgl. auch treffend *ebd.*, S. 62 f. dazu, daß gerade die Statuierung von Informationspflichten ein Einfallstor für distributive Kriterien darstellen könne. Nach hier vertretener Ansicht ist dieser Schluß in der Tat unausweichlich, da auch die Umverteilung von Information – wie jede andere Umverteilung – komplexe ökonomische Folgewirkungen nach sich ziehen kann, die eine Bewertung unter Aspekten der Verteilungsge-

len, ob die Vertragsparteien in der Lage sind, von ihrer Selbstbestimmungsfreiheit *tatsächlichen* Gebrauch zu machen, heißt diesen individualistischen Standpunkt eben doch gerade wieder zur Disposition zu stellen und durch distributive oder paternalistische, d.h. genuin *kollektivistische* Wertungen zu modifizieren.

4. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen individualistischem und kollektivistischem Gerechtigkeitsdenken im Privatrecht

Damit stellt sich nun abschließend die Frage, welche Funktion den Generalklauseln im Zusammenhang der Bewältigung dieses Grundwiderspruchs zukommt.

a) Generalklauseln als »Einfallstore« materialer Wertungen?

Wie bereits die bisher erörterten Beispiele der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, der richterlichen Inhaltskontrolle, der Entwicklung vorvertraglicher Aufklärungspflichten sowie der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften gezeigt haben, gehen offenbar eine Vielzahl von Materialisierungserscheinungen im geltenden Privatrecht auf eine Anwendung der Generalklauseln zurück.¹⁰³ Offensichtlich besitzen diese im Zusammenhang der zunehmenden Materialisierung des Privatrechtsdenkens also eine wesentliche Funktion. Doch worin besteht diese nun im einzelnen?

Üblich ist es, die Generalklauseln – meist unter Anführung der genannten Beispiele – als »Einfallstore materialer Wertungen« in das Privatrechtsdenken zu charakterisieren.¹⁰⁴ Dieses Bild erweckt also – überspitzt formuliert – den Eindruck, daß die Privatrechtsordnung frei von entsprechenden Durchbrüchen materialer Gerechtigkeitskriterien wäre, wenn es keine Generalklauseln gäbe;

rechtigkeit unabdingbar erscheinen lassen. Vgl. dazu umfassend *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 93 ff., 234 ff., 567 ff.

¹⁰³ Vgl. dazu statt aller *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 315 ff.

¹⁰⁴ Paradigmatisch in diesem Sinne bereits *Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln, S. 58: »Alle Kulturwerte ... sollen mittels der Generalklauseln ihren Eingang in das Rechtsganze finden«; ähnlich auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 317 und *passim*; *AK-BGB-Teubner*, Band 2, 1980, § 242 Rz. 5; *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 224 ff.; *Kramer*, Methodenlehre; S. 53 f.; *Mayer-Maly*, Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, 801, 803; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997, S. 138 ff.; *ders.*, AcP 201 (2001), 1, 6 f.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 52 ff.; *R. Weber*, AcP 192 (1992), 516, 519 ff.; *W. Weber*, Die Generalklauseln im Recht und die soziale Gerechtigkeit, in: Festschrift Schreiber, 1969, S. 39 ff.; treffend zu dieser Sichtweise auch *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 8.

daß sich die Generalklauseln also gerade durch die normlogische Eigenschaft, derartige Durchbrüche zu ermöglichen, von anderen Normen der Privatrechtsordnung unterscheiden. Auf dieser Grundlage könnte man also etwa argumentieren, daß es keine Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gäbe, wenn das BGB nicht ursprünglich mit der Generalklausel des § 242 BGB einen geeigneten normativen Anknüpfungspunkt für deren Entwicklung bereitgehalten hätte, oder anders gewendet, daß die Entwicklung von Rechtsfiguren wie der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage geradezu der Generalklausel des § 242 BGB zu verdanken sei.¹⁰⁵

b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen Individualismus und Kollektivismus im Privatrecht

Nach hier vertretener Ansicht geht diese Sichtweise jedoch an der eigentlichen Funktion der Generalklauseln vorbei: materiale Wertungen sind nicht deshalb Bestandteil des geltenden Rechts, weil die Generalklauseln ihre Einbeziehung ermöglichen, sondern vielmehr konnten sich die Generalklauseln gerade umgekehrt nur deshalb zu offenen Wertungstatbeständen entwickeln, weil der materiale Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus und damit auch der Druck, als ungerecht empfundene Ergebnisse formalen Privatrechtsdenkens durch materiale Wertungen zu korrigieren, der Privatrechtsordnung *von Anfang an* zugrunde lag und sich vor allem während Zeiten starker gesellschaftlicher Wertverschiebungen ein Ventil suchte. Kurz: nicht erst die Generalklauseln machten die Einbeziehung materialer Gerechtigkeitskriterien möglich, sondern gerade *umgekehrt* führte der in der Privatrechtsordnung *von vornherein* angelegte materielle Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus zur Entstehung der Generalklauseln in ihrer heutigen Form. Generalklauseln sind nicht Grund, sondern Folge der Existenz materialer bzw. kollektivistischer Wertungsstrukturen im Privatrechtsdenken; sie dienen nicht dazu, kollektivistische Gerechtigkeitskriterien in das Privatrecht einzubeziehen, sondern das dort bereits angelegte, historisch wandelbare Spannungsverhältnis zwischen Individualismus und Kollektivismus immer wieder von neuem zum Ausgleich zu bringen.¹⁰⁶

Dies sei abschließend nochmals am Beispiel der Entwicklung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gezeigt, die, ursprünglich auf eine theoretische

¹⁰⁵ Auch dies ist selbstverständlich wieder – um der Verdeutlichung der hier vorgetragenen These willen – nur im Sinne einer Zuspitzung gemeint, die in dieser Form in der Diskussion nicht existiert.

¹⁰⁶ Vgl. zu einer ähnlichen Analyse im Hinblick auf die Entwicklung des amerikanischen Privatrechtsdenkens seit dem 19. Jahrhundert bereits *Kennedy, Rise and Fall*, S. 99 ff., 246 f.; *ders.*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1725 ff. (1976) sowie noch näher unten § 4 I 1.

Abhandlung *Oertmanns* zurückgehend,¹⁰⁷ durch die Inflationsrechtsprechung des Reichsgerichts während der frühen zwanziger Jahre im Bereich von § 242 BGB verankert wurde und erst *dadurch* zur Herausbildung des »Generalklauselcharakters« dieser zuvor eher unbedeutenden Vorschrift führte.¹⁰⁸ Wesentlich ist also, daß die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht etwa deshalb auf § 242 BGB gestützt wurde, weil mit dieser Vorschrift schon eine geeignete Generalklausel bereitstand, sondern daß gerade *umgekehrt* die Heranziehung dieser Vorschrift dazu führte, daß diese seitdem als Generalklausel wahrgenommen und weiterentwickelt wurde. Daß gerade § 242 BGB und nicht etwa der Gedanke der »wirtschaftlichen Unmöglichkeit« als Ausgangspunkt dieser Entwicklung diene, stellt sich vom hier vertretenen Standpunkt also letztlich als rechtshistorischer Zufall dar.¹⁰⁹

Dagegen mag man zwar einwenden, daß etwa die Maßstäbe der §§ 242, 138 Abs. 1 BGB keineswegs völlig austauschbar sind¹¹⁰ und eine Vorschrift wie

¹⁰⁷ Grundlegend *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage, 1921, S. 37, ausgehend von der gemeinrechtlichen Lehre von der »Voraussetzung«, die von den Verfassern des BGB noch ausdrücklich abgelehnt worden war; vgl. *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, Band 1, §§ 97 ff., insbes. die Bemerkung nach §§ 97–100, S. 518 f.; Protokolle, Bd. II, S. 690 f. Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts vgl. RGZ 100, 129, 130 ff. (noch auf der Grundlage der *clausula*-Lehre); RGZ 103, 328, 332 ff. (Leitentscheidung zur Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage); RGZ 107, 78, 87 ff. (Durchbrechung des Nominalwertgrundsatzes – »Mark gleich Mark«); RGZ 112, 329, 334. Aus der unübersehbaren Literatur vgl. *Locher*, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923), 1 ff.; *Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, 3. Aufl. 1963, S. 5 ff.; *Wieacker*, Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und *Clausula rebus sic stantibus*, in: Festschrift Wilburg, 1965, S. 229 ff.; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 38 ff.; *Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit, 1996, S. 51 ff., insbes. 175 ff.; *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflicht, S. 309 ff., 379 ff.; *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, 1988, S. 55 ff.; *Rückert*, Richterrecht seit Weimar?, in: Festschrift Gagnér, 1996, S. 203, 209 ff.; *Dawson*, The Oracles of the Law, 1968, S. 466 ff.; *ders.*, Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914–1924, 33 Mich. L. Rev. 171 ff. (1934); *ders.*, Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany, 63 B. U. L. Rev. 1039 ff. (1983).

¹⁰⁸ Vgl. zu dieser »Entdeckung« des § 242 BGB etwa *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 50; *Dawson*, Oracles, S. 465 ff.; relativierend auch *Klemmer*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit, S. 367 ff., 437 ff.; *Luig*, Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909, in: Festschrift Wiedemann, 2002, S. 85 ff.; *HKK-Vogelauer*, §§ 133, 157 Rz. 105 ff. m.w.N.

¹⁰⁹ Der Gedanke der »wirtschaftlichen Unmöglichkeit«, daß sich die Leistung infolge der veränderten Preis- und Kostenrelation geradezu als eine »völlig andere« als die geschuldete darstellen könne, lag etwa noch RGZ 99, 258, 259 f. zugrunde, wurde jedoch neben einer Reihe anderer Konstruktionen (Unzumutbarkeit, *clausula rebus sic stantibus*) kurz darauf von der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängt; vgl. *Dawson*, Oracles, S. 467; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 13 ff. *Windscheid* (Die Voraussetzung, AcP 78 (1892), 161, 197) behielt also mit seiner Prophezeiung Recht, daß die von den Verfassern des BGB abgelehnte Lehre von der Voraussetzung in anderem Gewande wiederkehren würde.

¹¹⁰ Als Grundregel gilt sicherlich, daß der Maßstab der »Guten Sitten« in § 138 Abs. 1 BGB infolge des in ihm angelegten Unwerturteils und der verglichen mit § 242 BGB wesentlich

§ 138 Abs. 1 BGB durchaus bereits von Anfang an auch als »Einfallstor« materialer Wertungen intendiert war.¹¹¹ Dies trifft freilich nicht das wesentliche, denn gerade die Einführung von § 138 Abs. 1 BGB beruhte, wie noch im einzelnen auszuführen ist, auf der um 1900 schon voll entwickelten Einsicht, daß ein rein formales Verständnis der Vertragsgerechtigkeit und Vertragsfreiheit der oft fehlenden tatsächlichen Entscheidungsfreiheit der sozial oder intellektuell unterlegenen Vertragspartei nicht gerecht wird. Auch insoweit gilt also, daß das Spannungsverhältnis zwischen Individualismus und Kollektivismus – also zwischen den beiden grundsätzlich gleichermaßen möglichen Antworten auf die Frage nach dem legitimen Maß interpersonaler Verantwortlichkeit im Privatrechtsverkehr – der Entstehung der Generalklauseln nicht etwa nachfolgte, sondern stets bereits zugrundelag.¹¹²

schärferen Rechtsfolgen den strengeren Maßstab enthält, so daß die herkömmlichen Auslegungskriterien selbst im Bereich dieser unbestimmten Generalklauseln keineswegs *jeder* Bedeutung entbehren; vgl. zurecht *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 366 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 8. Aufl. 2002, Rz. 314 ff.; *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109 ff. Dennoch existieren zahlreiche Überlagerungen beider Maßstäbe, zuletzt etwa im Bereich der Angehörigenbürgschaften, die der IX. Senat zwischenzeitlich auf der Grundlage von § 242 BGB bzw. der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage lösen wollte, bis sich der Ansatzpunkt des § 138 Abs. 1 BGB allgemein durchsetzte; vgl. BGHZ 132, 328, 332 ff. sowie oben einleitend zu § 1.

¹¹¹ Vgl. dazu näher unten § 4 I 1 a).

¹¹² Auch dies wird im folgenden noch anhand der Entstehungsgeschichte des § 138 Abs. 1 BGB zu zeigen sein, die sich gerade als Reaktion auf die bereits *zuvor* erkannte Problematik erhöhter Schutzbedürftigkeit bestimmter Gruppen von Vertragsschließenden deuten läßt; vgl. dazu unten § 4 I 1 a).

§ 2 Rechtssicherheit oder Einzelfallgerechtigkeit: Der formale Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens

Die Frage nach dem angemessenen Maß interpersonaler Verantwortlichkeit ist jedoch nicht das einzige Grundlagenproblem, das jeder Privatrechtsordnung aufgegeben ist. Eine zweite, ebenso strukturprägende Antinomie resultiert aus dem Wertungsgegensatz zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit¹ sowie den daraus folgenden Konsequenzen für die formale Gestaltung der Privatrechtsordnung durch »Regeln« oder »Prinzipien«.² Auch diese Antinomie – hier als formaler³ Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens bezeichnet – soll im folgenden zunächst in ihren theoretischen Grundzügen und schließlich im Hinblick auf die Funktion der Generalklauseln untersucht werden.

¹ Dieser zieht sich als grundlegende Antinomie durch das gesamte Privatrechtsdenken. Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum etwa *M. Rümelin*, Die Rechtssicherheit, 1924, S. 5; *Esser*, Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen, in: Festschrift Rittler, 1957, S. 13 ff.; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 164 ff.; *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 10; weiter vor allem die Beiträge von *Esser*, *Steindorff* und *Gernhuber* in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 22 ff., 58 ff., 205 ff. sowie *Wolf*, *Glöckner*, *Drygala* und *Lobinger* in: *Krebs* u.a. (Hrsg.), *Summum ius, summa iniuria*, 1995, S. 9 ff., 23 ff., 63 ff., 77 ff.

² Auch diese Unterscheidung gehört – mit zahlreichen noch näher zu erörternden inhaltlichen Varianten – zu den Konstanten nicht nur der kontinentaleuropäischen, sondern gerade auch der amerikanischen Rechtstheorie. Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. II, 1975, S. 82 f., 345 ff.; *Pound*, An Introduction to the Philosophy of Law, 2. Aufl. 1954, S. 56 ff.; *Wechsler*, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv. L. Rev. 1 ff. (1959); *Dworkin*, Taking Rights Seriously, 1977, S. 14 ff., 46 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, 1985, S. 69 ff. Aus dem deutschen Schrifttum: *F. v. Hippel*, Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen, 1942, S. 6 ff.; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4. Aufl. 1990, S. 183 ff.; *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985), 13 ff.; *ders.*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 71 ff.; *ders.*, Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtstheorie 18 (1987), 405, 407 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 302 ff.; *Canaris*, Systemdenken, S. 57; *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 15 ff., 52 ff., 89 ff., 141 ff.; *Penski*, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, 105 ff.

³ Dabei sei der Klarstellung halber nur erwähnt, daß der Begriff »formal« im vorliegenden Zusammenhang nicht mit derselben Bedeutung gebraucht wird wie im Rahmen der oben erörterten Dichotomie zwischen formalem und materialem Gerechtigkeits- bzw. Freiheitsdenken.

I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen formaler und materieller Realisierbarkeit

Grundlage des formalen Wertungsgegensatzes ist die Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, die nach hier vertretener Ansicht mit dem Gegensatz zwischen Regeln und Prinzipien eng verwandt ist. Um dieser Aussage gerecht zu werden, soll zunächst näher erläutert werden, was unter der vieldeutigen Entgegensetzung zwischen »Regeln« und »Prinzipien« zu verstehen ist.

1. Die Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien

a) Der Grad formaler bzw. materieller Realisierbarkeit als Unterscheidungskriterium

»Regeln« und »Prinzipien« sind im folgenden in Anlehnung an *Jhering* nach dem Grad ihrer formalen bzw. materiellen Realisierbarkeit zu unterscheiden.⁴ *Formal realisierbar* sind Rechtsnormen in um so höherem Maße, je leichter, sicherer und eindeutiger sie sich auf den konkreten Fall anwenden lassen.⁵ Dies gilt um so mehr, je weiter die betreffende Vorschrift auf einfach anwendbaren, d.h. möglichst bestimmten, äußerlichen und deskriptiven Kriterien beruht. So ist etwa eine Vorschrift, die eine schematische Altersgrenze der Geschäftsfähigkeit festlegt, in wesentlich höherem Maße formal realisierbar als eine Norm, die auf eine derartige Typisierung verzichtet und stattdessen auf das tatsächliche Vorliegen der individuellen Reife und Urteilsfähigkeit abstellt.⁶ Hochgradig formal realisierbare Rechtsvorschriften in diesem Sinne werden im folgenden als *Regeln* bezeichnet.

Im Gegensatz dazu zeichnen sich *materiell realisierbare* Rechtsnormen dadurch aus, daß sie die relevanten Wertungen bzw. Interessen weitgehend unmitttelbar und ohne Übersetzung in eine derartige »juristische Symptomatik«⁷ zum Ausdruck bringen, dem Richter also durch direkte Verweisung auf die

⁴ Vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 51 ff.; im Anschluß daran auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1687 ff. (1976); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 43 f. (1986); *Auer*, ERPL 19 (2002), 279, 294.

⁵ Vgl. bereits *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 51: »Ich unterscheide nämlich zwischen materieller und formaler Realisierbarkeit eines Rechts und verstehe unter jener die Brauchbarkeit oder Angemessenheit der materiellen Bestimmungen des Rechts. ... Unter formaler Realisierbarkeit aber verstehe ich die Leichtigkeit und Sicherheit der Anwendung des abstracten Rechts auf die concreten Fälle.«

⁶ Dieses Beispiel verwendet *Jhering* selbst, vgl. Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 53 f.; ebenso auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

⁷ So die treffende Bezeichnung durch *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 54.

einem bestimmten Rechtsproblem zugrundeliegende Interessenkollision den nötigen Spielraum gewähren, um die dem Einzelfall am besten gerecht werdende Regel selbst zu bilden.⁸ Materiell realisierbare Rechtsnormen in diesem Sinne werden im folgenden als *Prinzipien* bezeichnet. Zu diesen zählen etwa offene Wertungstatbestände wie das allgemeine Persönlichkeitsrecht, daneben aber auch Wertbegriffe auf niedrigerer Abstraktionshöhe wie der Fahrlässigkeitsmaßstab der »verkehrstypischen Sorgfalt« (§ 276 Abs. 2 BGB) oder der »wichtige Grund« als Voraussetzung der Kündigung von Dauerschuldverhältnissen (§ 314 BGB).

Der Gedanke der materiellen Realisierbarkeit ist damit als komplementäres Rechtsanwendungsideal zu dem der formalen Realisierbarkeit zu verstehen.⁹ Beruht der Grad formaler Realisierbarkeit auf dem Maß an typisierender Abstraktion, mit dem eine Rechtsvorschrift an ein zu regelndes Problem herantritt, so drückt deren materielle Realisierbarkeit umgekehrt den Spielraum aus, den sie ungeachtet dieser Schematisierung für die differenzierende Berücksichtigung der besonderen Umstände jedes einzelnen Falles läßt. Je geringer also die formale Realisierbarkeit, desto höher ist typischerweise die materielle Realisierbarkeit einer Rechtsnorm und umgekehrt.

Da formale und materielle Realisierbarkeit also in größerem oder geringerem Maße vorliegen können, folgt daraus zugleich, daß nach hier vertretener Ansicht auch die Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien – nicht anders als die zwischen Individualismus und Kollektivismus – keine qualitative, sondern stets nur eine *graduelle* ist:¹⁰ ebenso wie zwischen den Extremen völliger Selbstbestimmung und völliger Fremdbestimmung sind auch zwischen rigidesten Regeln und unbestimmtesten Prinzipien beliebige Abstufungen denkbar, denen in der Praxis wohl sogar die Mehrzahl der geltenden Rechtssätze zuzurechnen ist.¹¹

⁸ Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976); *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 44 (1986).

⁹ Vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 53 sowie im Anschluß daran *Esser*, in: Festschrift Rittler, S. 13, 14; *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 43 f. (1986); *Auer*, ERPL 10 (2002), 279, 294.

¹⁰ Damit ist vom hier vertretenen Standpunkt aus also den Ansätzen im Schrifttum zu widersprechen, die der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien nicht nur graduelle, sondern *qualitative* Bedeutung zumessen. Zu dieser Konsequenz zwingt namentlich der im folgenden noch näher zu erörternde Ansatz von *Dworkin*; vgl. dazu *Alexy*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13, 15 (»Starke Trennungsthese«); *Sieckmann*, Regelmodelle, S. 52 f.; *J. Schmidt*, Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe?, in: Wieacker-Symposium, 1990, S. 231, 239 ff. Dennoch bedarf es zunächst keiner abschließenden Diskussion dieser Problematik, da die vorliegend zugrundegelegte Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien, die keinerlei Ausschließlichkeitscharakter beansprucht, auf anderer Ebene angesiedelt ist als die *Dworkin's*. Vgl. dazu sogleich im Text.

¹¹ Beispiele sind etwa schlichte normative Tatbestandsmerkmale wie das der »Unmöglichkeit« in § 275 Abs. 1 BGB oder der »verkehrswesentlichen Eigenschaft« in § 119 Abs. 2 BGB.

b) Abgrenzung gegenüber abweichenden Interpretationen
der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien

Abzugrenzen ist die vorliegend zugrundegelegte Unterscheidung damit zunächst von Umschreibungen wie der größeren »Allgemeinheit« oder »Abstraktheit« der Prinzipien. So bezieht sich etwa das Kriterium der »Allgemeinheit« nicht auf die Art der Anwendung, sondern auf den Definitionsumfang einer bestimmten Rechtsnorm.¹² Danach ist beispielsweise eine umfassende Regelung der Geschäftsfähigkeit »allgemeiner« bzw. »genereller« als ein Spezialtatbestand zur Ehemündigkeit oder Testierfähigkeit. Nun ist zwar oft zu beobachten, daß Allgemeinheit und materielle Realisierbarkeit konvergieren – daß also Prinzipien meist zugleich allgemein, Regeln dagegen eher speziell gefaßt sind; dennoch sind beide Eigenschaften aber jedenfalls grundsätzlich voneinander unabhängig und sollten damit auch gedanklich getrennt werden:¹³ so existieren einerseits relativ spezielle Prinzipien wie die Kondiktion im Fall sittenwidriger Leistung (§§ 817 S. 1, 819 Abs. 2 BGB), andererseits jedoch auch verhältnismäßig generelle Regeln wie die der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre (§§ 104 ff. BGB).

Deutlich abzugrenzen ist die hier zugrundegelegte Interpretation der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien darüber hinaus von Theorien, die den Prinzipienbegriff im Sinne übergesetzlicher rechtsethischer Wertprinzipien deuten. In der deutschen Debatte betrifft dies die im Rahmen der Wertungsjurisprudenz häufige Umschreibung der Prinzipien als Ausfluß der »Rechtsidee«, also als Grundlage rechtsethisch gebundener Ausfüllung von Gesetzeslücken.¹⁴ Im Hinblick auf das amerikanische Rechtsdenken gilt Entsprechendes für den von *Hart*, *Sacks*, *Wechsler* und *Dworkin* vertretenen Gedanken, daß Prinzipien als »dritte Schicht«¹⁵ zwischen positivem Recht und überpositivem Naturrecht eine geeignete Grundlage gesetzesübersteigender, aber dennoch rechtsimma-

¹² Vgl. *Garstka*, Generalklauseln, in: *Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, 1976, S. 96, 106 f.; *J. Schmidt*, in: Wieacker-Symposium, S. 231, 235 Fn. 9; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 (1976); dazu noch unten § 5 I 1 b).

¹³ Ähnlich auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 f. (1976).

¹⁴ Vgl. etwa *Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, 1988, S. 115 ff.; *ders.*, System und Prinzipien, S. 773 ff. und *passim*; *ders.*, Methodenlehre, S. 131 f. Zur namentlich auf *Westermann* und *Larenz* zurückgehenden Deutung der Prinzipien als übergesetzliche Rechtsbestandteile und »Ausfluß der Rechtsidee« vgl. *H. Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955, S. 16 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 474 ff.; *ders.*, Richtiges Recht, S. 23 ff., 33 ff., 174 ff.; im Anschluß daran auch *Canaris*, Systemdenken, S. 46 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 302 ff.; dazu kritisch *Hirsch*, Zu einer »Methodenlehre der Rechtswissenschaft«, JZ 1962, 329 ff. Zur Abgrenzung gegenüber dieser Form von »gemäßigtem Naturrecht« noch näher unten § 9.

¹⁵ Vgl. *Mackie*, The Third Theory of Law, in: *Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, 1983, S. 161; *A. Kaufmann*, in: *Kotsiris* (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, S. 25, 35.

nenter und damit rechtspolitisch neutraler Rechtsfortbildung darstellen.¹⁶ Alle derartigen Theorien zielen letztlich darauf, neben gesetzlichen »Regeln« auch überpositive »Prinzipien« in den Rechtsfindungsvorgang einzubeziehen und auf deren Grundlage zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen zu gelangen; ein Ansatz, der zunächst keiner weiteren Diskussion bedarf, da er infolge seiner normativ-methodologischen Zwecksetzung auf einer anderen Ebene angesiedelt ist als die hier vorgenommene *deskriptive* Unterscheidung nach den formalen Eigenschaften von Regeln und Prinzipien im Rechtsfindungsprozeß.¹⁷ Speziell auf die Prinzipientheorie *Dworkins* ist allerdings im folgenden noch zurückzukommen.¹⁸

2. Regeln und formale Realisierbarkeit

Legt man der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien vorliegend also die Abgrenzung zwischen formaler und materialer Realisierbarkeit zugrunde, so stellt sich zunächst die Frage, welche Wertungen daraus im Hinblick auf *Regeln* als Mittel privatrechtlicher Rechtsgestaltung folgen.

¹⁶ Vgl. grundlegend *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1 ff. (1959), der – in enger Parallele mit *Harts* und *Sacks*' »Legal Process School« (vgl. oben § 1 II 3 b) mit Fn. 77) – versuchte, die im amerikanischen Rechtsdenken extrem umstrittene Normenkontrollkompetenz des Supreme Court auf der Grundlage »neutraler Prinzipien« (»neutral principles«) zu legitimieren, dabei allerdings in wenig rühmlicher Weise eine der bedeutendsten Entscheidungen der amerikanischen Nachkriegsgeschichte, nämlich die Aufhebung der Rassentrennung im Fall *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954), nur mit äußerster Verlegenheit rechtfertigen konnte; vgl. *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1, 31 ff. (1959); dazu *Horwitz*, Transformation of American Law, S. 265 ff. sowie *Greenawalt*, The Enduring Significance of Neutral Principles, 78 Colum. L. Rev. 982 ff. (1978). Vgl. ferner *Dworkins* Prinzipientheorie, die bekanntlich auf der Grundunterscheidung zwischen »principles« und »policies« beruht und davon ausgehend die eindeutige methodische Lösbarkeit von Prinzipienkollisionen postuliert; vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 82 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, S. 69 ff.; *ders.*, Seven Critics, 11 Ga. L. Rev. 1201, 1203 ff. (1977).

¹⁷ Abzugrenzen ist der hier zugrundegelegte Begriff des Prinzips damit schließlich auch von dem von der amerikanischen Rechtstheorie geprägten und damit – ähnlich wie *Dworkins* Prinzipienbegriff – ebenfalls in erster Linie als Element einer Theorie der Rechtsfindung konzipierten Prinzipienbegriff *Essers*; vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 93 ff., 183 ff., 192 ff.; ähnlich auch *Wieacker*, JZ 1957, 701, 702 ff.; dazu *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 82 f. *Esser* unterscheidet im komplexer, vorliegend nicht im einzelnen darzustellender Weise zwischen unmittelbar subsumtionsfähigen »Regeln« einerseits sowie »Prinzipien« bzw. »Grundsätzen« als niemals abschließend zu erschöpfender Grundlage für die Entwicklung von Regeln andererseits, wobei Prinzipien aber auch ihrerseits wieder topisch-induktiv aus Regeln entstehen. Das Verdienst *Essers* liegt dabei in der Verbindung zwischen Prinzipienbegriff und praktischer »Richterkunst«, also in dem Versuch, der tatsächlichen Struktur des Rechtsfindungsvorgangs im Wechselspiel von Grundsatz und Norm, Prinzip und Präjudiz gerecht zu werden. Dazu noch näher unten § 6 III.

¹⁸ Vgl. dazu unten § 3 II 2, 3.

a) *Generalisierende Gerechtigkeit und Rechtssicherheit*

Für eine möglichst weitgehende Gestaltung der Rechtsordnung durch Regeln sprechen die Prinzipien der generalisierenden Gerechtigkeit sowie – hier zugleich namensgebend für die Gesamtheit des formalen Grundwiderspruchs – der Rechtssicherheit.¹⁹ Dabei fordert der Gedanke der generalisierenden Gerechtigkeit die möglichst weitgehende Gleichbehandlung gleichgelagerter Fälle, also – in nicht nur zufälligem Gleichlauf mit den im vorangegangenen Teil erörterten formalen und kommutativen Gerechtigkeitsbegriffen – Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person.²⁰ Dahinter steht der Gedanke der Vermeidung von Richterwillkür, denn je weiter der richterliche Ermessensspielraum im Hinblick auf Ausnahme- und Einzelfallentscheidungen reicht, desto mehr Raum besteht auch für die Einbeziehung sachfremder Gesichtspunkte und damit für Willkürentscheidungen unter Aushöhlung der richterlichen Neutralität und des Vorbehalts des Gesetzes.²¹

Darüber hinaus umfaßt der Gedanke der Rechtssicherheit die durch das Rechtsstaatsprinzip gebotene Voraussehbarkeit und Bestimmbarkeit der im konkreten Fall eintretenden Rechtsfolgen, schützt also das Vertrauen der Privatrechtssubjekte in die Erfüllung ihrer Rechtsfolgenerwartungen.²² Ökonomisch gewendet, scheinen klare, hochgradig formal realisierbare Rechtsregeln damit die Effizienz des Privatrechts zu steigern, indem sie einerseits die Kosten, die durch das Risiko der Enttäuschung von Rechtsfolgenerwartungen entste-

¹⁹ Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

²⁰ Zur Entgegensetzung zwischen der »individualisierenden« und der »generalisierenden« Tendenz der Gerechtigkeit vgl. *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 416; *Canaris*, Systemdenken, S. 83, 153. Dabei liegt die Wertungsidentität mit der bereits oben eingeführten Differenzierung zwischen Gerechtigkeit in bzw. ohne Ansehung der Person (*Salomon*, Gerechtigkeit bei Aristoteles, S. 26) auf der Hand; vgl. dazu auch unten § 3 III 1.

²¹ Ebenso bereits *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 53: »Denn die Wichtigkeit dieser letzteren Eigenschaft [formaler Realisierbarkeit, *Anm. d. Verf.*] liegt nicht bloß darin, daß die Operation der Anwendung des Rechts erleichtert und vereinfacht wird, also auch beschleunigt werden kann, sondern daß die gleichmäßige Verwirklichung des Rechts dadurch gesichert wird. Je äußerlicher und in die Augen springender die Merkmale für eine Klassifikation bestimmt sind, um so sicherer die Aussicht, daß jedes Stück richtig klassifiziert wird; je innerlicher, um so mehr steigt die Gefahr für Mißgriffe.« Ähnlich im Anschluß daran auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976).

²² Vgl. zum Gedanken der Rechtssicherheit bereits *M. Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 9 ff.; *Scholz*, Die Rechtssicherheit, 1955, S. 3 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 436 ff. m.w.N.; *Herschel*, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1688 (1976). Im deutschen Schrifttum wird der Gedanke der Rechtssicherheit darüber hinaus meist neben Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit als Bestandteil der »Rechtsidee« diskutiert; vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 164 ff.; dazu etwa *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 390 f., 445 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 290 ff.; *Larenz*, Richtiges Recht, S. 33 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 302; eine Sichtweise, die vom Standpunkt der vorliegenden Untersuchung im Hinblick auf die Wertungsstruktur des *geltenden* Rechts jedoch irreführend ist.

hen, gering halten:²³ je mehr Anlaß dazu besteht, darauf zu vertrauen, daß ein regelkonform abgeschlossenes Rechtsgeschäft auch vor Gericht Bestand hat, desto mehr lohnt sich auch der in die Durchführung derartiger Rechtsgeschäfte investierte Aufwand und desto mehr Anreize bestehen zu deren Abschluß. Andererseits üben formal realisierbare Regeln durch die Aussicht, im Fall regelwidrigen Handelns vor Gericht zu unterliegen, auch eine wichtige Steuerungsfunktion auf das Verhalten der Privatrechtssubjekte aus, indem sie erwünschte Anreize zur Beherrschung der gesetzlichen Voraussetzungen und Formen privatrechtlichen Handelns schaffen und deren selbstverantwortliche Einhaltung fördern.²⁴

*b) Mechanische Willkür und Rigidität:
Verdeckung der wahren Entscheidungsmotive*

Diesen Vorzügen der Regelform stehen jedoch korrespondierende Nachteile gegenüber, die aus dem mit der Herstellung formal realisierbarer Tatbestandsfassungen notwendig verbundenen Abstraktionsvorgang, also der Umsetzung der schwer zu handhabenden eigentlichen Zwecksetzung einer Vorschrift in eine rechtssatzförmige »juristische Symptomatik« folgen. Dieser Abstraktionsvorgang hat fast notwendig zur Folge, daß die präzise Kongruenz zwischen Zwecksetzung und Tatbestandsfassung verloren geht, daß die Tatbestandsfassung der Vorschrift also einige Fälle zweckwidrig erfaßt, andere dagegen zweckwidrig ausgrenzt.²⁵ So schließt etwa eine schematische Altersgrenze der Geschäftsfähigkeit einerseits solche Individuen von der Teilnahme am Rechtsgeschäftsverkehr aus, die die erforderliche Reife und Urteilsfähigkeit bereits vor deren Erreichen besitzen, läßt aber andererseits die Teilnahme solcher zu, bei denen selbst nach Erreichen der Altersgrenze das Gegenteil der Fall ist.²⁶

²³ Vgl. zu diesem Argument etwa *Posner*, *Economic Analysis*, S. 555 ff.; *Ehrlich/Posner*, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, 3 *J. Leg. Stud.* 257, 262 ff. (1974); *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1698 f. (1976); dort jeweils auch zur Gegenposition.

²⁴ So ließe sich etwa argumentieren, daß die Unbilligkeit, zu denen die strikte Handhabung der Formvorschriften über Grundstücksgeschäfte oder Testamente in Einzelfällen führen mag, im Ergebnis durch das insgesamt höhere Maß an regelkonformem Verhalten aufgewogen wird, zu dem sich die Mehrzahl der Privatrechtssubjekte infolge des drohenden scharfen Schwerts der ausnahmslosen Unwirksamkeit ihrer Rechtsgeschäfte veranlaßt sieht. Zu einem ähnlichen Argument vgl. auch *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1698 (1976).

²⁵ In diesem Sinne bereits *v. Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Bd. I, S. 53 f.; im Anschluß daran auch *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1689 (1976) (»over- and underinclusiveness«); ferner *Ehrlich/Posner*, 3 *J. Leg. Stud.* 257, 268 ff. (1974); *Posner*, *Economic Analysis*, S. 557; zu einer auf *Hegel* und *Wittgenstein* gestützten Interpretation auch *Roellecke*, in: *Festschrift Müller*, S. 323, 330 ff.

²⁶ Vgl. *v. Jhering*, *Geist des römischen Rechts*, Bd. I, S. 54; *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1689 (1976).

Der Preis formaler Realisierbarkeit ist also – in gewissem, mehr oder weniger weitreichendem Umfang – die *systematische* Verfehlung des eigentlichen Zwecks der Vorschrift infolge der Unmöglichkeit, diesen anders als nur annäherungsweise zu umschreiben. Auch dies ist jedoch letztlich nichts anderes als Willkür, nämlich »blinde«, »mechanische« Willkür, die den Richter zwingt, sehenden Auges ein den Umständen des konkreten Falles nicht gerecht werden- des Gesetz anzuwenden.²⁷

Darüber hinaus erlaubt es das Zusammenspiel von Regeln innerhalb eines dogmatischen Systems häufig, dem Druck der mechanischen Willkür einzelner Vorschriften dadurch auszuweichen, daß das erwünschte Ergebnis zwar nicht direkt, aber doch indirekt auf dem Umweg der Zweckentfremdung anderer Regeln begründet wird. Der Preis derartiger Umgehungen liegt jedoch in der Entstehung willkürlicher *ad-hoc*-Theorien unter Verdeckung der wahren Entscheidungsmotive, also in oftmals erheblichen Verstößen gegen den Grundsatz der Methodenehrlichkeit.²⁸ Dem Argument, daß mehr Regeln stets auch mehr Rechtssicherheit bedeuten, ist also entgegenzuhalten, daß Regeln infolge ihrer Rigidität zu verdeckten Umgehungsversuchen zwingen können, die den Anforderungen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit meist noch weniger gerecht werden als die offene Berücksichtigung der im Einzelfall betroffenen Interessen auf der Grundlage eines Prinzips. Dieses Argument läßt sich sogar noch dahingehend erweitern, daß sich hinter den zahlreichen Ausnahmen und Unterausnahmen, die ein Regelsystem benötigt, in Wirklichkeit oft nichts anderes verbirgt als das verdeckte Zusammenspiel von Prinzipien.²⁹

Ein Beispiel bildet etwa die Anwendung des Deliktsrechts in Fällen »weiterfressender Mängel«, die von der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nur dann zugelassen wurde, wenn der geltend gemachte Schaden mit dem ursprünglichen Mangelunwert nicht »stoffgleich«

²⁷ So treffend *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 (1976): »From the point of view of the purposes of the rules, this combined over- and underinclusiveness amounts not just to licensing but to requiring official arbitrariness.«

²⁸ Vgl. zum Verstoß gegen den Grundsatz der Methodenehrlichkeit durch Aufstellung willkürlicher *ad-hoc*-Hypothesen *Popper*, Logik der Forschung, 9. Aufl. 1989, S. 51; im Anschluß daran auch *Canaris*, JZ 1993, 377, 385 f. sowie ähnlich *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 119 ff. Aus dem amerikanischen Schrifttum vgl. *Posner*, Economic Analysis, S. 557 f.

²⁹ Vgl. *Posner*, Economic Analysis, S. 557: »The clarity – the hard-edged precision – of a rule can be deceptive. Rules create pressure for exceptions, and the combination of a rule and its exceptions may be little different in practical terms from a standard, especially if ad hoc exceptions are allowed to multiply in order to improve the fit between a rigid rule and a social context. A standard is more apt to invite explicit balancing of competing considerations ...; but rule administration may bring in balancing through the back door to resolve disputes over the scope and meaning of the rule and its exceptions. For in deciding whether to classify a particular practice within the rule or within one of its exceptions, courts may appeal, either overtly or covertly, to a standard thought to underlie or animate the rule. Often when a court uses the purpose of a rule to determine its scope, the court is implicitly recasting the rule as a standard.«

war.³⁰ Dabei handelte es sich um eine offensichtliche *ad-hoc*-Theorie im hier vertretenen Sinne, die im Gewande der Dogmatik des Eigentumsbegriffs eigentlich auf eine Korrektur der Härten zielte, die durch die im Vergleich zum Deliktsrecht wesentlich kürzeren kaufrechtlichen Verjährungsfristen entstanden.³¹ Letztlich führte diese Rechtsprechung freilich nur zu einer Verlagerung des Problems einer sachgemäßen Einschränkung dieser kurzen Verjährungsfristen – deren formale Realisierbarkeit keinen Raum für eine direkte Ausnahme ließ – auf die Ebene der künstlichen und kaum nachvollziehbaren Abgrenzung zwischen »stoffgleichen« und »nicht stoffgleichen« Schäden und wurde dem Interesse der Rechtssicherheit damit noch weniger gerecht als eine unmittelbare Korrektur des Verjährungsrechts.³²

3. Prinzipien und materielle Realisierbarkeit

a) Individualisierende Gerechtigkeit und Flexibilität

Sind Prinzipien als Form der Rechtsgestaltung also vorzugswürdig? Dafür spricht ihre Flexibilität, die sie zum Ausgangspunkt der Gewährleistung von individualisierender bzw. Einzelfallgerechtigkeit macht. Diese erfordert gerade nicht schematische Gleichbehandlung, sondern vielmehr Differenzierung nach den jeweiligen Besonderheiten des Falls und damit Gerechtigkeit in Ansehung der Person. Prinzipien gewährleisten also individuelle Gerechtigkeit statt me-

³⁰ Vgl. BGHZ 67, 359, 364 ff. – »Schwimmschalter«; BGHZ 86, 256, 259 ff. – »Gaszug«; BGH NJW 1983, 812 ff. – »Hebebühne«; BGH NJW 1985, 2420 f. – »Kompressor«; BGHZ 117, 183, 187 ff. – »Kondensator«; BGHZ 138, 230, 234 ff. – »Transistor«; vgl. zusammenfassend *Grigoleit*, Weiterfresserschäden und Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform: Der mangelhafte Traktor, ZGS 2002, 78, 79; *Franzen*, Deliktische Haftung für Produktionsschäden, JZ 1999, 702, 705 ff.; *ders.*, Schlußwort, JZ 1999, 1047; *Foerste*, Nochmals: Deliktische Haftung für Produktionsschäden, JZ 1999, 1046 f.; *Lorenz/Riehm*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, 2002, Rz. 581 f.

³¹ Kritisch in diesem Sinne auch *Grigoleit*, ZGS 2002, 78, 79 f.; *Timme*, Produkthaftung: Eigentumsverletzung bei Verarbeitung mangelhafter Zulieferteile, JuS 2000, 1154, 1155 f.; *Brüggemeier/Herbst*, Urteilsanmerkung, JZ 1992, 802, 803 ff.

³² Durch die Verlängerung der kaufrechtlichen Gewährleistungsfristen im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde die Problematik immerhin entschärft, wenngleich nicht völlig obsolet; vgl. *Lorenz/Riehm*, Schuldrecht, Rz. 581 f.; *Zimmermann/Leenen/Mansel/Ernst*, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 684, 692. Wünschenswert wäre es daher, diese Rechtsprechung künftig aufzugeben und die ggf. erforderliche Modifikation des Verjährungsrechts offenzulegen. Vgl. zum verwandten Problem der Anwendung der kauf- oder deliktsrechtlichen Verjährungsfristen auf Mangelfolgeschäden auch *Canaris*, Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002, 2003, S. 5, 94 ff.; *ders.*, Einführung, in: *Canaris* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, 2002, S. VII, XXVIII; *Leenen*, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552, 555 f.

chanischer Willkür und Flexibilität statt Rigidität und verwirklichen damit eine zweite, ebenso gültige Dimension des Gerechtigkeitsgedankens. Auslegungs- und Ermessensspielräume stellen sich von diesem Standpunkt aus folglich als notwendige Voraussetzung gerechter Rechtsanwendung dar, gegenüber der die Gefahr richterlicher Willkür in den Hintergrund tritt.³³

Im einzelnen ermöglichen Prinzipien die Offenlegung der im konkreten Fall betroffenen Interessen und vermindern damit die Gefahr der Gesetzesumgehung sowie der Entstehung von *ad-hoc*-Theorien.³⁴ Hinzu kommt, daß eine auf Prinzipien basierende Regelung meist mit einer relativ geringen Anzahl von Vorschriften auskommt, während es einer ungleich größeren Anzahl von Regeln bedarf, um denselben normativen Gehalt auszudrücken. Man denke etwa nur an die Vielzahl von Vorschriften, deren es bedürfte, um den Inhalt eines Prinzips wie § 242 BGB in Regelform zu fassen. Eine Regelungsstruktur, die ganz oder teilweise auf Prinzipien beruht, ermöglicht es also, eine derartige Kumulierung von Regelungsdetails und die damit fast zwangsläufig verbundene Entstehung von Lücken, Wertungswidersprüchen und Ungereimtheiten zu vermeiden.³⁵

Gleichzeitig fungieren Prinzipien als Öffnungsklauseln für die flexible Anpassung der Rechtsordnung an den Wandel der Lebensverhältnisse und entlasten damit die Gesetzgebung von der Notwendigkeit, jeden noch so entfernten Einzelfall zu antizipieren. Prinzipien tragen damit dem Umstand Rechnung, daß die Rechtsprechung häufig besser in der Lage ist als die Gesetzgebung, auf gewandelte Verkehrsanschauungen oder neue Bedürfnisse des Rechtsverkehrs zu reagieren. Die durch Prinzipien eröffneten Gestaltungsspielräume stellen sich von diesem Standpunkt aus also als rechtspolitisch wünschenswerter Freiraum für die richterliche Erprobung künftiger gesetzgeberischer Lösungen dar.³⁶

Zudem läßt sich auch dem oben erörterten Effizienzargument für Regeln zumindest in einigen Konstellationen ein entsprechendes Argument zugunsten von Prinzipien entgegenhalten. Zwar gilt grundsätzlich, daß angemessen formulierte Regeln die Rechtsanwendung vereinfachen und damit gegenüber unscharfen Prinzipien Effizienzvorteile besitzen, doch sobald die Komplexität

³³ Vgl. *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 416; *Canaris*, Systemdenken, S. 83 f., 153.

³⁴ Vgl. etwa *Posner*, *Economic Analysis*, S. 557 f.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1700 f. (1976).

³⁵ Vgl. *Posner*, *Economic Analysis*, S. 557 f.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1700 f. (1976); *Garstka*, in: *Koch*, *Methodenlehre*, S. 96, 116 f.

³⁶ So namentlich im Hinblick auf Generalklauseln, für die dies in besonderem Maße gilt, bereits *Hedemann*, *Flucht in die Generalklauseln*, S. 61 ff.; ähnlich auch *AK-BGB-Teubner*, § 242 Rz. 5 (»lernendes Recht«); ähnlich auch *Teubner*, *Standards und Direktiven*, S. 56 ff.; *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, S. 42 ff.; *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 224 ff.; *ders.*, *Methodenlehre*, S. 583; *Garstka*, in: *Koch*, *Methodenlehre*, S. 96, 117, 120 ff.; aus der amerikanischen Debatte etwa *Summers*, *The General Duty of Good Faith – its Recognition and Conceptualization*, 67 *Cornell L. Rev.* 810, 812 (1982).

des Regelungsgegenstandes zu einer undurchschaubaren Kumulierung von speziellen Regeln führt oder zu deren sachwidriger Umgehung zwingt, bewirken Regeln das Gegenteil von Effizienz. In solchen Fällen sind materiell realisierbare Prinzipien, auf deren Grundlage sich die betroffenen Interessen und damit auch die für das Handeln der Parteien relevanten Rechtsfolgenwartungen unmittelbar berücksichtigen lassen, oft weit eher geeignet, den Parteiinteressen gerecht zu werden. In solchen Fällen führen also nicht Regeln, sondern Prinzipien zur Vermeidung von Transaktionskosten und steigern damit die Effizienz des Privatrechts.³⁷

Darüber hinaus ist es selbst dann, wenn Regeln im konkreten Fall ein höheres Maß an Rechtsklarheit gewährleisten als Prinzipien, keineswegs zwingend, daß sie auch effiziente Anreize zu regelkonformem Verhalten schaffen. Denn diese Anreizfunktion kommt vor allem bei solchen Marktteilnehmern zum Tragen, die sich ständig und systematisch mit einer großen Anzahl inhaltsgleicher Rechtsgeschäfte am Privatrechtsverkehr beteiligen und aus den Kosten für die Gestaltung dieser Rechtsverhältnisse daher optimalen Nutzen ziehen können. Die Vorzüge formal realisierbarer Regeln begünstigen also keineswegs alle Parteien in gleichem Maße, sondern wirken asymmetrisch zugunsten von denjenigen, die bereits rechtskundig sind oder effizienten Zugang zu Rechtsberatung besitzen. Regeln ermöglichen es diesen Parteien durch ihre voraussehbaren Rechtsfolgen, genau die Grenzlinie des rechtlich Zulässigen auszuloten und die Erfüllung oder Nichterfüllung privatrechtlicher Formalien gezielt, ja geradezu arglistig einzusetzen, um ihre eigenen Interessen optimal zu verwirklichen.³⁸

Ein Beispiel ist etwa der Fall des »königlichen Kaufmanns«,³⁹ in dem es um die ausnahmsweise Außerachtlassung gesetzlicher Formvorschriften auf der Grundlage von § 242 BGB ging. Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Verkäufer eines Grundstücks die Beurkundung des Kaufvertrags unter Berufung auf sein Ehrenwort als »königlicher Kaufmann«, auf das ebensoviel Verlaß sei wie auf einen notariell beurkundeten Vertrag, bewußt und arglistig verhindert, während sich die andere Partei in der dadurch geschaffenen Drucksituation gezwungen sah, sich auf diesen ungesicherten Vertragszustand einzulassen. Angesichts dieser Umstände gelangte der BGH auf der Grundlage von § 242 BGB zurecht zur ausnahmsweisen Unanwendbarkeit des gesetzlichen Form-

³⁷ Vgl. *Posner*, *Economic Analysis*, S. 557; *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 270 ff. (1974); *Garstka*, in: *Koch*, *Methodenlehre*, S. 96, 116; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1700 f. (1976); *Burton*, *Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith*, 94 Harv. L. Rev. 369, 393 f. (1980).

³⁸ Dazu *Galanter*, *Why the »Haves« Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change*, 1974 L. & Soc. 97 ff.; ähnlich auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1695 f., 1699 f. (1976).

³⁹ BGHZ 48, 396 ff.; dazu treffend *Canaris*, *Vertrauenshaftung*, S. 353 ff. m.w.N.; *ders.*, *Handelsrecht*, 23. Aufl. 2000, § 26 Rz. 22.

zwangs für Grundstücksgeschäfte.⁴⁰ Der Fall zeigt also anschaulich, in welchem Umfang die Ausnutzung der starren Rechtsfolgen von Regeln Raum für arglistiges Handeln schaffen und damit deren Schutzzweck geradezu in sein Gegenteil verkehren kann: bei unmodifizierter Anwendung wäre das Formerfordernis zu einer sinnlosen Formalität degeneriert, die allein den sachfremden Interessen des arglistig handelnden Verkäufers gedient hätte.⁴¹

Der Vorzug von Prinzipien wie § 242 BGB besteht also darin, daß sie eine derartige systematische Benachteiligung einer Vertragsseite wesentlich erschweren oder sogar ganz ausschließen und damit in vielen Fällen unabdingbar sind, um gleiche Partizipationschancen der Parteien zu gewährleisten. Erst Prinzipien ermöglichen es dem Richter, auch die Interessen derjenigen Partei zu berücksichtigen, der es *nicht* gelungen ist, diese auf rechtsgeschäftlichem Wege angemessen zum Ausdruck zu bringen.

b) Einzelfallbezogene Willkür und Rechtsunsicherheit

Jedoch lassen sich auch gegen die Vorzüge der Prinzipien wieder entsprechende Gegenargumente ins Feld führen, so daß sich der Kreis der Argumente für und gegen Regeln bzw. Prinzipien insgesamt wieder schließt. Denn Kehrseite der mit Prinzipien verbundenen richterlichen Freiheit sind wiederum die Gefahren der einzelfallbezogenen Willkür sowie der Rechtsunsicherheit, die bereits eingangs für Regeln und gegen Prinzipien sprachen.

Darüber hinaus schwächen Prinzipien die gesellschaftliche Steuerungsfunktion des Rechts, da sie einerseits dazu führen, daß sorgfältiges und regelkonformes Verhalten von der Rechtsprechung nicht immer honoriert, andererseits aber regelwidriges und selbstschädigendes Verhalten nicht immer sanktioniert wird.⁴² So besteht etwa nie völlige Sicherheit, daß ein Vertrag, der zum Zeitpunkt seines Abschlusses allen rechtlichen Voraussetzungen zu genügen scheint, sich später infolge gewandelter Anschauungen in der Rechtsprechung – wie etwa im Bereich des Bürgschaftsrechts⁴³ – nicht doch noch als sittenwidrig

⁴⁰ §§ 125, 313 BGB a.F.; entspricht §§ 125, 311b Abs. 1 BGB.

⁴¹ Vgl. etwa *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1695 f., 1699 f. (1976), insbes. 1696: »Rules ... allow the proverbial ›bad man‹ to ›walk the line‹, that is, to take conscious advantage of under-inclusion to perpetrate fraud with impunity.« Ähnlich im Hinblick auf die zugrundeliegenden Wertungen auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 354 f.; *ders.*, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. I, S. 129, 145.

⁴² Vgl. *Posner*, *Economic Analysis*, S. 556; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1698 (1976).

⁴³ Im Bereich der Angehörigenbürgschaften liegt die Problematik der Enttäuschung zunächst (scheinbar) berechtigter Rechtsfolgenenerwartungen sogar so deutlich auf der Hand, daß sich der IX. Senat des BGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1998 nicht in der Lage sah, das von ihm aufgestellte Erfordernis ausdrücklicher Vereinbarung des Zwecks, sich gegen Vermögensverlagerungen zu schützen, rückwirkend auf Altfälle anzuwenden, in denen der Bürgschaftsvertrag vor dem 1.1.1999 abgeschlossen wurde; vgl. BGH NJW 1999, 58, 60. Diese

und nichtig herausstellt, daß also einerseits das berechtigte Vertrauen in die Wirksamkeit des Vertrags enttäuscht, andererseits die Bindung an den unerwünschten Vertrag doch noch beseitigt wird. Dies ist jedoch in doppelter Hinsicht ineffizient, da es den Abschluß derartiger Verträge einerseits mit zusätzlichen Kosten belastet, andererseits jedoch dazu führt, daß die Verkehrsteilnehmer – da sie ja stets damit rechnen können, ein Rechtsmittel gegen ihre eigene Nachlässigkeit zur Verfügung zu haben – weniger Sorgfalt aufwenden, um ihre eigenen Interessen durch den Abschluß wirksamer Rechtsgeschäfte zu wahren. Mehr Flexibilität im Recht führt also, so läßt sich argumentieren, unter Umständen sogar zu mehr gestörten Rechtsgeschäften und damit zu einem selbstverstärkenden Prozeß einer immer weitergehenden Aufweichung des Rechts.⁴⁴

4. Der formale Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens als normative Ordnungsstruktur

Faßt man also die Argumente, die jeweils für oder gegen Regeln bzw. Prinzipien sprechen, nochmals zusammen, so fällt zunächst deren Symmetrie ins Auge:⁴⁵ den mit der Regelform verbundenen Vorzügen generalisierender Gerechtigkeit und Rechtssicherheit stehen die Nachteile mechanischer Willkür, Rigidität und der Gefahr einer Verdeckung der wahren Entscheidungsmotive gegenüber, denen jedoch wiederum genau die zentralen Vorzüge der Prinzipien – individualisierende Gerechtigkeit, Flexibilität und offene Berücksichtigung der betroffenen Interessen – entsprechen. Dasselbe gilt jedoch auch für die Nachteile von Prinzipien – einzelfallbezogene Willkür und Rechtsunsicherheit –, die ihrerseits das genaue Gegenteil der bereits genannten Vorzüge der Regelform bilden. Andere Argumente wie vor allem das der Effizienz lassen sich zumindest teilweise zugunsten beider Seiten anbringen. Bemerkenswert ist zudem, daß auch auf der Grundlage übergeordneter Wertungen keine Auflösung dieses Kon-

Rechtsprechung ist inzwischen zwar obsolet; vgl. BGHZ 151, 34, 40 f. (XI. Senat) mit dem Argument, daß infolge der Rechtsprechungsdivergenz zwischen beiden Senaten von vornherein nie ein Vertrauensschutz in Betracht gekommen sei. Gerade daraus resultiert jedoch die hier angesprochene Problematik. Vgl. etwa auch *Schimansky*, Probleme aus der »Rückwirkung« höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2001, 1889 ff., der sich bezeichnenderweise gerade mit den Strategien der Kreditinstitute befaßt, die Rückwirkung von Rechtsprechungsänderungen zu »unterlaufen«; ferner *Medicus*, Über die Rückwirkung von Rechtsprechung, NJW 1995, 2577 ff.; *ders.*, Neues zur Rückwirkung von Rechtsprechung, WM 1997, 2333 ff.

⁴⁴ Deutlich tritt dieser Gedanke bereits an *Jherings* eindringlicher Schilderung der unaufhaltsam fortschreitenden Aufweichung des römischen Rechts zutage, die schließlich mit dessen Niedergang und dem Zerfall des römischen Kaiserreichs endete; vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 81 ff.; ähnlich – offenbar unter dem Einfluß *Jherings* – auch *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 51 f., 66 ff. sowie aus moderner ökonomischer Perspektive *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1698 (1976).

⁴⁵ Vgl. *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1710 f. (1976).

flikts möglich ist, da diese von beiden Seiten gleichermaßen in Anspruch genommen werden.⁴⁶ So dienen sowohl Regeln als auch Prinzipien der Gerechtigkeit – Regeln deren generalisierender Dimension, Prinzipien hingegen deren ebenso gültiger individualisierender Dimension. Zugleich ist weder die Anwendung von Regeln noch die von Prinzipien Garant für Freiheit von staatlicher Willkür, da diese einerseits als einzelfallbezogene, andererseits als mechanische Willkür auftreten kann und dabei oft gleichermaßen schwer wiegt.

Die formale Entscheidung zwischen Regeln und Prinzipien – und damit auch die Frage, ob Generalklauseln im Hinblick auf ihre Vagheit eine Gefahr oder nicht vielmehr eine unabdingbare Voraussetzung gerechter Rechtsanwendung bilden – stellt sich damit letztlich als ebenso fundamentales Dilemma dar wie der im vorangegangenen Teil dieser Untersuchung erörterte materielle Grundwiderspruch zwischen Individualismus und Kollektivismus. Ebenso wie Individualismus und Kollektivismus bilden damit auch formale und materielle Realisierbarkeit ein Spannungsfeld entgegengesetzter Wertungen, also eine echte Antinomie im Sinne *Radbruchs*,⁴⁷ die keine allgemeine Entscheidung für die eine oder andere Alternative erlaubt, sondern zu den stets präsenten, unauflösbaren Grundproblemen des Privatrechts gehört.

II. Der Wertungsgegensatz zwischen formaler und materieller Realisierbarkeit in der Privatrechtstheorie und die Funktion der Generalklauseln

Damit stellt sich nun ebenso wie im Zusammenhang des vorangegangenen ersten Teils die Frage, welche Bedeutung der formale Wertungsgegensatz als Grundstruktur des Privatrechtsdenkens und als Grundlage der Entwicklung der Generalklauseln besitzt.

⁴⁶ So treffend *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1711 (1976): »Indeed, most of the ideas that might serve to dissolve the conflict and make rational choice possible are claimed vociferously by both sides.«

⁴⁷ Grundlegend *Radbruch*, Rechtsphilosophie, S. 164 ff.; kritisch dagegen *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 450 ff.; *Canaris*, Systemdenken, S. 84 Fn. 39, die lediglich von einem »behebba- ren Spannungsverhältnis« sprechen, wobei *Henkel* jedoch selbst zugibt, daß sich der Konflikt zwischen beiden Grundwerten »bis zum schroffen Gegensatz steigern kann« (*ibd.*, S. 453), so daß seine Auffassung insgesamt mehr Ähnlichkeiten als Differenzen mit der vorliegend vertretenen Auffassung aufweist.

1. Die grundsätzliche Anerkennung des formalen Wertungsgegensatzes in der Privatrechtstheorie

Diese Aufgabe ist insoweit einfacher zu bewältigen als die entsprechende im Zusammenhang des materiellen Grundwiderspruchs, als die Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Schrifttum – etwa bei *Henkel* und *Canaris* –⁴⁸ wesentlich offener zutage tritt als der Gegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus. Entsprechendes gilt auch für das angloamerikanische Rechtsdenken: »In fact all systems, in different ways, compromise between two social needs: the need for certain rules which can, over great areas of conduct, safely be applied by private individuals to themselves without fresh official guidance or weighing up of social issues, and the need to leave open, for later settlement by an informed, official choice, issues which can only be properly appreciated and settled when they arise in a concrete case.«⁴⁹

Zudem spielt der Wertungsgegensatz zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit auch in der Praxis eine wichtige Rolle. Ein Beispiel bildet etwa der Fall der ausnahmsweisen Durchbrechung gesetzlicher Formvorschriften aus Billigkeitsgründen, deren äußerst restriktive Handhabung unter der Voraussetzung, daß das andernfalls entstehende Ergebnis – wie im Fall des »königlichen Kaufmanns« – »nicht nur hart, sondern schlechthin unerträglich«⁵⁰ sein müsse, den besonderen Stellenwert des Interesses der Rechtssicherheit in diesem Bereich widerspiegelt. Weitere Beispiele ergeben sich etwa aus der jeweils *einzelfallbezogenen* Wirkung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, der richterlichen Inhaltskontrolle, des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts, der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften usw. Insgesamt ist zu bemerken, daß auch dieser Interessenkonflikt wieder gerade im Rahmen der Anwendung der Generalklauseln sehr häufig auftritt.

⁴⁸ *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 450 ff.; *Canaris*, Systemdenken, S. 83 f., 153; dies allerdings mit der in der vorhergehenden Fußnote erläuterten Einschränkung, daß sowohl *Henkel* als auch *Canaris Radbruchs* Antinomiebegriff kritisch gegenüberstehen.

⁴⁹ *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Aufl. 1994, S. 130; vgl. auch *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1687 (1976) m.w.N. zur Theorie rechtlicher Form im angloamerikanischen Rechtsdenken.

⁵⁰ Vgl. etwa BGHZ 29, 6, 10; 45, 179, 184; 48, 396, 398; 92, 165, 172; abgrenzend auch BGHZ 138, 339, 348; dazu zusammenfassend Palandt-*Heinrichs*, § 125 Rz. 16 ff., Münch-Komm-*Einsele*, § 125 Rz. 53 ff.

2. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen den Anforderungen formaler und materialer Realisierbarkeit im Privatrecht

Die zuletzt genannten Beispiele werfen damit die Frage auf, welche Funktion den Generalklauseln im Zusammenhang der Bewältigung der Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zukommt.

a) Generalklauseln als »Öffnungsklauseln« für die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit?

Auszugehen ist dabei wiederum von der im Schrifttum üblichen Feststellung, daß Generalklauseln scheinbar in besonderem Maße – mehr noch als »gewöhnliche« Prinzipien – dazu dienen, die Rechtsordnung gegenüber Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeit zu öffnen.⁵¹ Diese Argumentation entspricht also in ihrer Struktur genau der bereits oben diskutierten Charakterisierung der Generalklauseln als »Einfallstore für materielle Wertungen«:⁵² danach scheinen Generalklauseln nicht nur für die Möglichkeit der Berücksichtigung kollektivistischer Wertungen, sondern infolge der in ihrer Unbestimmtheit liegenden besonderen *formalen* Beschaffenheit auch für die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit geradezu ursächlich zu sein. Gerade *durch* die Verankerung der Generalklauseln in der Rechtsordnung, so will es scheinen, ist dem Richter die Möglichkeit an die Hand gegeben, die Unbilligkeit, die durch die Anwendung strikten Regelrechts entstehen kann, im Einzelfall zu korrigieren. Wiederum scheint auf dieser Grundlage also der Schluß nahezuliegen, daß sich Generalklauseln durch ihre besondere immanente Beschaffenheit von allen anderen Normen unterscheiden.

⁵¹ Dieser Gedanke zieht sich bereits durch die gesamte frühe Literatur zu den »Ermessensbegriffen« und Generalklauseln des BGB; vgl. etwa *Vierhaus*, Über die Methode der Rechtsprechung, 1911, S. 55 ff.; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, 1915, S. 49; *Hoening*, Riskante Rechtsausübung, 1917, S. 15 ff., 24 ff.; *M. Rümelin*, Die Billigkeit im Recht, 1921, S. 42; *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 60 ff. Entsprechendes gilt auch für die jüngere Literatur; vgl. etwa *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 426; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 366 f.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 59; *Obly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 238, 241 ff. (»Flexibilitätsfunktion«); *ders.*, AcP 201 (2001), 1, 7; *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 519.

⁵² Oben § 1 II 4 a).

b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des unauflösbaren Spannungsverhältnisses zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit im Privatrecht

Auch dies trifft jedoch aus ganz entsprechenden Gründen wie oben nicht das wesentliche. Wesentlich ist nach hier vertretener Ansicht vielmehr, daß sich Generalklauseln wie § 242 BGB oder § 138 Abs. 1 BGB im Hinblick auf ihre formale Beschaffenheit letztlich nicht grundlegend von anderen Prinzipien wie dem Schikaneverbot des § 226 BGB oder den lediglich »generalklauselähnlichen« Tatbeständen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs im Rahmen von § 823 Abs. 1 BGB unterscheiden.⁵³ Denn auch diese Tatbestände beruhen in mehr oder weniger weitgehendem Maße auf unbestimmten, innerlichen und normativen Kriterien, wären also ihrer formalen Struktur nach theoretisch ebenso wie §§ 242, 138 Abs. 1 BGB geeignet, die Rolle der allgemeinsten Auffang- und Korrekturtatbestände zu übernehmen, die im geltenden Privatrecht den Generalklauseln zukommt.⁵⁴

Entscheidend ist also wiederum, daß nicht die Entstehung der Generalklauseln Grund für die Möglichkeit der Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeit durch die Privatrechtsordnung ist, sondern daß sich gerade *umgekehrt* die Generalklauseln nur deshalb zu universellen Ansatzpunkten richterlicher Einzelfallrechtsprechung entwickeln konnten, weil auch das Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit der Rechtsordnung von Anfang an zugrundelag und gerade in Zeiten sozialen und ökonomischen Umbruchs in den Vordergrund trat.⁵⁵ Kurz, Generalklauseln sind auch hier nicht *Grund*, sondern *Folge* der Existenz des Gedankens der Einzelfallgerechtigkeit im Privatrechtsdenken; ihre Funktion besteht gerade nicht darin, dessen Einbeziehung in das Privatrecht erst zu ermöglichen, sondern das diesem bereits vorgegebene Spannungs-

⁵³ So stellt namentlich das allgemeine Persönlichkeitsrecht keine Generalklausel dar, da es deren charakteristischer Offenheit entbehrt; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 80 III 2, S. 518 f.; dazu auch unten § 5 I 1 a). Demgegenüber war § 226 BGB nach der ursprünglichen Intention der Verfasser des BGB zwar als umfassender Ermessenstatbestand konzipiert, konnte sich in dieser Funktion jedoch nie durchsetzen; vgl. etwa *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 7.

⁵⁴ Deutlich wird dies etwa bei *Garstka*, in: *Koch*, Rechtsphilosophie, S. 114 f., der den Begriff der »Generalklausel« dementsprechend auf rein formaler Grundlage definiert; vgl. dazu noch kritisch unten § 5 I 1 b).

⁵⁵ Treffend in diesem Sinne etwa *Esser*, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 22, 24: »So bleibt freie Billigkeit der ewige Gegenspieler des Abstrahierungsvorgangs in *rules*, in Tatbeständen und festen Rechtsfolgen – unter die doch auch neuartige Probleme zu bringen sind. ... Vergeblich beklagt man die »Aufweichung« unserer Tatbestände und Institutionen ebenso wie die angeblich zur Bequemlichkeit verführenden Generalklauseln als »Fluchtwege des Gesetzgebers.« Ähnlich auch *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 10; *Schmidt-Syaßen*, Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, S. 25 ff.

verhältnis zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit immer wieder neuen, historisch wandelbaren Kompromißlösungen zuzuführen.⁵⁶

Ein Beispiel bildet auch im vorliegenden Zusammenhang die Entwicklung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die erst die Voraussetzungen für die Entstehung des Generalklauselcharakters von § 242 BGB schuf.⁵⁷ Wieder gilt also, daß nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie die Unbestimmtheit des § 242 BGB zur Entwicklung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage führte, sondern daß umgekehrt erst die Verortung dieser Lehre im Bereich des § 242 BGB die Generalklauselcharaktereigenschaften dieser Vorschrift, also ihre extreme Flexibilität als Ansatzpunkt richterlicher Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeitskontrolle begründete. Diese Eigenschaft des § 242 BGB ist damit, wie *Wieacker* erkannt hat, letztlich nichts anderes als Ausdruck des unauflösbaren Konflikts zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit: »Zweckmäßigkeit und Berechenbarkeit, genauer: Fallgerechtigkeit und Allgemeingültigkeit sind beide notwendige Elemente von Recht und Gerechtigkeit und geraten doch in der Wirklichkeit meist in Konflikt. In diesem Konflikt strebt die Berufung auf die Generalklausel der Fallgerechtigkeit, die Neigung zu ihrer Einschränkung der Gleichheit vor dem Rechte zu. Dieser Gegensatz ist nicht zu lösen.«⁵⁸

⁵⁶ Vgl. entsprechend oben § 1 II 4 b) im Zusammenhang des materiellen Grundwiderspruchs.

⁵⁷ Vgl. bereits oben § 1 II 4 b).

⁵⁸ *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 10.

§ 3 Richterbindung oder richterliche Freiheit: Der institutionelle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens

Damit ist nun abschließend der dritte Wertungsgegensatz darzustellen, der das moderne Privatrecht neben den bisher erörterten materiellen und formalen Strukturen prägt: das Problem der institutionellen Kompetenz zur Privatrechtsgestaltung, also die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit richterlicher Rechtsschöpfung.¹ Gegenstand dieser Fragestellung ist also die Abgrenzung zwischen den Kompetenzsphären des Richters einerseits und des Gesetzgebers andererseits. Die Bedeutung dieses Problems läßt sich daran ermessen, daß nahezu alle Überlegungen zur Rechtsanwendungstheorie – von der Rechtsquellen- und Methodenlehre des 19. Jahrhunderts bis hin zu den Argumentations- und Abwägungstheorien der Gegenwart – auf die möglichst weitgehende Rationalisierung des Rechtsfindungsvorgangs sowie Zurückdrängung des Bereichs richterlicher Eigenwertung zielen.²

¹ Dabei handelt es sich seit dem 19. Jahrhundert nicht nur in Deutschland, sondern auch im übrigen kontinentaleuropäischen Raum und im angloamerikanischen Rechtsdenken um das rechtstheoretische Grundproblem schlechthin. Vgl. *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 2 ff., 16 ff., 29 ff., 41 ff.; *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, S. 28 ff.; 60 ff.; *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 1 ff., 14 ff. und *passim*; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 189 ff.; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, 1958, S. 3 ff.; *Larenz*, Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung, in: Festschrift Nikisch, 1958, S. 275 ff.; *ders.*, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift Huber, 1973, S. 291 ff.; aus historischer Perspektive statt aller *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, insbes. S. 144 ff., 197 ff., 257 ff., 269 ff. Aus Frankreich: *Gény*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2. Aufl. 1954, Bd. I, S. 61 ff., 205 ff.; Bd. II, S. 235 ff. Die angloamerikanische Diskussion spricht teilweise sogar suggestiv vom Problem der »judicial legislation«; vgl. aus dem unübersehbaren Schrifttum nur *H.L.A. Hart*, The Concept of Law, S. 124 ff.; *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 1 ff., 81 ff.; *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, 1978, S. 163 ff.; *Kennedy*, A Critique of Adjudication, 1997, S. 23 ff., 30 ff.

² Vgl. *Bydlinski*, Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht, 1995, S. 5: »Voranzutreiben ist das Bestreben, gegebene Rechtsfälle und Rechtsfragen durch möglichst wohlbegründete konkrete Regeln zu lösen. Bloße Intuition, freie Wertung oder freies Ermessen, ideologische Gewißheiten, richterliches Vorverständnis oder richterliche Rechtsfortbildung ... sollten danach wieder zurücktreten.« Ebenso oder ähnlich auch *ders.*, Methodenlehre, S. 57 ff.; *ders.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze, S. 51 ff.; *ders.*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 196 ff., 201 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 114 ff.; *Canaris*, Systemdenken,

Zwei Fragen sind dabei zu unterscheiden: einerseits könnte man zunächst bezweifeln, ob »freie« richterliche Rechtsschöpfung neben dem Bereich gebundener Rechtsanwendung und legitimer Rechtsfortbildung überhaupt möglich oder nach dem selbstgesetzten Anspruch der hergebrachten Rechtsanwendungslehre nicht vielmehr von vornherein ausgeschlossen ist.³ Steht man jedoch auf dem Standpunkt, daß dies nicht der Fall ist, daß es also auch auf der Grundlage der bestmöglichen Rechtsanwendungslehre nicht gelingen kann, den Rechtsfindungsvorgang vollständig zu rationalisieren und von Elementen schöpferischer und gegebenenfalls contralegalen Rechtsgestaltung zu befreien, so stellt sich andererseits die Frage, inwieweit richterliche Rechtsschöpfung nicht nur legitim, sondern möglicherweise sogar wünschenswert, ja unabdingbar ist, um die tatsächliche Funktionsfähigkeit des Rechts und seine Anpassung an den Wandel der Rechtsanschauungen zu gewährleisten.

Dieser institutionelle Grundwiderspruch ist nun ebenso wie die bereits erörterten materiellen und formalen Antinomien zunächst in seiner Grundstruktur sowie in seiner Bedeutung für das gegenwärtige Privatrechtsdenken zu analysieren. Abschließend ist wiederum zu fragen, welchen Stellenwert er im Hinblick auf die Funktion der Generalklauseln besitzt.

I. Zur Grundstruktur des Wertungsgegensatzes zwischen Richterbindung und richterlicher Freiheit

Sowohl im deutschen als auch im amerikanischen Rechtsdenken sind Richterbindung wie Richterfreiheit nur als Produkt ihrer historischen Entwicklung verständlich. Diese bildet dementsprechend den Ausgangspunkt der folgenden Darstellung.

1. Richterbindung: Der Richter als »Subsumtionsautomat«?

a) Der Gedanke der Richterbindung im deutschen Rechtsdenken

Gegenstand der Richterbindung ist im deutschen Rechtsdenken in erster Linie das *Gesetz*. Richterlichen, auch höchstrichterlichen Präjudizien kommt hingegen nach hergebrachter Auffassung grundsätzlich keine bindende Wirkung zu.⁴

S. 13 ff., 41 ff., 152 f.; *ders.*, ZAS 1970, 147; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1976, S. 21 ff.

³ Dies scheint nach hergebrachtem Methodenverständnis bereits aus der Entgegensetzung von zulässiger, regelgeleiteter Auslegung und Rechtsfortbildung einerseits sowie unzulässiger Rechtsfindung *contra legem* andererseits zu folgen; vgl. etwa *Bydlinski*, in: *Canaris-Symposium*, 1998, S. 27 ff.; *ders.*, JBl. 1997, 617 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 250 ff.

⁴ Neben dem Gesetz zählt damit nach hergebrachter Auffassung also grundsätzlich allein

Ziel der juristischen Methodenlehre ist es damit in erster Linie, Regeln zur Anwendung, Auslegung und Fortbildung des geschriebenen Gesetzes aufzustellen.⁵ Diese Grundzüge der deutschen Rechtskultur besitzen nach verbreiteter Auffassung sogar Verfassungsrang;⁶ wesentlich ist jedoch, daß ihre konkrete Gestalt nur als Produkt der Entwicklung der deutschen Rechtstheorie seit dem 19. Jahrhundert verständlich ist.⁷

Ausgangspunkt des Gedankens der Richterbindung in der deutschen Rechtstheorie war das nach Zusammenbruch des vorkritischen Naturrechts zunehmend dringliche Bedürfnis nach einer neutralen, staatsfernen Legitimation richterlicher Tätigkeit, die den Anteil des Richters an der Ausübung staatlicher Gewalt »neutralisieren« – »en quelque façon, nulle«⁸ – und damit die Justiz als unabhängige Verteidigerin bürgerlicher Rechte im konstitutionellen Rechtsstaat des frühen 19. Jahrhunderts gegen obrigkeitsstaatliche Übergriffe schützen sollte.⁹ Unter diesen Voraussetzungen bildeten sich im Laufe des 19. Jahrhunderts zeitgleich mit der Entwicklung des wissenschaftlichen Systemideals der Pandektenwissenschaft die bis heute gültigen Voraussetzungen der Richterbindung heraus: die Gedanken der *Rechtsquellentheorie* sowie der *Auslegungslehre*.¹⁰ Grundgedanke der Richterbindung ist seitdem also die Vorstellung, daß

das – inzwischen weitgehend bedeutungslose – Gewohnheitsrecht zum Kreis der bindenden Rechtsquellen. Vgl. etwa *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 61 Rz. 1 ff., insbes. Rz. 17; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 213 ff.; *ders.*, Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149, 150 ff.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 537 ff., 542 ff. Vgl. aber unten § 3 II 4 zur Problematik der Bindungswirkung von Präjudizien.

⁵ Dies erschließt sich bereits aus der Darstellungsweise der meisten gängigen Schriften zur juristischen Methodenlehre; vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 133 ff., 187 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 428 ff., 472 ff.; *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, S. 623 ff., 650 ff.; *Kramer*, Methodenlehre, S. 39 ff., 131 ff.

⁶ Als Element der Bindung des Richters an Gesetz und Recht sowie des Gewaltenteilungsgrundsatzes, Artt. 20 Abs. 2 und 3, 97 Abs. 1 GG; vgl. etwa *Bettermann*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 73 Rz. 27 f.; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980, § 37 II 2 e, S. 581 ff., § 43 I 4, S. 894 ff.

⁷ So daß sich auch der verfassungsrechtliche Begriff der richterlichen Gesetzesbindung nur vor diesem historisch-rechtstheoretischen Hintergrund erschließt; vgl. *Bettermann*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 73 Rz. 17; *Ossenbühl*, *ebd.*, § 61 Rz. 5. Letztlich folgt daraus jedoch, daß die Determinationswirkung des Verfassungsrechts im Bereich der Privatrechtstheorie bzw. Methodenlehre begrenzt ist; vgl. noch näher unten § 3 II 4 a).

⁸ *Montesquieu*, De l'esprit des lois, 1748/1979, Bd. 1, XI. Buch, Kap. 6, S. 298.

⁹ Vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S. 35 ff., 292 ff.; *Seif*, Recht und Justizhoheit, 2003, S. 271 ff., 326; ähnlich auch *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 439 f.

¹⁰ Einerseits entstand in diesem Zusammenhang der Gedanke der grammatischen Auslegung als Garant für Rechtssicherheit (*Schoemann*, Handbuch des Civilrechts, Bd. 2, 1806, Inhaltsanzeige des ersten Bandes, S. 78, 81: »Nie darf der Interprete vom Wortverstande abweichen, nicht extensivisch, nicht restrictivisch interpretieren. Er darf nicht auf den Grund des Gesetzes zum Interpretations-Umfang Rücksicht nehmen.«). Andererseits stand dieser Lehre der – heute mißverständliche – Gegenbegriff einer »logischen« Auslegung gegenüber (*Thibaut*,

eine neutrale, objektiv nachvollziehbare Begründung richterlicher Entscheidungen insoweit möglich ist, als sich diese auf der Grundlage anerkannter Methodenregeln auf einen Kanon legitimer Entscheidungsgrundlagen zurückführen lassen. Durch die bis 1900 abgeschlossene Kodifikation der wichtigsten privatrechtlichen Rechtsgebiete konnte dieses Richterbindungsideal schließlich mühelos auf das Gesetz als wichtigste Rechtsquelle bezogen werden.¹¹

Insgesamt wurden damit während des 19. Jahrhunderts die Grundlagen einer wissenschaftlichen Rechtsanwendungslehre geschaffen, die auch dem gegenwärtigen Verständnis der Richterbindung noch nahezu unverändert zugrunde liegen, denn dieses beruht nach wie vor auf der doppelten Voraussetzung von Rechtsquellenlehre und Methodenlehre als Grundlage rational nachvollziehbarer Rechtsanwendung.¹² Wesentlich ist es also, daß dieses Legitimationsmodell jedenfalls als gedankliche *Grundstruktur* selbst die um 1900 einsetzende polemische Kritik am Rechtsanwendungsverständnis des 19. Jahrhunderts überdauerte, die bis heute zur Folge hat, daß dieses meist pauschal mit den Exzessen begriffsjuristischen Formalismus und dem Zerrbild des Richters als »Subsumtionsautomat« identifiziert wird, dessen Tätigkeit sich auf die logisch-deduktive Ableitung vorgegebener Rechtssätze aus dem als lückenlos gedachten Rechtssystem beschränke.¹³ Diese Kritik wird – unabhängig davon, daß sie

Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl. 1806, S. 22 ff.), der diejenigen Aspekte des Gesetzeszwecks und Gesetzgeberwillens umfaßte, die aus der grammatischen Auslegung ausgegliedert waren. Wesentlich für das Verständnis von *Savignys* viergliedrigem Auslegungskanon aus grammatischer, historischer, systematischer und teleologischer Interpretation (*v. Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 212 ff.) ist also die Einsicht dessen historischer Bedingtheit, die in der gegenwärtigen Methodenlehre meist nicht ausreichend beachtet wird. Vgl. dazu grundlegend *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, S. 48 ff., insbes. 58 ff., 107 ff., 122 ff., 133 ff., 149 ff. Parallel dazu entwickelten sich die Grundzüge der modernen Rechtsquellenlehre aus dem Versuch, das »Recht der Wissenschaft« der Pandektistik neben Gesetz und Gewohnheitsrecht als bindende Rechtsquelle zu etablieren (*Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, Bd. 1, 5. Aufl. 1862, S. 40 ff.); vgl. *Stintzing/Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2, 1910, S. 445 ff.; *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, S. 198 ff.; ferner *Brockmüller*, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, 1997, S. 121 ff.; *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, S. 400.

¹¹ Vgl. *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, S. 458 ff., der anschaulich vom Wandel vom rechtswissenschaftlichen Positivismus der Pandektenwissenschaft hin zum Gesetzespositivismus der Jahrhundertwende spricht. Dies ist allerdings insoweit einzuschränken, als die darin enthaltene Positivismuskritik dem Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts nicht gerecht wird; vgl. sogleich unten Fn. 14.

¹² Vgl. dazu sowie zum notwendigen Zusammenhang zwischen beiden Elementen der modernen Rechtsanwendungslehre *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, S. 623. Wesentlich ist nach hier vertretener Ansicht also, daß diese – trotz ihres wandelbaren Inhalts – seit ihrer Entstehung während des 19. Jahrhunderts eine konstante *Grundstruktur* bzw. *Form* rechtstheoretischen Denkens bilden.

¹³ Diese Kritik am angeblichen Geschlossenheitsanspruch und mechanistischen Rechtsanwendungsideal der Begriffsjurisprudenz setzte mit dem Umbruch zur Interessenjurisprudenz

auch in der Sache nicht haltbar ist –¹⁴ der Rechtstheorie der Pandektenwissenschaft jedoch schon deshalb nicht gerecht, weil sie den Blick auf deren *bis heute systemprägende Leistung* verstellt. Ein Beispiel dafür, wie nachhaltig das Ideal der gebundenen, neutralen, damit »unpolitischen«, ja »staatsfreien« Privatrechtsrechtsprechung dem liberalen Privatrechtsdenken noch bis in die Gegenwart hinein zugrundeliegt, bildet etwa die Debatte über die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht,¹⁵ in der lange Zeit buchstäblich nicht er-

und Freirechtsschule ein (vgl. vor allem *Kantorowicz (Gnaeus Flavius)*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 7 f., 32 ff., 34 ff.) und prägt bis heute das Bild der Rechtsanwendungslehre des 19. Jahrhunderts; vgl. *Stintzing/Landsberg*, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Bd. III/2, S. 460 f.; *Wilhelm*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 1958, S. 7 ff., 80 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 430 ff., 460 ff.; *ders.*, Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, in: Festschrift Weber, 1974, S. 421, 424 f.; *ders.*, in: Festschrift Coing, Bd. I, S. 703, 710; *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 281; kritisch zusammenfassend *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S. 4 ff. m.w.N.

¹⁴ Die weitverbreitete Identifikation der Rechtsanwendungslehre des 19. Jahrhunderts mit dem Zerrbild des Richters als »Subsumtionsautomat« (vgl. soeben Fn. 13) wird erst seit einiger Zeit revidiert und durch eine differenziertere Sichtweise abgelöst. So setzt sich im jüngeren Schrifttum inzwischen zurecht die Einsicht durch, daß das Systemideal der Begriffsjurisprudenz keineswegs auf logisch-axiomatische Deduktion, sondern vielmehr auf wertende, »organische« Rechtsfindung gerichtet war, daß der Gedanke des Richterrechts und der Präjudizienbindung während des gesamten 19. Jahrhunderts eine wesentliche Rolle spielte und daß schließlich sogar der vielbeschworene Liberalismus des damaligen Privatrechtsdenkens in Anbetracht zahlreicher bereits damals diskutierter Einschränkungen der Privatautonomie keineswegs grenzenlos war; vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S. 170 ff., 257 ff.; *Haft/Hilgendorf*, Juristische Argumentation und Dialektik, in: Festschrift A. Kaufmann, 1993, S. 93, 104 f.; *Brockmüller*, Entstehung der Rechtstheorie, S. 123 f., 129 f., 207, 268 ff.; *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, S. 4 f., 275 ff.; *Rückert*, in: Festschrift Gagnér, S. 203, 225 f.; *HKK-Zimmermann*, vor § 1 Rz. 16; *HKK-Rückert*, vor § 1 Rz. 79 ff.; *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 7. Dies steht im Einklang mit der vorliegend vertretenen These, daß die drei Grundwidersprüche des Privatrechts bereits dem Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts zugrunde lagen.

¹⁵ Dieser Theorienstreit wird bekanntlich meist als solcher zwischen »unmittelbarer« und »mittelbarer« Drittwirkung, also zwischen der »unmittelbaren« Anwendbarkeit der Grundrechte in ihrer Abwehrfunktion auf privatrechtliche Rechtsbeziehungen einerseits sowie der lediglich »mittelbaren« Ausstrahlungswirkung der Grundrechte durch die privatrechtlichen Generalklauseln andererseits dargestellt; vgl. einerseits *Nipperdey*, Grundrechte und Privatrecht, 1961, S. 14 ff.; andererseits *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift Nawiasky, 1956, S. 157, 167 ff.; *Dürig/Herzog/Scholz*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz, Art. 3 I Rz. 509 ff.; zusammenfassend statt aller *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201, 202 ff., 210 ff. Richtigerweise ist jedoch davon auszugehen, daß keine dieser Sichtweisen der Problematik voll gerecht wird, sondern daß die Grundrechte als Maßstab privatrechtlicher Normsetzung und Rechtsprechung *stets unmittelbare* Wirkung entfalten, die allerdings in vielen Fällen lediglich auf deren schwächerer Schutzgebotsfunktion beruht. Vgl. grundlegend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.; *ders.*, Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161 ff.; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, 1999, S. 16 ff., 30 ff., 36 ff.; *ders.*, Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Schmidt-Symposium, 2002, S. 30, 38 ff.; im Anschluß daran etwa *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Pri-

kannt wurde, daß selbstverständlich auch die Rechtsprechung im Privatrecht *staatliche* Tätigkeit und damit *unmittelbar* an die Grundrechte gebunden ist.¹⁶

b) Der Gedanke der Richterbindung im amerikanischen Rechtsdenken

Vergleicht man dies nun mit der Entwicklung und Struktur der Richterbindung im amerikanischen Rechtsdenken, so werden bemerkenswerte Parallelen deutlich – und zwar *unabhängig* davon, daß sich der Gedanke der Richterbindung in der Tradition des Common Law bekanntlich in erster Linie gerade nicht auf das geschriebene Gesetz, sondern auf richterliche Präjudizien bezieht und folglich auch die Aufgabe der juristischen Methodenlehre nicht primär in der Gesetzesanwendung, sondern in der Anwendung, Auslegung und Fortbildung bindenden Präjudizienrechts liegt.¹⁷ Denn die methodologisch gebundene Erschaffung neuen Präjudizienrechts stellt sich in diesem Modell ebenso wie die Gesetzesfortbildung im kontinentalen Rechtsdenken niemals als freie *Rechtsschöpfung*, sondern stets als gebundene *Rechtsfindung* dar. Damit führt die Bindungswirkung von Präjudizien im Common Law also gerade nicht zur Anerkennung einer richterlichen Befugnis zur Rechtsschöpfung oder gar zur Annäherung der Rolle des Richters an die eines Gesetzgebers; vielmehr wird die richterliche Freiheit durch das Erfordernis methodologischer Begründung jedes Urteils aus dem bestehenden Präjudizienrecht im Idealfall ebenso stark beschränkt wie durch den Gedanken der Gesetzesbindung.¹⁸ Wesentlich ist also, daß die von der Frage der Präjudizienbindung *unabhängige* Grundstruktur der Richterbindung in Deutschland wie Amerika letztlich auf denselben Elementen – einer bindenden Rechtsquellentheorie und einer wissenschaftlichen Methodik der Rechtsanwendung – beruht.

Ebenso wie in Deutschland ist diese Grundstruktur auch in Amerika das Produkt der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts. Auch im amerikanischen Verfassungsstaat stellte sich die Frage nach der Legitimation einer Justiz, deren Aufgabe darin gesehen wurde, die Sphäre der privaten Handlungsfreiheit gegen

vaterechts, 2001, S. 20 ff., 141 ff.; Hager, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373 ff.; Auer, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73.

¹⁶ So zutreffend *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 23 ff., insbes. 26; ebenso schon *ders.*, JuS 1989, 161, 162; zustimmend *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373, 377.

¹⁷ Vgl. zur *doctrine of precedent* etwa *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 58 ff.; *Pilny*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht, 1993, S. 35 ff.; *ferner Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 1996, S. 66 ff., 99 ff., 129 ff.

¹⁸ Dies gilt vor allem für England, in dessen überschaubarem Gerichtssystem die Vorstellung der langsamen, kontinuierlichen Fortschreibung von Fallrecht nach wie vor dominiert, während die Kohärenz dieses Systems in Amerika infolge der dort konkurrierenden Gerichtssysteme der 50 Einzelstaaten und des Bundes weniger ausgeprägt ist. Dennoch gilt im Ausgangspunkt auch für Amerika nichts anderes; vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 59, 62 ff., 159 f., 256 ff.; *Esser*, in: Festschrift Rittler, S. 13, 16.

staatliche Regulierung zu schützen; eine Problematik, die infolge der bundesstaatlichen Verfassung der Vereinigten Staaten sogar auf zwei Ebenen zum Tragen kam.¹⁹ Auf dieser Grundlage entstand während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch in der amerikanischen Rechtswissenschaft eine der deutschen Pandektenlehre vergleichbare Blüte wissenschaftlich-systematischen Rechtsdenkens (»*Classical Legal Thought*«),²⁰ die heute ebenso wie die deutsche Begriffsjurisprudenz meist pauschal als »Formalismus« diskreditiert und abgelehnt wird,²¹ wobei jedoch ebenfalls meist übersehen wird, daß diese im Hinblick auf die Struktur des Richterbindungsideals und dessen Verbindung mit dem liberalen Grundgedanken eines neutralen, staatsfernen Privatrechts bis heute systemprägende Wirkung besitzt.²² Insgesamt weist der Gedanke der Richterbindung im amerikanischen Rechtsdenken damit also auch hinsichtlich seiner ideengeschichtlichen Entwicklung deutliche Parallelen mit dem deutschen Richterbindungsideal auf.

2. Richterfreiheit und »Richterkönigtum«

Doch ist dieses Ideal der Richterbindung tatsächlich erreichbar? Oder ist der Prozeß der Rechtsfindung nicht vielmehr durch ebensoviel Freiheit wie Bindung gekennzeichnet – und zwar zulässigerweise?

¹⁹ So wurde vor allem die Ausübung der Gesetzgebungs- und Eingriffsbefugnis des Bundes im Bereich des Steuer- und Sicherheitsrechts nicht nur als Bedrohung der individuellen Freiheit, sondern auch der Autonomie der Einzelstaaten wahrgenommen; vgl. *Horwitz*, *Transformation of American Law*, S. 19 ff.; *Kennedy*, *Rise and Fall*, S. 47, 75 ff., 262 ff.

²⁰ Der Begriff stammt von *Kennedy*, *Rise and Fall*, S. 7 ff.; teilweise veröffentlicht in *ders.*, *Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850–1940*, 3 *Res. L. & Soc.* 3 ff. (1980); ähnlich auch *Horwitz*, *Transformation of American Law*, S. 3 Fn. 1; *Atiyah*, *Rise and Fall*, S. 681 ff.

²¹ Auch in Amerika setzte die Kritik am angeblichen Formalismus des Rechtsdenkens des 19. Jahrhunderts bereits mit der Wende zum 20. Jahrhundert ein und prägt bis heute das Standardschrifttum. Vgl. etwa *Pound*, *The Theory of Judicial Decision*, 36 *Harv. L. Rev.* 802, 817 (1923); aus jüngerer Zeit *Hoeflich*, *Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell*, 30 *Am. J. Leg. Hist.* 95, 119 ff. (1986) sowie vor allem *Grey*, *Langdell's Orthodoxy*, 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1, 6 ff. (1983), der das klassische amerikanische Rechtsdenken in ganz ähnlichen Kategorien beschreibt wie das deutsche Schrifttum den angeblichen Formalismus der Pandektenwissenschaft: *comprehensiveness* (Vollständigkeit), *completeness* (Eindeutigkeit), *formality* (Formalität bzw. formale Rationalisierbarkeit jeder Entscheidung), *conceptual order* (begrifflicher Systemcharakter): »In the terms of the analytic scheme just sketched, the heart of classical theory was its aspiration that the legal system be made complete through universal formality, and universally formal through conceptual order« (*ibd.*, S. 11). – »Classical orthodoxy is the thesis to which modern American legal thought has been the antithesis« (*ibd.*, S. 3).

²² So auch *Atiyah*, *Rise and Fall*, S. 778 f.; *Kennedy*, *Rise and Fall*, S. 9, 26 und *passim*.

a) Zur Grundstruktur des Gedankens der Richterfreiheit

Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Richterfreiheit ist es, daß es auf der Grundlage der hergebrachten Rechtsquellen- und Methodenlehre nicht gelingen kann, der Bedeutung richterlicher Eigenwertung im Rechtsfindungsprozeß gerecht zu werden oder den richterlichen Entscheidungsspielraum vollständig oder auch nur weitgehend zu beseitigen. Denn oft resultieren die eine Entscheidung endgültig determinierenden Gründe gerade nicht aus dem Gesetz oder Methodenkanon, sondern vielmehr aus etwas, das sich im weitesten Sinne als praktische Richterkunst beschreiben läßt:²³ aus der stets vom subjektiven Vorverständnis des Entscheidenden geprägten Interpretation von Sachverhalt und Entscheidungsgrundlagen sowie aus der konkreten Art und Weise der Gewichtung und Abwägung einschlägiger Wertungen und Argumente. Das heißt also, daß es zwar Entscheidungssituationen geben mag, in denen Gesetz und Interpretationslehre »eindeutige« Ergebnisse nahelegen, daß dies jedoch oft gerade nicht der Fall sein wird, so daß an die Überzeugungskraft vieler Entscheidungen demgemäß kein strengerer Maßstab als der bloßer Vertretbarkeit angelegt werden kann, der es nicht ausschließt, daß es auf der Grundlage entsprechender Argumente auch andere, ebenso gut vertretbare Lösungen geben kann. Das heißt nun zwar nicht, daß die hergebrachte Methodenlehre niemals zu »richtigen« Entscheidungsergebnissen führen könnte, wohl aber umgekehrt, daß der Anspruch, solche *stets* erzielen oder zumindest erfolgversprechend anstreben zu können, nicht erfüllbar ist.²⁴ Dabei verhält es sich also ähnlich wie im Rahmen der Materialisierungsdebatte: dort war das entscheidende Problem nicht *ob*, sondern *in welchem Maße* materiale Wertungen Bestandteil des Privatrechtsdenkens sind; und ebenso stellt sich nun auch hier die Frage, *inwieweit* Rechtsfindung nicht nur der Richterbindung, sondern stets auch der Richterfreiheit bedarf.

²³ Vgl. etwa *Isay*, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, S. 60 ff., 67 ff., 85 ff.; *F. v. Hippel*, Richtlinie und Kasuistik, S. 21 ff., 30 ff.; *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 20 ff., 235 ff., 281 ff. und *passim*; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 189 ff.; *ders.*, in: Festschrift Rittler, S. 13, 16 f.; *ders.*, AcP 172 (1972), 97, 100 ff.; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, S. 5 ff., 12 ff.; *ders.*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 17; *ders.*, JZ 1957, 701 ff. Aus dem amerikanischen Schrifttum: *O. W. Holmes*, The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. 457, 465 ff. (1897); *Hutcheson*, The Judgment Intuitive: The Function of the »Hunch« in Judicial Decision, 14 Cornell L. Qu. 274 ff. (1929); *Llewellyn*, The Bramble Bush, 1930, S. 30 ff.; *Kennedy*, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, 36 J. Leg. Ed. 518 ff. (1986).

²⁴ Vgl. zu diesem Eindeutigkeitsanspruch bzw. der vor allem von *Dworkin* postulierten »One Right Answer Thesis« noch näher unten § 3 II 3 b).

b) *Der Gedanke der Richterfreiheit im deutschen Rechtsdenken:
Die Anerkennung der Staatlichkeit des Richteramts*

Im deutschen Rechtsdenken wird der in diesem Sinne verstandene Grundgedanke der Richterfreiheit spätestens seit dem letzten Viertel des 19. Jahrhunderts neben dem gegenläufigen Ideal der Richterbindung diskutiert.²⁵ Als Wendepunkt hin zu seiner offenen Anerkennung gilt gemeinhin *Bülow's* 1885 erschienene Abhandlung »Gesetz und Richteramt«, die darauf zielte, den Richterspruch als »von der Staatsgewalt erlassene Rechtswillenserklärung« als dem Gesetz ebenbürtige Rechtsentstehungsquelle zu etablieren.²⁶ So sei das Gesetz »noch kein geltendes Recht«, sondern nur »ein Plan, nur der Entwurf einer zukünftigen, erwünschten Rechtsordnung«,²⁷ die erst durch den rechtskräftigen Richterspruch ausgestaltet wird: »Nicht schon mit den gesetzlichen, sondern erst mit den richterlichen Rechtsbestimmungen spricht die rechtsordnende Staatsgewalt ihr letztes Wort;«²⁸ also: »Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht!«²⁹ Diese Thesen fanden im zeitgenössischen Rechtsdenken, das nur kurz zuvor noch vom Systemdenken der Pandektenwissenschaft geprägt gewesen war, spätestens um die Jahrhundertwende breiten Widerhall und bildeten damit die Grundlage für die Entstehung einer Richterrechtsbewegung, deren kritische Haltung gegenüber dem klassischen Richterbindungsideal schließlich durch die Freirechtsschule während der ersten beiden Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts in ihr Extrem getrieben wurde.³⁰

²⁵ Vgl. auch *Klemmer*, Gesetzesbindung oder Richterfreiheit, S. 437 ff., der zurecht darauf hinweist, daß es sich dabei keineswegs um eine plötzliche, erst aus der Weimarer Zeit stammende Wendung handelte.

²⁶ Vgl. *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 6 (Sperrungen hier und im folgenden ausgelassen); ähnlich auch *ebd.*, S. 2 ff., 7, 29 ff., 41 ff., 48. Im neueren Schrifttum wird die bahnbrechende Bedeutung von *Bülow's* Schrift als »Wendepunkt« hin zur Anerkennung richterlicher Eigenwertung vor dem Hintergrund der bereits erörterten Neubewertung des 19. Jahrhunderts (soeben Fn. 14) allerdings zunehmend in Zweifel gezogen. So hat *Ogorek* zurecht auf die mangelnde Originalität und den Etatismus der Thesen *Bülow's* hingewiesen; vgl. *Ogorek*, Richterbindung oder Subsumtionsautomat?, S. 257 ff.; ähnlich auch *Henne/Kretschmann*, Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885), in: *Ius Commune* 26 (1999), 211, 215 ff., die darüber hinaus zeigen, daß auch die vielbeschworene spätere »Umkehr« *Bülow's* zurück zum Richterbindungsideal (so die übliche Interpretation von *Bülow's* Abhandlung Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, *Das Recht* 10 (1906), Sp. 769, 773 ff.; vgl. dazu *Ogorek*, Richterbindung oder Subsumtionsautomat?, S. 269 ff.) so nicht stattgefunden hat. Davon unabhängig besitzen *Bülow's* prägnante Thesen jedoch exemplarischen Wert für das gegen Ende des 19. Jahrhunderts anbrechende moderne Rechtsbewußtsein. Vgl. insgesamt *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflicht, S. 226 ff.; *HKK-Vogenaier*, §§ 133, 157 Rz. 106 f.

²⁷ *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 3.

²⁸ *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 7.

²⁹ *Bülow*, Gesetz und Richteramt, S. 48.

³⁰ Eindringlich verteidigte vor allem *Kantorowicz* unter dem Pseudonym *Gnaeus Flavius* die Wesensnotwendigkeit richterlicher Rechtsschöpfung in Anbetracht fast beliebiger manipu-

Die wesentliche Bedeutung dieser zwischen etwa 1885 und 1910 vollzogenen Entwicklung lag dabei vor allem in einem grundlegenden *Bewußtseinswandel*, durch den die zuvor verborgenen Antinomien des Privatrechtsdenkens plötzlich offen zutage traten: war das Problem der richterlichen Rechtsschöpfung zuvor – unabhängig von seiner inzwischen zurecht anerkannten *faktischen* Existenz auch schon während des 19. Jahrhunderts –³¹ in erster Linie im Zusammenhang der Rechtsquellentheorie und Auslegungslehre, also unter dem Aspekt seiner *Lösbarkeit* und damit nur *verdeckt* zur Sprache gekommen, wurde es nunmehr offen thematisiert und bestimmte damit die gesamte weitere Entwicklung der Privatrechtstheorie seit der Entstehung der Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz³² bis hin zur Wertungsjurisprudenz der Gegenwart.³³ So ist es heute – ganz anders als noch vor 100 Jahren – etwa *allgemein* anerkannt, daß

liebar juristischer Begründungsverfahren und eines Gesetzes, das »nicht weniger Lücken als Worte« enthält; vgl. *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 15 ff., 23 ff., 36 ff. Dennoch zielten die Lehren der Freirechtsschule – was oft verkannt wird – keineswegs darauf, völlige Richterwillkür gutzuheißen. *Kantorowicz* etwa betont ausdrücklich, daß der Richter vorrangig so zu entscheiden habe, »wie nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist« (*ebd.*, S. 41). Wesentlich ist jedoch der Gedanke, daß die offene Anerkennung richterlicher Rechtsschöpfung im Fall des *Versagens* dieses Bindungspostulats ein Gebot der Methodenehrlichkeit ist: »Wozu also der ganze Lärm? Weil es besser ist, zu der richtigen Praxis auch die richtige, sie begründende Theorie zu besitzen, statt einer ihr ganz widersprechenden und verkehrten.« – »Wir glauben, daß wir dem Richter damit nicht mehr geben, als was er bisher sich schon selbst – notwendigerweise – genommen hat« (*ebd.*, S. 42). Vgl. zu einer differenzierten Auseinandersetzung mit der Freirechtsschule etwa *Moench*, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsschule auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, 1971, S. 7 ff., 40 ff., 165 f.; aus zeitgenössischer Perspektive mit ausführlichem Schriftenverzeichnis *Jung*, Das Problem des natürlichen Rechts, 1912, S. 1 ff., 330 ff.

³¹ Vgl. dazu bereits ausführlich oben Fn. 14.

³² Obgleich sich die Vertreter der Interessenjurisprudenz vor allem in späteren Jahren von den Lehren der Freirechtsschule distanzieren (vgl. etwa *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 118 ff., 200 ff.; *Müller-Erzbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz?, 1932, S. 5; *Stoll*, Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz, in: Festgabe Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, S. 60, 63), besitzen beide Strömungen durch ihren gemeinsamen Ausgangspunkt in *Jherings* Zweckdenken (Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 5 ff.) und die dadurch bewirkte naturalistische Relativierung der Gesetzesbindung enge Berührungspunkte. Vgl. in diesem Sinne auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III, S. 373 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 574 ff.

³³ »Neu« ist an der Wertungsjurisprudenz, die sich selbst als Fortentwicklung der Interessenjurisprudenz versteht (vgl. *Bydliński*, Methodenlehre, S. 123; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 574), die Aufgabe deren naturalistischen Ausgangspunkts, daß die miteinander kollidierenden *empirischen* menschlichen »Interessen«, also »Begehrungsdispositionen« (*Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl. 1932, S. 27 ff.) die entscheidende Grundlage richterlicher Lückenfüllung und Rechtsfortbildung bilden. Stattdessen stellt die Wertungsjurisprudenz den Gedanken der *im Recht selbst* bzw. in der »Rechtsidee« verwirklichten Wertungen in den Mittelpunkt (vgl. insbesondere *H. Westermann*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung, S. 16 ff.; im Anschluß daran *Larenz*, Methodenlehre, S. 119 ff., 421 ff.; *Canaris*, Systemdenken, S. 40 ff.; insbes. S. 40 Fn. 109; *ders.*, Feststellung von Lücken, S. 93 ff.; *Bydliński*, Methodenlehre, S. 123 ff.). Im Hinblick auf die *Grundeinsicht* der Notwendigkeit richterlicher Eigenwertung und Rechtsfortbildung weicht die Wertungsjurisprudenz

nicht begrifflich-logisches, sondern *teleologisches* Denken die Grundlage des privatrechtlichen Systembegriffs bildet,³⁴ daß rechtliche Entscheidungen also *notwendig* auf richterlichen Werturteilen und damit auch auf – wenngleich gebundener – richterlicher *Eigenwertung* beruhen.³⁵ Kurz: nicht einmal die spätere Diskreditierung der Lehren der Freirechtsschule, zu der nicht zuletzt deren eigene exzessive Polemik beigetragen hatte, konnte die einmal gewonnene Erkenntnis der Notwendigkeit richterlicher Eigenwertung und damit der Unzulänglichkeit des streng verstandenen Richterbindungsgedankens noch beseitigen.

Möglich wurde dieser Bewußtseinswandel erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts, als die staatliche Entwicklung weit genug gediehen war, um die Justiz als integralen Bestandteil der Staatsgewalt zu akzeptieren. Zu diesem Zeitpunkt war das liberale Modell einer staatsfreien Privatrechtsgesellschaft längst einem wesentlich komplexeren Gesellschaftsbild mit neuartigen wirtschafts-, wettbewerbs- und arbeitsrechtlichen Problemstellungen gewichen. Unter diesen Voraussetzungen kehrte sich die Bedeutung staatlichen Handelns um: war dieses hundert Jahre zuvor noch als Bedrohung für die bürgerliche Freiheitssphäre wahrgenommen worden, so erwies es sich nun – wie sich am damaligen Erlaß der ersten Wettbewerbs-, Verbraucherschutz- und Arbeitsgesetze ablesen läßt – als zunehmend notwendiges Mittel zur Herstellung der Funktionsvoraussetzungen der liberalen Wirtschaftsordnung.³⁶ Damit schwächte sich jedoch auch der frühere Antagonismus zwischen staatlicher Eingriffsverwaltung und »staatsfreier« Privatrechtsrechtsprechung ab, so daß – wie *Bülow's* Abhandlung paradigmatisch zeigt – Gesetzgebung und Rechtsprechung erstmals als sich ge-

jedoch nicht von den Prämissen der Interessenjurisprudenz ab; vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. III, S. 374. Damit sei dahingestellt, inwieweit sich insoweit von einem »Paradigmenwechsel« sprechen läßt; vgl. in diesem Sinne *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, 2001, S. 3 ff., 24 ff. in Anschluß an *Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. 1970, S. 92 ff., 111 ff.; a.A. bereits *Esser*, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, 1965, S. 8.

³⁴ Dazu statt aller *Canaris*, Systemdenken, S. 41 ff. und *passim*; *ders.*, Feststellung von Lücken, S. 16, 31 ff., 71 ff. und *passim*.

³⁵ So inzwischen das gesamte rechtsmethodologische Standardschrifttum; vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 188 ff. und *passim*; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 9 und *passim*; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 966 und *passim*; *Kramer*, Methodenlehre, S. 291 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 23 ff.; *Müller*, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Festschrift Universität Heidelberg, 1986, S. 65, 70 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rz. 276; *Sendler*, Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch, NJW 1987, 3240; *Meier-Hayoz*, Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts, JZ 1981, 417, 419; ähnlich wie *Bülow* aus neuerer Zeit ferner *T. Raiser*, Richterrecht heute, ZRP 1985, 111, 116.

³⁶ Vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 543 ff.; *ders.*, Sozialmodell, S. 17 ff.; *ders.*, Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, 1960, S. 4 ff.; *Schmidt-Syaßen*, Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, S. 8 ff. Charakteristische Erscheinungen dieses gewandelten Verhältnisses zur staatlichen Privatrechtsgestaltung sind das Abzahlungsgesetz aus dem Jahr 1894 (vgl. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 28) sowie das 1896 erlassene erste UWG (vgl. unten § 4 I 2 a)).

genseitig unterstützende komplementäre *Staatsfunktionen* wahrgenommen werden konnten.³⁷

c) *Der Gedanke der Richterfreiheit im amerikanischen Rechtsdenken:
Das Problem der »Klassenjustiz«*

Vergleicht man dies nun mit der Entwicklung des Gedankens der Richterfreiheit im amerikanischen Privatrechtsdenken, so werden auch insoweit wieder bemerkenswerte Parallelen deutlich. In Amerika formierte sich die erste Kritik am formalistischen Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts gegen 1890, also nur wenig später als in Deutschland.³⁸ Dabei trat die Unerfüllbarkeit des Anspruchs strikter Neutralität des Richters paradoxerweise um so deutlicher zutage, je mehr die Rechtsprechung selbst das Ideal strikter Bindung an das Common Law und dessen Grundprinzipien der Privatautonomie und Vertragsfreiheit verinnerlichte.³⁹ Paradigmatisch für diese Entwicklung war vor allem eine Serie von Urteilen des Supreme Court aus der Dekade zwischen 1895 und 1905, in denen gerade die scheinbar *neutrale*, wissenschaftlich zwingende Anwendung dieses Privatrechtsmodells zur *systematischen* Benachteiligung der Interessen von Arbeitnehmern und sozial schwächeren Gruppen führte und die schließlich 1905 in der berühmten Entscheidung in der Sache *Lochner v. New York* ihren Höhepunkt erreichte, durch die ein Gesetz des Staates New York, das die maximale Arbeitszeit für Bäckereiarbeiter auf 60 Wochenstunden beschränkt

³⁷ Vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S. 263 f.: »Es war nicht mehr vordringlich nötig, zu verhindern, daß der Staat die Gerechtigkeit als eine Dienerin zur Erreichung politischer Zwecke benutzt.« Vielmehr war das politische System jener Zeit längst darauf ausgerichtet, die verschiedenen Äußerungsformen hoheitlicher Macht in *ein* Entscheidungsgefüge zu integrieren, das den bürgerlichen Interessen diene, indem es die staatlichen Interessen stärkte« (*ebd.*, S. 263). Ähnlich auch *HKK-Vogener*, §§ 133, 157 Rz. 106 f.

³⁸ Im amerikanischen Schrifttum wird meist zwischen einer ersten Phase von »progressive legal thought« von etwa 1890 bis 1920 sowie der darauffolgenden bis etwa 1940 andauernden zweiten, eigentlichen Phase des »Realism« unterschieden; eine Unterscheidung, die sich etwa mit der zwischen der deutschen Richterrechtsbewegung und der darauffolgenden Freirechtsschule vergleichen läßt und die keine scharfe Trennlinie markiert. Gegenstand der ersten Phase des »Progressivism« waren vor allem glanzvolle Einzelleistungen, die die spätere Entstehung des Realism vorbereiteten, namentlich *O. W. Holmes'* eindringliches Plädoyer für eine pragmatische, realwissenschaftlich orientierte Rechtswissenschaft (*The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 ff. (1897)), *R. L. Hales* Nachweis der Unmöglichkeit distributiv neutraler Privatrechtsgesetzgebung (vgl. oben § 1 II 3 a) Fn. 69 m.w.N.), *W. N. Hohfelds* Widerlegung der klassischen Vorstellung korrelierender privater Rechts- und Freiheitssphären (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 23 Yale L. J. 16 ff. (1913)) sowie die Begründung von *R. Pounds* soziologischer Rechtsschule (*Law in Books and Law in Action*, 44 Am. L. Rev. 15 ff. (1910)). Vgl. zum Ganzen zusammenfassend *Horwitz*, *Transformation of American Law*, S. 36 ff., 125 ff., 151 ff., 169 ff.

³⁹ Vgl. *Horwitz*, *Transformation of American Law*, S. 15 f., 28 ff.; *Kennedy*, *Rise and Fall*, S. 256 f. und *passim*.

hatte, wegen Unvereinbarkeit mit dem verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatz der Vertragsfreiheit für nichtig erklärt wurde.⁴⁰ Die Empörung, die diese Entscheidung bereits im zeitgenössischen Schrifttum auslöste,⁴¹ kulminierte schließlich zwischen 1930 und 1940 in der – zum Teil unmittelbar durch die deutsche Freirechtsschule beeinflusst – System-, Methoden- und Richterbindungskritik des amerikanischen Legal Realism.⁴²

Wesentlich ist dabei, daß diese Kritik, namentlich die Offenlegung des Indeterminismus der hergebrachten Rechtsquellen- und Methodenlehre und die Forderung nach einer interessenbezogenen, realwissenschaftlichen Rechtsanwendung – »distrust of the theory that traditional prescriptive rule-formulations are *the* heavily operative factor in producing court decisions«; »general agreement on the need for courts to face squarely the policy questions in their cases«; »the conception of law in flux, of moving law, and of judicial creation of law«⁴³ –, auch das amerikanische Rechtsdenken derart nachhaltig prägte, daß es seitdem keinen Weg mehr zurück zum klassischen Richterbindungsideal des 19. Jahrhunderts gibt.⁴⁴ Auch in Amerika gehört die Anerkennung der wesentlichen Bedeutung richterlicher Eigenwertung im Rechtsfindungsprozeß also zum nicht mehr zurücknehmbaren Wertungsbestand des modernen Privatrechtsdenkens.

⁴⁰ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); vgl. zu dieser Entwicklung etwa *Horwitz*, Transformation of American Law, S. 16 ff., 24 ff., 29 ff.; *Paul*, Conservative Crisis and the Rule of Law: Attitudes of Bar and Bench, 1887–1895, 1976, S. 1 ff., 39 ff., 178 ff., 198 ff. und *passim*; *Kennedy*, Rise and Fall, S. 14 ff.; knapp referierend auch *Thüsing*, in: Festschrift Wiedemann, S. 559 f.

⁴¹ Den Grundstein legte bereits die in der Entscheidung enthaltene berühmte *dissenting opinion* *O. W. Holmes'*, in der dieser die Unhaltbarkeit der zugrundegelegten Prämisse zeigte, daß sich die Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Einschränkungen der Privatautonomie in zwingender, eindeutiger Weise aus dem Begriff der Vertragsfreiheit ableiten lasse; vgl. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 74 ff. (1905), auch abgedruckt in *Fisher/Horwitz/Reed*, American Legal Realism, S. 25 ff.; vgl. zur Entwicklung in der Folgezeit *Horwitz*, Transformation of American Law, S. 33 ff.

⁴² Vgl. dazu *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 273: »Selten ist ein juristisches Feuerwerk von solcher Brillanz abgebrannt worden wie der US-amerikanische Rechtsrealismus in den Jahren zwischen 1929 und 1940.« Dabei standen die Lehren des Realism – verbunden mit Namen wie *Llewellyn*, *Cardozo*, *Brandeis*, *J. Frank*, *M. Cohen* und *F. S. Cohen* – denen der deutschen Freirechtsschule nahe und waren zum Teil sogar unmittelbar auf deren Einfluß zurückzuführen; vgl. dazu etwa *Kantorowicz*, Some Rationalism about Realism, 43 Yale L. J. 1240 ff. (1934); zusammenfassend *Herget/Wallace*, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, 73 Va. L. Rev. 399, 422 ff. (1987). Quellenverzeichnisse des Realism finden sich bei *Llewellyn*, Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, 44 Harv. L. Rev. 1222, 1257 ff. (1931); *Fisher/Horwitz/Reed*, American Legal Realism, S. 319 ff.; zusammenfassend auch *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 273 ff., 283 ff.

⁴³ Alle Zitate bei *Llewellyn*, 44 Harv. L. Rev. 1222, 1236 f., 1254 (1931).

⁴⁴ Vgl. zu der bis in die Gegenwart prägenden Bedeutung des Realism etwa *Horwitz*, Transformation of American Law, S. 193 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 324 f.

II. Der Wertungsgegensatz zwischen Richterbindung und richterlicher Freiheit in der modernen Privatrechtstheorie

Charakteristisch für das moderne Privatrechtsdenken ist es damit nach hier vertretener Ansicht, daß sich Richterbindung und Richterfreiheit als unversöhnliche Gegensätze gegenüberstehen, also eine ebenso fundamentale Antinomie bilden wie die bisher erörterten Gegensatzpaare zwischen Individualismus und Kollektivismus und zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Nun ist diese These allerdings am Maßstab der gegenwärtigen Methodenlehre zu messen, die vor allem in Deutschland trotz der erkannten Unmöglichkeit absoluter Richterbindung dennoch jedenfalls am *Leitbild*, an der »regulativen Idee«⁴⁵ vollständiger Rationalisierbarkeit rechtlicher Entscheidungen festhält, die Unauflösbarkeit des institutionellen Grundwiderspruchs also grundsätzlich nicht anerkennt.

1. Zur Möglichkeit der Richterbindung vom Standpunkt der Wertungsjurisprudenz

a) Die teleologische Struktur des Privatrechtsdenkens

Ausgangspunkt dieser Überzeugung ist dabei das in Deutschland in Form der Wertungsjurisprudenz herrschende teleologische Verständnis der privatrechtlichen Institutionen und dessen Grundgedanke, daß nicht die begrifflich-logische Struktur des Privatrechts, sondern vielmehr die diesem zugrundeliegende Wertordnung die entscheidende Grundlage seiner Anwendung und Fortbildung darstellt.⁴⁶ Nun ermöglichte diese Einsicht zweifelsohne wesentliche Fortschritte gegenüber dem um 1900 oder sogar noch 1950 herrschenden Stand der juristischen Methodenlehre. So besteht etwa erst seit neuerer Zeit Klarheit darüber, daß Auslegung und Rechtsfortbildung letztlich ineinander übergehende Bereiche wertender richterlicher Tätigkeit darstellen;⁴⁷ daß selbstverständlich auch die Schlußverfahren der Analogie, der teleologischen Reduktion usw.

⁴⁵ Vgl. *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, 1993, S. 41; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 116; *Larenz*, in: Festschrift Nikisch, S. 275, 280; im Anschluß daran etwa *Langenbacher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 38 f.; kritisch *A. Kaufmann*, Über Gerechtigkeit, S. 145 ff.

⁴⁶ So treffend *Canaris*, Systemdenken, S. 41 ff. sowie soeben Fn. 34 und 35 m.w.N.

⁴⁷ Vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 187; *Larenz*, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1 f.; *Esser*, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, S. 5; *Müller*, in: Festschrift Universität Heidelberg, S. 65, 70 f.; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rz. 276; *Sendler*, NJW 1987, 3240.

nicht logischer, sondern teleologischer Natur sind;⁴⁸ ja daß sich nahezu alle Rechtsfragen letztlich auf *wertende* Abwägungsentscheidungen zwischen kollidierenden Rechtsprinzipien zurückführen lassen.⁴⁹

Besonders bedeutsam ist insoweit der Gedanke, daß es neben der herkömmlichen »gesetzesimmanenten« Rechtsfortbildung, also der gewöhnlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken, auch einen Bereich legitimer »gesetzesübersteigernder« Rechtsfortbildung gibt, in dem es sogar zulässig ist, sich im Wege freier Rechtsschöpfung über die Teleologie des positiven Rechts hinwegzusetzen, wenn dies durch den größeren Wertungszusammenhang der Gesamtrechtsordnung gefordert wird. Auf dieser Grundlage wurde etwa versucht, Rechtsschöpfungen wie die culpa in contrahendo, das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder schließlich sogar die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts zu rechtfertigen – die culpa in contrahendo auf der Grundlage des Vertrauensschutzprinzips, das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausfluß des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sowie die Aufwertungsrechtsprechung als rechtsethisch gebotene Anwendung des materiellen Äquivalenzprinzips.⁵⁰ Die Konsequenz liegt auf der Hand: auf der Grundlage einer derartigen teleologischen Sichtweise der Rechtsanwendung lassen sich auf den ersten Blick selbst weitreichende freie Rechtsschöpfungsvorgänge methodologisch strukturieren.

b) Die Unauflösbarkeit richterlicher Eigenwertung vor allem im Bereich der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung

Doch ist eine nachhaltige Rationalisierung derartiger Entscheidungen wirklich denkbar? Nach hier vertretener Ansicht sind gerade die zuletzt genannten Beispiele charakteristischer Ausdruck der Unmöglichkeit, die freie richterliche Rechtsschöpfung methodologisch vollständig zu durchdringen. So kommt vor allem der Versuch, die Aufwertungsrechtsprechung *einschließlich* der dadurch bewirkten Durchbrechung des Nominalwertgrundsatzes (»Mark gleich Mark«) mit Hilfe des materiellen Äquivalenzprinzips zu legitimieren,⁵¹ letzt-

⁴⁸ Dazu etwa *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 16, 31 ff., 71 ff. und *passim*; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 202 ff., 210 ff.; *Larenz*, NJW 1965, 1, 4 ff.; vgl. aber auch schon *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 23 ff.

⁴⁹ In diesem Bewußtsein umfassender Relevanz richterlicher Abwägungsentscheidungen liegt letztlich der Kerngehalt der Wertungsjurisprudenz; vgl. dementsprechend unten § 3 II 3 zur ständig steigenden Bedeutung juristischer Abwägungstheorien. Bemerkenswert ist, daß eine derartige »Abwägungsjurisprudenz« auch im amerikanischen Rechtsdenken unter dem Einfluß des »neutralen Prinzipien Denkens« *Harts, Sacks', Wechslers* und *Dworkins* (vgl. oben § 2 I 1 b) mit Fn. 16) stetig an Bedeutung gewinnt; vgl. *Kennedy*, From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's »Consideration and Form«, 100 Colum. L. Rev. 94 ff. (2000) (»conflicting considerations approach«).

⁵⁰ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 247 ff., insbes. 252.

⁵¹ Abgesehen davon, daß dieses Argument bereits in Anbetracht der ausdrücklichen *Ab-*

lich dem Eingeständnis gleich, daß sich auf der Grundlage allgemeiner Rechtsprinzipien fast *beliebige* Rechtsschöpfungen rechtfertigen lassen: so läßt sich größere Rücksichtnahme im Vertragsrecht stets auf das materielle, größere Freiheit hingegen auf das formale Äquivalenzprinzip stützen; größere Flexibilität folgt aus dem Interesse der Einzelfallgerechtigkeit, während größere Rigidität durch das Gebot der Rechtssicherheit gefordert wird usw.

Mit anderen Worten: der Anspruch der Wertungsjurisprudenz, auf der Grundlage eines teleologischen Systemverständnisses des Privatrechts zu rational nachvollziehbaren Entscheidungen zu gelangen, ist jedenfalls insoweit nicht vollständig erfüllbar, als die eine Entscheidung determinierenden Wertungen gerade in den eigentlich problematischen Fällen oft keine normative Einheit bilden, also gerade *nicht* zu einer ihr Spannungsverhältnis aufhebenden, teleologisch »zwingenden« Lösung drängen,⁵² sondern sich vielmehr mit unverminderter Widersprüchlichkeit gegenüberstehen. Etwas anderes gilt zwar im Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung, in dem die jeweils einschlägigen Wertungen stärker an die normativen Vorentscheidungen des Gesetzes gebunden sind; doch immer dann, wenn der normativ gesicherte Bereich des Gesetzes verlassen wird, treten die Antinomien des Privatrechtsdenkens offen zutage und stellen den Anspruch methodologischer Rationalität der auf dieser Grundlage zu treffenden Entscheidungen wieder in Frage.⁵³

2. Rationalität der Rechtsfindung durch Rationalisierbarkeit rechtlicher Argumentation?

Nun ist sich allerdings auch das herrschende Methodenschrifttum des Umstands bewußt, daß sich gerade im Bereich der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung nur sehr vage Grundregeln methodisch korrekter Entscheidungsfindung formulieren lassen, etwa daß diese nicht mit dem Gesetz unvereinbar sein dürfe und sich durch »spezifisch *rechtliche*« Kriterien im Gegensatz zu

lehnung des materiellen Äquivalenzprinzips durch die Verfasser des BGB allenfalls schwache Überzeugungskraft besitzt, führt kein Weg daran vorbei, daß die Durchbrechung des Nominalwertgrundsatzes gegen den Wortsinn gültigen Gesetzesrechts verstieß und damit nur als *contra legem* bezeichnet werden kann. Vgl. in diesem Sinne auch *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, S. 69 ff.; *Dawson*, *Oracles*, S. 469 f.

⁵² So aber *Canaris*, *Systemdenken*, S. 53 ff., 115 f.

⁵³ Fruchtbar und weiterführend ist dementsprechend die von *Fikentscher* getroffene Unterscheidung zwischen »gesetzesimmanenter« und »gesetzesfortbildender« Wertungsjurisprudenz; ersterer ordnet er *Westermann*, letzterer *Larenz* zu; vgl. *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. III, S. 406 ff.; dort auch zu der noch weiter vom Gesetz gelösten Wertungsjurisprudenz *Essers*, *Wieackers* sowie *Zippelius*' (vgl. *Zippelius*, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, 1962, S. 193 ff.), die *Fikentscher* als »gesellschaftsimmanente« bzw. »die Gesellschaft transzendierende« Wertungsjurisprudenz bezeichnet und damit zugleich die Grenzen des Rationalitätsanspruchs der Wertungsjurisprudenz markiert.

bloßen »rechtspolitischen Zweckmäßigkeitsüberlegungen« legitimieren lassen müsse.⁵⁴

a) Der Gedanke der Rationalisierbarkeit rechtlicher Argumentation

Hinter dem zuletzt genannten Gedanken steht nun eine für das gesamte moderne Rechtsdenken äußerst charakteristische Überlegung: daß die entscheidende Grundlage der Rationalisierbarkeit rechtlicher Entscheidungen in der Rationalität der zugrundeliegenden *Argumentation* liegt, daß sich also auch Entscheidungen außerhalb des Bereichs strikter Gesetzesbindung begründen lassen, soweit die ihnen zugrundeliegende Argumentation im spezifisch juristischen Sinne rational nachvollziehbar ist.⁵⁵

Dieser Gedanke bildet die Grundlage der meisten gerade in jüngerer Zeit vor dem Hintergrund prozeduralen Gerechtigkeitsdenkens entstandenen juristischen Argumentationstheorien.⁵⁶ Paradigmatisch für diese ist etwa *Dworkin's* Versuch, die Legitimität juristischer Entscheidungen durch strikte Beschränkung des zulässigen Argumentationskanons auf »principles« im Gegensatz zu »policies«, also auf »rechtliche« im Gegensatz zu »rechtspolitischen« Argumenten zu begründen, wobei *Dworkin* unter »principles« individuelle oder gruppenbezogene Rechte versteht, während »policies« bloße kollektive Ziele

⁵⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 232 f., 246 f.; ähnlich bereits *Larenz*, NJW 1965, 1, 10; *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 163 ff.; ferner *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 485 f.

⁵⁵ Dieser Gedanke stellt sich letztlich als konsequente Fortsetzung des klassischen Richterbindungsideals dar. In Fällen wie denen der übergesetzlichen Rechtsfortbildung, in denen die herkömmlichen Grundlagen der Richterbindung – Rechtsquellentheorie und Methodenkanon – zu wenig Trennschärfe besitzen, scheint es nahezuliegen, statt auf die Legitimität der zugrundegelegten Rechtsgrundlagen als solcher auf die *konkrete* Art und Weise ihrer argumentativen Verwertung abzustellen. Vgl. in diesem Sinne *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 31 ff., insbes. 36; ferner *Aarnio/Alexy/Peczenik*, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, 1983, S. 9, 11; *Broekman*, Die Rationalität des juristischen Diskurses, *ibd.*, S. 89 ff.; *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 144 ff.

⁵⁶ Aus logisch-analytischer Perspektive: *Toulmin*, The Uses of Argument, 1958, S. 94 ff.; *MacCormick*, Legal Reasoning and Legal Theory, S. 19 ff.; *Weinberger*, Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, 1983, S. 159 ff. Aus topisch-rhetorischer Perspektive: *Perelman/Olbrechts-Tyteca*, La nouvelle rhétorique, 1958; ferner – wenngleich mit anderer, nicht auf Rationalisierung des Rechtsfindungsvorgangs gerichteter Zielsetzung, vgl. dazu unten § 6 I 2 b) mit Fn. 62 – *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, 5. Aufl. 1974, S. 13 ff., 81 ff., 95 ff. Aus verfahrens- bzw. diskursethischer Perspektive: *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 259 ff.; *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 82 ff.; *Aarnio/Alexy/Peczenik*, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, S. 40 ff.; zusammenfassend zum Ganzen *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, S. 1 ff.; *Haft/Hilgendorf*, in: Festschrift A. Kaufmann, S. 93, 106 ff.; kritisch *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 88 ff.; *v. d. Pfordten*, in: *Schulz* (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung, S. 17, 32 ff.

oder Interessen umschreiben.⁵⁷ Ziel dieser Grenzziehung ist es also, »rechtsfremde«, d.h. potentiell »politische« Entscheidungsmotive aus dem Rechtsfindungsprozeß auszuklammern und damit die Gefahr richterlicher Willkür auf prozeduralem Wege, nämlich durch Festlegung bestimmter Grenzen zulässiger rechtlicher Argumentation zu bannen.⁵⁸ Ähnlich verfährt im deutschen Schrifttum auch *Alexy*, dessen »Theorie der juristischen Argumentation« unter anderem darauf zielt, die hergebrachten juristischen Auslegungs- und Rechtsfortbildungsverfahren auf diskursethischer Grundlage als normativ verbindliche Voraussetzung rationaler juristischer Argumentation festzuschreiben.⁵⁹

b) Die Unmöglichkeit der Trennung zwischen rechtlicher und rechtspolitischer Argumentation

Gegen die Tragfähigkeit derartiger Versuche spricht nach hier vertretener Ansicht jedoch bereits, daß es – jedenfalls außerhalb des engen Bereichs unmittelbarer Argumentation auf der Grundlage autoritativer Rechtsquellen –⁶⁰ nicht nur praktisch, sondern auch theoretisch unmöglich ist, »rechtliche« von »rechtspolitischen«, also folgenorientierten ethischen und sozialwissenschaftlichen Argumenten außerhalb des engeren Bereichs gesetzlicher und innerrechtlicher Wertungen abzugrenzen und damit eine Klasse rechtlich »bindender« Argumente aus dem allgemeinen gesellschaftswissenschaftlichen Diskurs hervorzuheben.⁶¹

⁵⁷ Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 82 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, S. 69 ff.; *ders.*, 11 Ga. L. Rev. 1201, 1203 ff. (1977); im Anschluß daran aus dem deutschen Schrifttum etwa *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 4 ff., 30 ff.

⁵⁸ An dieser Stelle berührt sich *Dworkin's* Prinzipientheorie, wie bereits erwähnt, mit der prozeduralen Zielsetzung der amerikanischen *Legal Process School* und deren Zentralbegriff der »*reasoned elaboration*«, also der »rationalen Konkretisierung« rechtlicher Prinzipien, sowie mit *Wechsler's* »neutral principles«; vgl. *Hart/Sacks*, The Legal Process, S. 162 ff.; *Wechsler*, 73 Harv. L. Rev. 1 ff. (1959) sowie bereits oben § 2 I 1 b) mit Fn. 16.

⁵⁹ Vgl. *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 288 ff.; *ders.*, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: *Aarnio/Niiniluoto/Uusitalo* (Hrsg.), Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, 1981, S. 177 ff.; *ders.*, Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, in: *Alexy/Koch/Kublen/Rüßmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 113, 117 ff.

⁶⁰ Eine ähnliche Abgrenzung treffen auch *Summers*, Comments on »The Foundation of Legal Reasoning«, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, 1983, S. 145, 151; *Summers*, Form and Substance in Legal Reasoning, in: *ders.*, Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning, 1992, S. 138 ff.; *Greenawalt*, Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges, 75 Colum. L. Rev. 359, 386 (1975). Vgl. zur Anerkennung »positiver« Rechtsgeltung in diesem Sinne noch näher unten § 9.

⁶¹ Vgl. in diesem Sinne bereits *Kelsen*, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz VI (1930/1), 576, 585 ff.; *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 100 ff., insbes. 101, 107, 110 ff., 120 f.; *Hie-*

So wurde gegen *Dworkins* Prinzipientheorie in der amerikanischen Literatur zurecht eingewandt, daß sie sowohl als empirische als auch als normative Theorie der Rechtsfindung versagen müsse.⁶² Während sie in empirischer Hinsicht bereits an der offensichtlichen Tatsache scheitert, daß Richter in zahllosen Fällen eben gerade nicht ausschließlich auf der Grundlage von »principles« entscheiden, sondern auch Gedanken sozialer Nützlichkeit, Angemessenheit, Sachgerechtigkeit usw., also klare »policy«-Erwägungen heranziehen,⁶³ erweist sie sich als normative Theorie letztlich als theoretisch unhaltbar: so ist es in Anbetracht der Komplexität der Rechtsordnung und der Vielfalt der durch sie bereits anerkannten Interessen und Wertungen einerseits fast stets möglich, »policies« in entsprechende »principles« umzuformulieren und umgekehrt,⁶⁴ während andererseits die von *Dworkin* für die Beschränkung auf »principles« ins Feld geführten Argumente des Demokratieprinzips, des Rückwirkungsverbots und der argumentativen »Konsistenz« gerade in den eigentlich problematischen Fällen, in denen *kein* »principle« existiert, das einer Partei ein eindeutiges »Recht« zuweist, nicht überzeugen können.⁶⁵

Vom hier vertretenen Standpunkt aus werden diese Einwände noch durch den Grundgedanken der bisherigen Ausführungen bestärkt, daß sich nahezu alle privatrechtlichen Entscheidungen von gewisser Tragweite – die Anerken-

baum, Zur Unvermeidlichkeit von Zielsetzungen im juristischen Diskurs – ein Argument gegen *Dworkin*, ARSP 88 (2002), 86 ff.

⁶² Ablehnend oder zumindest kritisch etwa *H.L.A. Hart*, American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, 11 Ga. L. Rev. 969, 986 ff. (1977); *Greenawalt*, 75 Colum. L. Rev. 359, 391 ff. (1975); *ders.*, Policy, Rights, and Judicial Decision, 11 Ga. L. Rev. 991, 1003 ff. (1977) (»startingly and misleadingly simplistic«, »borders on being inconsistent«); *Bodenheimer*, Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion, 11 Ga. L. Rev. 1143, 1157 ff. (1977); *Brilmayer*, The Institutional and Empirical Basis of the Rights Thesis, 11 Ga. L. Rev. 1173, 1175 ff. (1977); *Richards*, Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication, 11 Ga. L. Rev. 1069, 1096 ff. (1977); *Bell*, Policy Arguments in Judicial Decisions, 1983, S. 24 ff., 207 ff.; *Kennedy*, A Critique of Adjudication, S. 119 ff.; zustimmend nur *Sartorius*, Bayes' Theorem, Hard Cases, and Judicial Discretion, 11 Ga. L. Rev. 1269 ff. (1977); vgl. auch *Dworkins* eigene Verteidigung seiner Theorie in 11 Ga. L. Rev. 1201 ff. (1977).

⁶³ Vgl. *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 997 (1977); *Brilmayer*, 11 Ga. L. Rev. 1173, 1180 ff. (1977); *Summers*, in: *ders.*, Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning, 1992, S. 138 ff.

⁶⁴ Vgl. *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1026 ff., 1048 (1977); ähnlich auch *Brilmayer*, 11 Ga. L. Rev. 1173, 1181 (1977).

⁶⁵ Vgl. *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1003 ff. (1977); ähnlich auch *Brilmayer*, 11 Ga. L. Rev. 1173, 1175 ff. (1977): das Demokratiegebot steht der Befugnis zur richterlichen Lückenfüllung und sogar inhaltlichen Vorwegnahme künftiger gesetzgeberischer Entscheidungen im Bereich von Rechtslücken gerade nicht entgegen, während die Berufung auf das Verbot rückwirkender Änderung der Rechtslage in diesen Fällen mangels schutzwürdigen Vertrauens von vornherein keine Überzeugungskraft besitzt. Schlicht falsch ist schließlich, daß argumentative »Konsistenz« (»articulate consistency«) nur auf der Grundlage von »principles«, nicht dagegen von »policies« gefordert und erreichbar sei; vgl. zutreffend *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 997 ff. (1977).

nung relevanter Geschäftsgrundlagenstörungen nicht anders als die vorvertraglicher Informationspflichten – letztlich als zeitgebundene Antworten auf rechtspolitische Grundfragen wie der nach dem gesellschaftlich angemessenen Maß an fremdverantwortlicher Rücksichtnahme im Privatrechtsverkehr darstellen.⁶⁶ Aus diesem Grund erscheint es nicht etwa nur mangels Praktikabilität einer entsprechenden Grenzziehung, sondern *grundsätzlich* als undurchführbar, den Bereich »rechtspolitischer« Argumentation in methodenehrlicher Weise aus dem rechtlichen Diskurs auszuklammern.⁶⁷ So ist es, wie gesehen, etwa unmöglich, Fragen wie die nach der zulässigen Reichweite verbraucherschützender Widerrufsrechte oder vorvertraglicher Informationspflichten angemessen zu beantworten, ohne ihre jeweiligen ökonomischen Implikationen zu berücksichtigen. Eine Rechtswissenschaft, die sich dieses Umstands nicht bewußt ist, wird ihrem gesellschaftswissenschaftlichen Anspruch nicht gerecht.⁶⁸

c) Die Ungeeignetheit der Kategorie der »Bindungswirkung«

Darüber hinaus erscheint es vom hier vertretenen Standpunkt aus jedenfalls außerhalb des Bereichs der Argumentation auf der Grundlage autoritativer Rechtsquellen jedoch als grundsätzlich verfehlt, juristische Argumentation am Maßstab ihrer »Legitimität« oder gar »Bindungswirkung« zu messen.⁶⁹ Diese Kritik ist also nicht nur der soeben erörterten Unterscheidung zwischen rechtlichen und rechtspolitischen Argumenten, sondern auch anderen Ansätzen entgegenzuhalten, die – wie etwa *Alexys* Argumentationstheorie oder teils auch die hergebrachte Methodenlehre – versuchen, die Rationalität rechtlicher Argumentation durch die Annahme »bindender« Wirkung bestimmter Argumente

⁶⁶ Ebenso *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 100 ff.; *Greenawalt*, 75 Colum. L. Rev. 359, 391 ff. (1975); *ders.*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1003 ff. (1977); *Bell*, Policy Arguments in Judicial Decisions, S. 207 ff., insbes. 213; *A. Kaufmann*, Über Gerechtigkeit, S. 146 ff.; a.A. etwa *Langenbacher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 18 ff.

⁶⁷ Vgl. eindringlich *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 100 ff.

⁶⁸ Ähnlich auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 490; *Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht, 1977, S. 108 ff.; *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 110 f.; *Heldrich*, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts?, JuS 1974, 281 ff.; differenzierend auch *ders.*, Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74, 79 ff. Dagegen besitzt auch der gelegentlich erhobene Einwand, daß Richter infolge ihrer rein juristischen Ausbildung nicht über die notwendige Sachkompetenz zur Durchführung von »policy«-Entscheidungen verfügten (vgl. *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 421; *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 426 ff.), zumindest solange wenig Gewicht, als auch an Mitglieder gesetzgebender Körperschaften keinerlei Anforderungen sozialwissenschaftlicher Mindestqualifikation gestellt werden. Umgekehrt gilt: je stärker die soziale Rolle des Richters im öffentlichen Bewußtsein verankert ist, desto mehr setzt sich das Bedürfnis nach qualifizierter rechtspolitischer Analyse – wie derzeit schon in den Vereinigten Staaten von Amerika, vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 427 – auch in der juristischen Ausbildung durch.

⁶⁹ Ähnlich vor allem *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 111; *ders.*, Grundsatz und Norm, S. 283 f. (zum verwandten Problem der Präjudizienbindung).

unter Ausschluß anderer zu begründen:⁷⁰ juristische Argumentation – gleich ob in der Form klassischer Auslegung oder abwägender, übergesetzlicher Wertentscheidung – ist dann und insoweit tragfähig, wenn und soweit sie *überzeugt*; Grundlage dieser Überzeugungskraft ist jedoch allein ihr Gewicht im Einzelfall, das auf ihrer Qualität und Sachangemessenheit beruht und von Fall zu Fall völlig unterschiedlich sein kann.⁷¹

Von diesem Blickwinkel aus stellt sich also der Gedanke, daß die Legitimation richterlicher Entscheidungen auf der »Bindung« des Richters an einen abschließenden Kanon zulässiger Argumente beruht, als Scheinrationalisierung dar, die sowohl über die Unwägbarkeit der letztlich ausschlaggebenden Entscheidungsgründe als auch darüber hinwegtäuscht, daß viele rechtliche Entscheidungen gerade *nicht* dem durch den Bindungsgedanken nahegelegten Anspruch zwingender Überzeugungskraft genügen – daß aber gerade *dies* der Geltungskraft des Rechts keinen Abbruch tut, sondern als Konsequenz seiner offenen Argumentationsstruktur schlicht hinzunehmen ist. Denn was bedeutet schon »Bindung«: so ist etwa im Rahmen der Bürgschaftsrechtsprechung die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Selbstbestimmungsfreiheit des Bürgen zweifelsohne aufgrund vorrangigen Verfassungsrechts geboten und insoweit »bindend«. Doch *konkret* folgt daraus lediglich ein Gebot staatlichen Minimal-schutzes des Bürgen,⁷² das keinerlei Aussage darüber erlaubt, wie weit der Schutz des Bürgen nun *im einzelnen* zu ziehen ist – ob diesem also etwa bereits

⁷⁰ So ist etwa bei der Erörterung der »Bindungswirkung« sowie der »Rangfolge« der hergebrachten Grundsätze grammatischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung zu berücksichtigen, daß diese durch die historische Entwicklung der Auslegungslehre während des 19. Jahrhunderts letztlich eher zufällig hervorgehoben wurden; vgl. dazu oben § 3 I 1 a) mit Fn. 10. Zum Rangfolgeproblem vgl. etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 553 ff.; *Larenz*, in: Festschrift Huber, 1973, S. 291, 294 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 163 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 303 ff.; *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, S. 112 ff.; differenzierend *Canaris*, Das Rangverhältnis der »klassischen« Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: Festschrift Medicus, 1999, S. 25, 33 ff., 50 ff., insbes. 58 ff.; *ders.*, Die Problematik der Anwendung von § 564b BGB auf die Kündigung gegenüber dem Erben eines Wohnungsmieters gemäß § 569 BGB – ein Kapitel praktizierter Methodenlehre, in: Festschrift Fikentscher, 1998, S. 11, 29 ff.

⁷¹ Kritisch auch *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 123 ff.; *ders.*, Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, S. 20 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 241 f.; *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 85 ff. Zutreffend ist dabei insbesondere die Kritik *Essers* (Vorverständnis und Methodenwahl, S. 123 f.) an der offensichtlichen *Gegensätzlichkeit* der Auslegungsgrundsätze, die mit bemerkenswerter Parallelität auch von *Llewellyn* im Hinblick auf die Interpretationsmethoden des Common Law erhoben wurde; vgl. *Llewellyn*, Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed, 3 Vand. L. Rev. 395, 401 ff. (1950); *ders.*, The Bramble Bush, S. 65; a.A. etwa *Larenz*, in: Festschrift Huber, S. 291, 294 ff.

⁷² Zutreffend *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 228, 245; *ders.*, JuS 1989, 161, 163; *ders.*, Grundrechte und Privatrecht, S. 39 ff., 45 ff. (»Untermaßverbot«).

die restriktive frühere Rechtsprechung des IX. Senats oder erst der expansive gegenwärtige Kurs des XI. Senats genügt.⁷³

3. Rationalität richterlicher Abwägungsentscheidungen?

Ist es also nicht möglich, die Grundlagen rechtlicher Argumentation abschließend zu rationalisieren, so ist doch die damit eng verwandte – und meist ebenfalls vor dem Hintergrund prozeduralen Gerechtigkeitsdenkens gestellte – Frage noch nicht beantwortet, ob sich die methodologische Nachvollziehbarkeit normativer Entscheidungen nicht aus der Rationalität des zugrundeliegenden *Abwägungsvorgangs* ergibt.⁷⁴

a) Der Gedanke der Rationalisierbarkeit richterlicher Abwägungsentscheidungen, insbesondere Dworkins »One Right Answer Thesis«

Ausgangspunkt der auf dieser Grundlage entstandenen Abwägungstheorien ist die zutreffende Einsicht, daß richterliche Werturteile dann, wenn Art und Gewicht der zugrundeliegenden Interessen eine einzige, bestimmte Lösung nahelegen, nicht nur subjektive, sondern durchaus *objektive*, allgemein nachvollziehbare Gültigkeit besitzen können. Dieser Gedanke, daß sich bestimmte Bewertungs- und Abwägungssituationen typisieren und damit methodisch rationalisieren lassen, existiert im Privatrechtsdenken an vielen Stellen. Ein Beispiel ist etwa das – oft mißverständlich als eigenständige methodologische Figur dargestellte – »bewegliche System« im Sinne *Wilburgs*,⁷⁵ das die Entschei-

⁷³ Vgl. dazu oben einleitend vor § 1.

⁷⁴ In Anbetracht des prozeduralen Charakters des Abwägungsgedankens (der wiederum eng mit der Wende zur Wertungsjurisprudenz verbunden ist; vgl. etwa *Larenz*, Methodische Aspekte der Güterabwägung, in: Festschrift Klingmüller, 1974, S. 235 sowie oben Fn. 49) verwundert es nicht, daß auch dieser wieder hauptsächlich in den Arbeiten *Dworkins* und *Alexys* Ausdruck gefunden hat; vgl. etwa *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 24 ff., 105 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, S. 33 ff.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 143 ff.; *ders.*, Ermessensfehler, JZ 1986, 701 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 61 (2002), S. 7, 18 ff.; *ders.*, Die Gewichtsformel, in: Gedächtnisschrift Sonnenschein, 2003, S. 771 ff.; im Anschluß daran auch *Sieckmann*, Zur Begründung von Abwägungsurteilen, Rechtstheorie 26 (1995), 45 ff.; *ders.*, Autonome Abwägung, ARSP 90 (2004), 66 ff.; *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 102 ff.; *ders.*, Die Struktur rationaler Abwägungen, ARSP Beiheft 65 (1996), 152 ff.; *ders.*, Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 36 (1997), 27 ff.; *Stück*, Subsumtion und Abwägung, ARSP 84 (1998), 405 ff.; *Koch*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: *Alexy/Koch/Kuhlen/Rießmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2003, S. 235 ff.; *Röthel*, Normkonkretisierung, S. 146 ff.; jeweils m.w.N.

⁷⁵ Vgl. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht, 1950, S. 4 ff. sowie bereits *ders.*, Die Elemente des Schadensrechts, 1941, S. 26 ff.; dazu etwa *Canaris*, Systemdenken, S. 74 ff. Dabei handelt es sich jedoch letztlich um nichts anderes als um den

dungsfindung auf der Grundlage mehrerer zusammenwirkender, in ihrer Gewichtung variabler Wertungskriterien beschreibt, die sich dann, wenn eines von ihnen in besonderer Stärke auftritt, unter Umständen auch gegenseitig ersetzen können und die damit im Gegensatz zu festumrissenen Tatbestandsmerkmalen eine *rationale* Begründung einer bestimmten Entscheidung erlauben, *ohne* in jedem Fall vollständig vorliegen zu müssen.⁷⁶

Die entscheidende Frage ist nun, ob sich derartige Gedanken zu einer allgemeinen Theorie rationaler juristischer Abwägung verdichten lassen. Dies hat vor allem *Alexy* auf der Grundlage des Postulats versucht, daß im Fall der Kollision zweier Prinzipien die Wichtigkeit der Erfüllung des einen um so höher sein müsse, je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des anderen sei.⁷⁷ Später hat *Alexy* diese Regel im Hinblick auf die Abwägung zwischen kollidierenden Grundrechten – deren Struktur sich jedoch ohne weiteres auch auf die privatrechtliche Abwägungsproblematik übertragen läßt – nochmals dahingehend präzisiert, daß jedenfalls in solchen Fällen eine rationale Abwägungsentscheidung möglich sei, in denen ein leichter Eingriff in ein bestimmtes Rechtsgut durch schwerwiegende Eingriffsgründe gerechtfertigt wird oder sich umgekehrt nur Gründe von geringem Gewicht für einen schweren Eingriff anführen lassen.⁷⁸ Ähnliche partielle Rationalitätspostulate auf der Grundlage von Kriterien wie dem Rang, dem spezifischen Gewicht und dem Erfüllungsgrad kollidierender Prinzipien wurden – zum Teil unter erheblichem formalem Aufwand – auch von anderen Stimmen in der Literatur vertreten.⁷⁹

häufigen Fall einer Wertentscheidung auf der Grundlage mindestens zweier gleichgerichtet wirkender Prinzipien (daher auch die Häufigkeit der »Entdeckung« beweglicher Systemteile in den verschiedensten Rechtsgebieten; vgl. etwa die Beiträge in dem Sammelband *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, 1986), nahe verwandt etwa mit dem bekannten »Sandhaufentheorem« (vgl. *Bender*, *Das »Sandhaufentheorem«*, in: *Gedächtnisschrift Rödiger*, 1978, S. 34 ff.; *Philipp*, *Eine Theorie der unscharfen Subsumtion*, ARSP 81 (1995), 405, 414 f.).

⁷⁶ Vgl. *Wilburg*, *Bewegliches System*, S. 12 f.; *ders.*, *Die Elemente des Schadensrechts*, S. 28 f. Zum zwischen Generalklausel und festem Tatbestand angesiedelten Rationalitätsanspruch des beweglichen Systems vgl. *Canaris*, *Systemdenken*, S. 82 ff. sowie noch näher unten § 6 I 2 b).

⁷⁷ Vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, S. 146; *ders.*, in: *Gedächtnisschrift Sonnenschein*, S. 771, 772.

⁷⁸ Vgl. *Alexy*, *VVDStRL* Bd. 61 (2002), S. 7, 18 ff.; *ders.*, in: *Gedächtnisschrift Sonnenschein*, S. 771, 772 ff. (formalisierte Fassung); ähnlich bereits *ders.*, *Theorie der Grundrechte*, S. 143 ff.

⁷⁹ Vgl. insbesondere *Jansen*, *Die Struktur der Gerechtigkeit*, S. 106 ff.; *ders.*, ARSP Beiheft 65 (1996), 152, 159 ff.; *ders.*, *Der Staat* 36 (1997), 27 ff. (ökonomisches Abwägungsmodell); ferner *Sieckmann*, *Rechtstheorie* 26 (1995), 45, 46 ff.; *ders.*, ARSP 90 (2004), 66, 76 ff.; *Stück*, ARSP 84 (1998), 415 ff.; *Koch*, in: *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann* (Hrsg.), *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden 2003, S. 235, 245; *Röthel*, *Normkonkretisierung*, S. 146 ff., 225 ff. sowie bereits *Larenz*, in: *Festschrift Klingmüller*, S. 235, 239 f.; *Hubmann*, *Wertung und Abwägung im Recht*, 1977, S. 20 ff. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch

Noch allgemeiner setzt schließlich die bereits erwähnte Prinzipientheorie *Dworkins* an, die im deutschen Rechtsdenken ebenfalls vor allem durch die Arbeiten *Alexys* fortentwickelt und verbreitet wurde.⁸⁰ Nach Auffassung von *Dworkin* zeichnen sich Regeln durch die »Alles-oder-Nichts«-Manier ihrer Anwendbarkeit aus, sind also entweder anwendbar und damit im Fall ihrer Tatbestandserfüllung zu befolgen oder aber unanwendbar; Prinzipien besitzen hingegen eine den Regeln fremde »Dimension des Gewichts,«⁸¹ die – nach *Alexy* – ihr Zusammenwirken als »Optimierungsgebote«⁸² erfordert und damit bewirkt, daß Entscheidungen auf ihrer Grundlage nicht im Wege einer Ja-oder-Nein-Entscheidung, sondern nur aufgrund umfassender Abwägung getroffen werden können.⁸³ Die Besonderheit von *Dworkins* Lehre liegt nun in dem Gedanken, daß sich auch die zuletzt genannten Prinzipienkollisionen und damit richterliche Bewertungs- und Abwägungsentscheidungen ganz allgemein *stets* einer *eindeutigen, rationalen* Lösung zuführen lassen. Dieser Gedanke ist Gegenstand der bekannten »*One Right Answer Thesis*«,⁸⁴ wonach nicht nur Regeln, sondern auch Prinzipien als richterliche Entscheidungsgrundlage jedenfalls dann, wenn sie einem mit optimalen Erkenntnismöglichkeiten ausgestatteten Richter – »*Hercules*«⁸⁵ – vorgelegt werden, letztlich in jedem Fall eine »*einzig richtige*« Antwort vorgeben, die vom Richter nur »*gefunden*« werden muß.

der Versuch, durch die Aufstellung eindeutiger Begründungs- oder Argumentationslasten zur Rationalität von Abwägungsentscheidungen zu gelangen; vgl. dazu *Krebs*, Die Begründungslast, AcP 195 (1995), 171 ff., insbes. 198 (dort sogar mit der Behauptung der weitgehenden »Lückenlosigkeit« eines derartigen Systems von Begründungslasten); ferner *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung, S. 30 f.; *ders.*, Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts, in: Festschrift Ulmer, 2003, S. 1073, 1079.

⁸⁰ Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 14 ff., 46 ff.; *Alexy*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *Krawietz/Opátek/Peczenik/Schramm* (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979, S. 59, 63 ff.; *ders.*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13 ff.; *ders.*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 18 (1987), 405, 407 ff.; dazu etwa *Bodenheimer*, 11 Ga. L. Rev. 1143, 1151 ff. (1977); *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, 1988, S. 111, 118 ff.; *Sieckmann*, Regelmodelle, S. 52 ff., 223 ff.; *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, S. 76 ff.; *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 30 ff., 36 ff.

⁸¹ *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 24 ff.

⁸² Vgl. *Alexy*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13, 19 ff.; *ders.*, Theorie der Grundrechte, S. 75 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 18 (1987), 405, 407 ff.; dazu *Sieckmann*, Regelmodelle, S. 62 ff. m.w.N.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 303.

⁸³ Vgl. insbesondere *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 78 ff., 100 f.; *ders.*, ARSP Beiheft 25 (1985), 13, 22 ff., 27 ff.; *ders.*, Rechtstheorie 18 (1987), 405, 407 ff.; dazu auch *Sieckmann*, Regelmodelle, S. 74 ff.; *Jansen*, Die Struktur der Gerechtigkeit, S. 76 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 303 ff.

⁸⁴ Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 279 ff.; *ders.*, A Matter of Principle, S. 119 ff.

⁸⁵ Vgl. *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 105 ff.; *ders.*, Law's Empire, 1986, S. 239 ff.

b) Die Unerfüllbarkeit des Anspruchs vollständiger Rationalisierbarkeit des Abwägungsvorgangs und die Unhaltbarkeit der »One Right Answer Thesis«

Ist auf dieser Grundlage also eine vollständige Rationalisierung richterlicher Abwägungsentscheidungen möglich? Erste Zweifel stellen sich bereits ein, wenn man nochmals die soeben erörterte Abwägungstheorie *Alexys* betrachtet: denn so zutreffend es auch ist, daß im Fall des Überwiegens eines der betroffenen Rechtsgüter dieses Vorrang genießen muß, so sehr versteht sich dies doch von selbst. Im Hinblick auf die Fälle eines Konflikts zwischen mehreren gleichgewichtigen Interessen kommt jedoch auch *Alexy* nicht umhin, das Bestehen »struktureller Abwägungsspielräume« einzuräumen,⁸⁶ so daß sein Ansatz also gerade in den eigentlich problematischen Fällen versagt.⁸⁷

Entsprechendes gilt auch für *Dworkins One Right Answer Thesis*. Diese stößt bereits im amerikanischen Schrifttum überwiegend auf Ablehnung,⁸⁸ da sie in derartigen »hard cases« nicht nur praktisch offensichtlich unerfüllbar ist, sondern dort gerade auch als *theoretische* Hypothese versagt, indem sie ein selbst im *Idealfall* niemals erreichbares Rechtsfindungsziel postuliert. In der deutschen Diskussion wurde nun allerdings zurecht erkannt, daß dieser Einwand unterschiedlich zu bewerten ist je nachdem, ob er sich gegen ein *ontologisches* oder gegen ein bloß *regulatives* Verständnis der One Right Answer Thesis richtet; ob man also davon ausgeht, daß eine einzig richtige Lösung tatsächlich immer existiert, wiewohl nicht notwendig beweisbar ist, oder ob man dies

⁸⁶ *Alexy*, VVDStRL Bd. 61 (2002), S. 7, 22.

⁸⁷ Entsprechendes gilt auch für alle anderen erwähnten Abwägungstheorien. So räumt etwa *Jansen*, ARSP Beiheft 65 (1996), 125, 158, 168 ein, daß die »Gewichte von Prinzipien normalerweise nicht vollständig rechtlich festgelegt werden« können und daß es »viele Abwägungsfälle gibt, bei denen nicht behauptet werden kann, daß genau eine Lösung richtig ist«; *Stück*, ARSP 84 (1998), 405, 415, daß das Abwägungsgesetz »kein Kriterium für die Ermittlung stets sicherer Ergebnisse« biete; *Ellscheid*, Probleme der Regelbildung in der richterlichen Entscheidungspraxis, ARSP Beiheft 45 (1992), 23, 30, daß das Abwägungsverfahren »keine stringente Ableitung von Vorzugsregeln« erlaube und sogar *Larenz*, in: Festschrift Klingmüller, S. 235, 246, daß dessen Rationalisierung nur »bis zu einem gewissen Grade« möglich sei. Ähnliches gilt vom hier vertretenen Standpunkt aus schließlich auch für Argumentations- und Begründungslasttheorien, denn auch diese versagen, sobald sich Argumente von annähernd gleichem Gewicht gegenüberstehen. Ein »lückenloses« System von Begründungslasten (*Krebs*, AcP 195 (1995), 171, 195) ist damit ebenso illusorisch wie ein lückenloses System von Rechtssätzen.

⁸⁸ Vgl. vor allem *Munzer*, Right Answers, Preexisting Rights, and Fairness, 11 Ga. L. Rev. 1055, 1056 ff. (1977); *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1037 ff. (1977); *Woozley*, No Right Answer, in: *Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, 1983, S. 173, 178 ff.; *Mackie*, in: *Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, S. 161, 169; zustimmend nur *Sartorius*, 11 Ga. L. Rev. 1269 ff. (1977); zusammenfassend *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, S. 215 ff., 240 ff. m.w.N.

lediglich als methodologische Hypothese ansieht, die das ideale, wenngleich nicht immer erreichbare Ziel des Rechtsfindungsvorgangs umschreibt.⁸⁹

Dennoch ist die *One Right Answer Thesis* nach hier vertretener Ansicht letztlich in beiden Varianten unfruchtbar. Versteht man sie ontologisch,⁹⁰ wird sie bereits auf den ersten Blick durch die Realität des Rechtsfindungsvorgangs widerlegt, der nach allem bisher Gesagten in den meisten wirklichen Zweifelsfällen gerade nicht nur eine einzige Antwort, sondern eine ganze Bandbreite von Lösungen zulässt, die sich mit gleichermaßen vertretbaren Argumenten begründen und im Laufe der Zeit auch wieder verwerfen lassen.⁹¹ Diesen Vorgang als nachträgliche »Findung« der von Anfang an »einzig richtigen Lösung« zu stilisieren, erscheint als völlig realitätsfern. So lässt sich zwar etwa vertreten, daß die Rechtsprechung des BGH zur Problematik von Angehörigenbürgschaften seit 1993 in Anbetracht der verfassungsrechtlich gebotenen Berücksichtigung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Bürgen insgesamt eher dem Anspruch argumentativer »Richtigkeit« genügt als die Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt, doch dafür, was nun *konkret* »richtig« ist – etwa der restriktive Bürgenschutz des IX. Senats oder der expansive Kurs des XI. Senats⁹² – existieren keine eindeutig angebbaren Maßstäbe. Ebenso wie die Kategorie der »Bindungswirkung« wird damit also auch die der »Richtigkeit« der Struktur rechtlicher Argumentation letztlich nicht gerecht.⁹³

⁸⁹ Vgl. *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, S. 240 ff.; *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung, S. 41; *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 38 f.

⁹⁰ So namentlich *Dworkin* selbst, vgl. *Taking Rights Seriously*, S. 335 f.; dazu *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, S. 240 ff. Dabei sind *Dworkin's* Ausführungen jedoch keineswegs eindeutig; vgl. etwa *Taking Rights Seriously*, S. 286 ff. zur Möglichkeit von »tie cases«; dazu auch *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, S. 230 ff.

⁹¹ Ebenso auch die fast einhellige Kritik des Schrifttums einschließlich derjenigen Autoren, die die *One Right Answer Thesis* in ihrer schwachen, regulativen Form befürworten; vgl. *Munzer*, 11 Ga. L. Rev. 1055, 1056 ff. (1977); *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1037 ff. (1977); *Mackie*, in: *Cohen* (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, S. 161, 169; *Sartorius*, 11 Ga. L. Rev. 1269 (1977); *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 38 f.; *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung, S. 41.

⁹² Vgl. dazu oben einleitend vor § 1.

⁹³ Diese läßt sich nach hier vertretener Ansicht stattdessen weitaus treffender in der Kategorie ständig neuer *Rechtsgestaltung* auf der Grundlage offener, beweglicher Materialien beschreiben; vgl. anschaulich in diesem Sinne *Kennedy*, 36 J. Leg. Ed. 518, 526 (1986): »I am suggesting that one of the ways in which we experience law ... is as a medium in which one pursues a project, rather than as something that tells us what we have to do. When we approach it this way, law constrains as a physical medium constrains – you can't do absolutely anything you want with a pile of bricks, and what you can do depends on how many you have, as well as on your other circumstances. In this sense, that you are building something out of a given set of bricks constrains you, controls you, deprives you of freedom. On the other hand, the constraint a medium imposes is relative to your chosen project – to your choice of what you want to make. The medium doesn't tell you what to do with it – that you *must* make the bricks into a doghouse rather than into a garden wall. In the same sense, I am free to work in the legal medium How my argument will look in the end will depend in a fundamental way on the legal

Indirekt betrifft diese Kritik jedoch auch ein bloß regulatives Verständnis der *One Right Answer Thesis*.⁹⁴ Zwar ist dieser zweiten Sichtweise zugute zu halten, daß sie es durch Beschränkung auf einen rein erkenntnisleitenden Anspruch vermeidet, sich direkt mit den tatsächlichen Bedingungen der Rechtsentstehung in Widerspruch zu setzen.⁹⁵ Doch stellt sich die Frage, worin der »erkenntnisleitende« Wert dieser Theorie bestehen soll, wenn sie der Praxis, zu deren Bewältigung sie geschaffen wurde, schon nach eigener Aussage nicht oder jedenfalls in zahlreichen Fällen nicht entspricht.⁹⁶ Dagegen kann auch nicht geltend gemacht werden, daß es sich dennoch stets lohne, nach einzig richtigen Antworten zu suchen, da solche jedenfalls in manchen oder sogar vielen Fällen – was auch hier nicht bestritten wird – eben doch existieren,⁹⁷ denn dadurch wird nur der Blick darauf verstellt, daß durch diese Behauptung gerade in den wirklich problematischen Fällen der Rechtsanwendung wenig gewonnen ist. Soweit eine »einzig richtige« Antwort existiert, drängt sie sich meist von selbst auf; problematisch und von grundlegender Bedeutung sind hingegen meist gerade die Fälle, in denen sich mehrere Prinzipien nahezu gleichgewichtig gegenüberstehen und in deren Zusammenhang der Gedanke, daß, *wie auch immer* die Lösung letztlich ausfalle, jedenfalls nach der »*einzig richtigen*« zu suchen sei, der Leistungsfähigkeit entbehrt.

Munzer nennt dies »*doubletalk*«:⁹⁸ »For he [the layman] is asked to believe that his rights in fact preexist, even while it is conceded that they are controversial in principle or practically impossible to determine and hence that competent lawyers and judges may end in irreconcilable discoveries as to what his rights are. ... My point is ... that, if the rules of a system are generally fair in sub-

materials – rules, cases, policies, social stereotypes, historical images – but this dependence is a far cry from the inevitable determination of the outcome in advance *by the legal materials themselves*.«

⁹⁴ Diese vertreten etwa *Sartorius*, 11 Ga. L. Rev. 1269 ff. (1977) (auf der – eher fragwürdigen – Grundlage des *Bayesschen Theorems*; vgl. zu einem ähnlichen Versuch kritisch *Rißmann*, Das Theorem von Bayes und die Theorie des Indizienbeweises, ZZP 103 (1990), 65 ff.); *Canaris*, Richtigkeit und Eigenwertung, S. 41, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 116; *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 39; ähnlich auch bereits *Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81 (1968), 79, 98, 100 m.w.N.

⁹⁵ Ähnlich auch *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 38 f.

⁹⁶ Zurecht kritisch im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit der *One Right Answer Thesis* auch *Greenawalt*, 11 Ga. L. Rev. 991, 1037 ff. (1977); *Aarnio*, On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics, in: *Aarnio/Niiniluoto/Uusitalo*, Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, 1981, S. 33, 43; ähnlich ferner *Less*, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S. 20; *Meier-Hayoz*, JZ 1981, 417, 419.

⁹⁷ Ähnlich bereits *Larenz*, in: Festschrift Huber, S. 291, 300 f.; speziell zu *Dworkin* etwa *Sartorius*, 11 Ga. L. Rev. 1269, 1275 (1977); *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 39; dazu auch *Bittner*, Recht als interpretative Praxis, S. 240.

⁹⁸ 11 Ga. L. Rev. 1055, 1067 (1977) in Anlehnung an *Orwell*.

stance and accessible to careful inquiry by a competent lawyer, it is neither necessary nor wise to invoke the myth that all legal rights preexist.«⁹⁹

4. Rationalisierung richterlicher Rechtsschöpfung durch Anerkennung von Präjudizienbindung?

Es bleibt zu erörtern, ob sich die richterliche Rechtsschöpfung im Privatrecht – wie im Schrifttum teilweise vorgeschlagen – wenigstens auf der Grundlage der Anerkennung partieller Bindungswirkung von Präjudizien methodologisch legitimieren und begrenzen läßt; und in der Tat scheint dieser Gedanke auf den ersten Blick eine schlüssige Rechtfertigung für die erhebliche Bedeutung zu liefern, die richterrechtliche Strukturen gerade im Bereich offener Wertungstatbestände und Generalklauseln selbst in einer dem Civil Law zugehörigen Rechtsordnung wie der deutschen besitzen.¹⁰⁰

a) Der Gedanke der Präjudizienbindung in der deutschen Rechtstheorie

Dennoch ist die Anerkennung und mögliche Reichweite der Bindungswirkung von Präjudizien im deutschen Rechtsdenken äußerst umstritten. Die wohl überwiegende Ansicht steht ihr nach wie vor ablehnend gegenüber.¹⁰¹

Demgegenüber versuchen etwa *Kriele* und *Alexy*, die faktisch offensichtlich über den Einzelfall hinausreichende Wirkung höchstrichterlicher Entscheidungen mit der hergebrachten Rechtsquellenlehre in Einklang zu bringen, indem sie diesen zwar keine volle Verbindlichkeit, wohl aber argumentative »Entla-

⁹⁹ *Munzer*, 11 Ga. L. Rev. 1055, 1067 (1977).

¹⁰⁰ Paradigmatisch in diesem Sinne etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258 sowie zur ganz entsprechenden historischen Bedeutung des Problems während des 19. Jahrhunderts *Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat?*, S. 170 ff.

¹⁰¹ Vgl. BVerfGE 87, 273, 278 f. sowie aus dem zivilprozessualen und verfassungsrechtlichen Standardschrifttum etwa *MünchKommZPO-Gottwald*, 2. Aufl. 2000, § 322 Rz. 23; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. 1993, § 149 VII, S. 910 f.; *Bettermann*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, § 73 Rz. 28; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, 4. Aufl. 2000, Art. 20 Rz. 276; *Clas- sen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, Bd. 3, 4. Aufl. 2001, Art. 97 Rz. 11; *Meyer*, in: *v. Münch*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 97 Rz. 22. Aus dem rechtstheoretischen Schrifttum nachdrücklich *Picker*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung, Teil 2, JZ 1988, 62, 72 f.; *Larenz*, Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: Festschrift Schima, 1969, S. 247, 262 ff.; *ders.*, Methodenlehre, S. 429 ff.; *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 120 f.; *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986, S. 2 ff., 47; *Pilny*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht, S. 120 ff.; *Hefermehl*, Rechtsfortbildung im Wettbewerbsrecht, in: Festschrift Universität Heidelberg, 1986, S. 331, 334 f.; *Richardi*, Richterrecht als Rechtsquelle, in: Festschrift Zöllner, Bd. II, 1998, S. 935, 936 ff.; aus eher praktischer Perspektive auch *Germann*, Präjudizien als Rechtsquelle, 1960, S. 11, 26.

stungsfunktion« bzw. die Wirkung einer Richtigkeitsvermutung mit der Folge einer Umkehr der Argumentations- und Begründungslast im Hinblick auf spätere Entscheidungen zumessen.¹⁰² *Bydlinski* und *Canaris* befürworten darüber hinaus sogar eine echte, wenngleich nur subsidiäre Verbindlichkeit von Präjudizien, wenn im Rahmen des geltenden Rechts mehrere Lösungen gleich gut vertretbar sind.¹⁰³ Anders setzt hingegen *Fikentscher* auf der Grundlage seiner »Fallnormtheorie« an: danach entfaltet niemals das abstrakte Gesetz, sondern stets nur die aus dem Gesetz gewonnene konkrete »Fallnorm«, die dem löungsbedürftigen Sachverhalt die passende Rechtsfolge zuordnet, Bindungswirkung.¹⁰⁴

Eine in diesem Sinne beschränkte präjudizielle Wirkung – die nach allen Ansätzen unterhalb der Schwelle voller Bindungswirkung angesiedelt ist –¹⁰⁵ läßt sich nun nicht schon mit dem Argument ablehnen, daß die Anerkennung von Präjudizienbindung der deutschen Rechts- und Verfassungsordnung fremd und damit bereits von vornherein unzulässig wäre.¹⁰⁶ Denn aus den in Betracht

¹⁰² Vgl. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, S. 243 ff. (»präsumtive Verbindlichkeit von Präjudizien«, »Entlastungsfunktion«); *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 334 ff., 339 (Umkehrung der Argumentationslast); ähnlich auch *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 24 ff. (Präjudizienvermutung); *Krebs*, AcP 195 (1995), 171, 181 ff. (Umkehrung der Begründungslast). Danach hätte die »Bindung« an Präjudizien also nur zur Folge, daß der Richter nicht gezwungen wäre, präjudiziell gesicherte Institute in jedem Fall erneut herzuleiten; einer abweichenden Entscheidung auf der Grundlage besserer Argumente stünde sie jedoch nicht entgegen.

¹⁰³ Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 376, 506 ff.; *ders.*, JZ 1985, 149, 151 ff.; *ders.*, Richterrecht über Richterrecht, in: Festgabe 50 Jahre BGH, Bd. I, 2000, S. 3, 27 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 256 ff. Danach käme die Abweichung von einem Präjudiz aus Gründen des Vertrauensschutzes also selbst dann nicht in Betracht, wenn hierfür gute oder sogar überwiegende Gründe sprechen; vielmehr wäre zu zeigen, daß eine solche abweichende Lösung von der Rechtsordnung *zwingend* und nicht nur aufgrund richterlichen Ermessens gefordert wird.

¹⁰⁴ Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 202 ff., 336 ff., 382 f.; *ders.*, Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: *Blaurock* (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, 1985, S. 11, 18 f. Bemerkenswert ist dabei, daß *Fikentscher* den Begriff der »Bindung« nur im äußerst schwachen Sinne einer »Wertungshilfe« oder »Bestätigungshilfe« versteht (vgl. Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 241 sowie sogleich unten Fn. 110). *Fikentschers* Fallnormtheorie nähert sich damit – im Gewande einer Rechtsquellentheorie – letztlich der Prinzipientheorie *Essers* an, nach der, wie gesehen, zwischen Prinzipien bzw. »Grundsätzen« als Grundlage der Entwicklung von Regeln und den fallrelevanten Regeln selbst zu unterscheiden ist; vgl. aber auch *Fikentschers* eigene Abgrenzung gegenüber *Esser* (*Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 208 f.).

¹⁰⁵ Darüber hinaus wurde vereinzelt sogar die völlige rechtsquellentheoretische Gleichstellung von Gesetz und Richterrecht postuliert; vgl. aus jüngerer Zeit vor allem ausführlich *Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion, 1997, S. 461 ff., 493; ferner etwa *Less*, Von Wesen und Wert des Richterrechts, S. 66; *Kruse*, Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts, 1971, S. 7 ff.; unklar *Meyer-Ladewig*, Justizstaat und Richterrecht, AcP 161 (1961), 97, 107 ff.; diese Ansätze können vorliegend jedoch vernachlässigt werden.

¹⁰⁶ So aber etwa *Langenbucher*, Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, S. 23 ff., 120 ff.; *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, Bd. 2, Art. 20

kommenden Maßstäben des Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzips sowie der verfassungsrechtlich verankerten richterlichen Unabhängigkeit (Artt. 20 Abs. 2 und 3, 97 Abs. 1 GG), die jeweils die Bindung des Richters an »Recht und Gesetz« bzw. an das »Gesetz« vorschreiben, folgt nach zutreffender Ansicht nur die *grundsätzliche* Institution der Gewaltenteilung bzw. Bindung des Richters an das Gesetz, nicht dagegen deren *konkrete* Ausgestaltung.¹⁰⁷ Insbesondere folgt daraus also nichts über die Funktion, die dem Präjudizienrecht bereits *unterhalb* der Schwelle vollständiger Bindungswirkung zukommen kann. Über die Anerkennung einer in diesem Sinne beschränkten Bindungswirkung von Präjudizien ist also allein auf der Ebene der Rechtstheorie bzw. Methodenlehre zu entscheiden.¹⁰⁸

*b) Zur Unmöglichkeit abschließender Rationalisierung
des Rechtsfindungsvorgangs auf der Grundlage von Präjudizien*

Selbst wenn man die methodologische Zulässigkeit einer in diesem Sinne beschränkten Präjudizienbindung unterstellt, ist auf dieser Grundlage aber dennoch keine umfassende Rationalisierung der richterlichen Rechtsfortbildung möglich: wie der oben unternommene Vergleich zwischen deutschem und amerikanischem Privatrechtsdenken gezeigt hat, ist die Existenz richterlicher Freiheit letztlich völlig *unabhängig* davon, ob die jeweils zugrundeliegende Rechtsquellenlehre nur das Gesetz oder auch richterliches Präjudizienrecht als bindende Rechtsquelle anerkennt, da die Anwendung und Fortbildung richterlicher Präjudizien dem Rechtsanwender mindestens ebensoviel Spielraum für eigenständige Rechtsgestaltung gewährt wie die kontinentaleuropäische Methode der Gesetzesauslegung. Zudem zeichnen sich, wie etwa die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage zeigt, gerade die wichtigsten Entwicklungen richterlicher Rechtsschöpfung dadurch aus, daß sie ursprünglich – trotz späterer Ausfüllung durch richterliches Präjudizienrecht – gerade *nicht* in kontinuierlicher Weise an einen gewachsenen Bestand von Vorentscheidungen anknüpfen konnten und sich damit auch und gerade gegenüber dem bis dahin existierenden *Richterrecht* als echte rechtsethische Durchbrüche darstellten.¹⁰⁹

Rz. 276; *Classen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, Bonner Grundgesetz, Bd. 3, Art. 97 Rz. 11; dagegen jedoch zurecht *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, S. 325 ff.

¹⁰⁷ Vgl. zutreffend *Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. IV, S. 326 f.; ebenso oder ähnlich auch *Ossenbühl*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, § 61 Rz. 16; *Stern*, *Staatsrecht*, Bd. II, § 37 II 2 e, S. 581 ff.; *Schnapp*, in: *v. Münch*, *Grundgesetz*, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 20 Rz. 41, 43.

¹⁰⁸ Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Gesetzesbindung verweisen also letztlich wieder auf die entsprechende Fragestellung innerhalb der Rechtstheorie und Methodenlehre zurück. Vgl. dazu bereits oben § 3 I 1 a) mit Fn. 7.

¹⁰⁹ Zutreffend in diesem Sinne *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, S. 36 ff.

Damit gilt wiederum, daß es allein auf der Grundlage des Gedankens der Richterbindung ohne Berücksichtigung der gegenläufigen Tendenz der Richterfreiheit nicht möglich ist, der Entstehung rechtlicher Überzeugungskraft gerecht werden, und zwar *unabhängig* davon, ob der Bindungsgedanke nur auf das Gesetz oder auch auf richterliches Präjudizienrecht bezogen wird.¹¹⁰

III. Der institutionelle Grundwiderspruch des Privatrechtsdenkens als normative Ordnungsstruktur und die Funktion der Generalklauseln

Insgesamt folgt daraus also, daß Richterbindung und Richterfreiheit in ihrem Gegensatzverhältnis – nicht anders als die bisher erörterten Wertungsgegensätze zwischen Individualismus und Kollektivismus sowie zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit – notwendige und untrennbare Grundelemente jedes Rechtsfindungsvorgangs sind. Damit gehört auch der Wertungsgegensatz zwischen Richterbindung und Richterfreiheit zu den grundlegenden normativen Ordnungsstrukturen des Privatrechtsdenkens.

1. Der institutionelle Grundwiderspruch im Spiegel des Zusammenhangs zwischen den drei Antinomien des Privatrechtsdenkens

Dies erschließt sich vor allem dann, wenn man sich vor Augen führt, daß alle drei bisher erörterten Grundwidersprüche in ihrer Entwicklung und Wirkung eng miteinander verbunden sind.¹¹¹ So ist es kein Zufall, daß der Gedanke der Richterfreiheit gerade am Ausklang des 19. Jahrhunderts, also sowohl in

¹¹⁰ Auch insoweit wird der Gedanke der »Bindungswirkung« dem Vorgang der Rechtsentstehung also letztlich nicht gerecht. Vgl. treffend *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 283 f.: »So muß die neuerdings allenthalben zu findende Einräumung, ›auch‹ die Rechtsprechung sei ›Rechtsquelle‹, widersinnig, mißverständlich und unfruchtbar bleiben. Hier besteht kein Gegensatz zwischen legalistischen und dezisionistischen Rechtsquellen, zwischen finden und gestalten, sondern ein notwendiges Zusammenwirken von Fallentscheidung, Textverständnis und ›Grundgedanken‹, das jeweils Bekanntes mit Neuem integriert zu ›dem‹ Gesetz: nicht als einem historischen Gebilde, sondern als der heute verbindlichen Rechtsnorm des geltenden corpus iuris.« Ähnlich auch *ders.*, Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: Festschrift F. v. Hippel, 1967, S. 95, 113 ff. Bemerkenswert ist, daß auch *Fikentscher* die Untauglichkeit der Annahme präjudizieller »Bindungswirkung« im strengen, autoritativen Sinne genau erkennt und sich dementsprechend äußerst vage ausdrückt (Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 241): »›Binden‹, normativ eine Entscheidung vorzeichnen, kann nicht bedeuten, von der Beantwortung der Gerechtigkeitsfrage entlasten. Binden kann nur bedeuten, für diese Antwort Wertungshilfen, Bestätigungshilfen zu geben.« Kritisch dagegen *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 254 Fn. 165.

¹¹¹ Vgl. zur normativen Parallelität zwischen den materiellen und formalen Wertungs-

Deutschland als auch in Amerika fast gleichzeitig mit dem Ruf nach mehr materialer und einzelfallbezogener Gerechtigkeit Eingang in die Privatrechtsdiskussion fand. Denn die zugrundeliegenden Wertungen – Kollektivismus, Einzelfallgerechtigkeit und Richterfreiheit – sind allesamt integrale Bestandteile einer Wertordnung, die der Gerechtigkeit in Ansehung der Person Vorrang einräumt gegenüber dem bis zu diesem Zeitpunkt jedenfalls im allgemeinen Rechtsbewußtsein herrschenden Gegenprinzip der Gerechtigkeit ohne Ansehung der Person in seinen Ausprägungen des Individualismus, der Rechtssicherheit und der Richterbindung.

Zieht man also einen abschließenden Vergleich der Entwicklung des deutschen und amerikanischen Privatrechtsdenkens seit dem 19. Jahrhundert, so treten selbst bedeutsame, systemprägende Besonderheiten beider Rechtstraditionen letztlich neben einer einzigen Entwicklungslinie in den Hintergrund: dem Wandel vom zunächst nur verdeckten hin zum zunehmend *offenen* Eingeständnis des Konflikts zwischen beiden dem Privatrechtsdenken gleichermaßen zugrundeliegenden Wertordnungen.¹¹²

2. Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des wandelbaren Gleichgewichts zwischen Richterbindung und Richterfreiheit im Privatrecht

Damit ist nun abschließend zu fragen, welche Rolle die Generalklauseln im Zusammenhang der Bewältigung des Wertungskonflikts zwischen Richterbindung und Richterfreiheit spielen. Hält man sich vor Augen, daß oft gerade zentrale Anwendungsfelder der Generalklauseln – die Entstehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die richterliche Inhaltskontrolle, die Entwicklung vorvertraglicher Informationspflichten oder die Rechtsprechung zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft bzw. zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften – zugleich bedeutsame Beispiele richterlicher Rechtsschöpfung darstellen, so liegt es auf der Hand, daß jene auch insoweit wieder eine besondere Bedeutung besitzen. Diese Beobachtung wird noch zusätzlich dadurch unterstrichen, daß die Problematik der Generalklauseln in kaum einer Diskussion über die Rationalität der Rechtsfindung fehlt.¹¹³

strukturen des Privatrechtsdenkens grundlegend *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1737 ff., insbes. 1751 (1976); differenzierend auch *Balkin*, 39 Rutgers L. Rev. 1, 45 ff. (1986).

¹¹² Ähnlich im Hinblick auf die amerikanische Privatrechtsentwicklung seit dem 19. Jahrhundert *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1731 ff. (1976) sowie *ders.*, Rise and Fall, S. 29 ff. und *passim*.

¹¹³ Spätestens seit *Hedemanns* eindringlicher Warnung vor der »Flucht in die Generalklauseln« werden diese fast im gesamten Schrifttum stereotyp als Beispiel für die Problematik nicht abschließend rationalisierbarer richterlicher »Eigenwertung« herangezogen; vgl. para-

a) Generalklauseln als »Delegationsnormen« gesetzgeberischer Macht an die Rechtsprechung?

Auszugehen ist dabei auch hier von dem auf den ersten Blick naheliegenden Gedanken, daß erst die Generalklauseln richterliche Rechtsschöpfungen wie die Entstehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage möglich gemacht haben bzw. die »Ursache« für die Existenz richterlicher Abwägungsspielräume und für die Zulässigkeit außerrechtlicher Argumente im geltenden Recht bilden. Kurz, die gesetzliche Verankerung der Generalklauseln scheint auf den ersten Blick auch hier wieder *conditio sine qua non* für die auf ihrer Grundlage entstandenen richterrechtlichen Entwicklungen zu sein. Vor diesem Hintergrund werden die Generalklauseln, wie noch näher auszuführen sein wird, vor allem in der deutschen Debatte oft als »Delegations«- bzw. »Ermächtigungsnormen«, also als gezielte Übertragung »gesetzgeberischer« Macht an die Rechtsprechung bezeichnet.¹¹⁴ Überspitzt gesagt stellen sich Generalklauseln danach also als zulässige Ausnahme von der regulären Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative dar, wonach sich die Aufgabe des Richters auf den gebundenen Normvollzug beschränkt, soweit nicht der *bindende Normgehalt selbst* den Richter zur Rechtsschöpfung ermächtigt.¹¹⁵

digmatisch etwa *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 477 ff. Hinzu kommt, daß gerade die zuletzt erörterten Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien vielfältige Berührungspunkte mit der Generalklauselproblematik besitzen. Soweit man etwa die Trennung zwischen rechtlichen und rechtspolitischen bzw. moralischen Argumenten postuliert, muß man sich damit auseinandersetzen, daß Maßstäbe wie »Treu und Glauben« oder die »Guten Sitten« deren Heranziehung scheinbar gerade *legitimieren*; vgl. dazu unten § 6 I 1 b). Ebenso sind auch zahlreiche privatrechtliche Abwägungsfragen, etwa im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung, im Bereich von Generalklauseln angesiedelt. Entsprechendes gilt schließlich auch für die Frage der Präjudizienbindung; vgl. dazu speziell im Zusammenhang der Konkretisierung von Generalklauseln etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258.

¹¹⁴ Ursprünglich geht dieser Gedanke wohl auf die Interessenjurisprudenz zurück; vgl. *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, 1929, § 4, S. 11 ff.; *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 58; aus neuerer Zeit etwa *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61; *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 199; *Obly*, AcP 201 (2001), 1, 7. Vgl. dazu noch näher unten § 5 I 1 c) sowie § 6 I 1 c).

¹¹⁵ Diese extrem positivistische Lesart des »Delegationsgedankens« – deren Ziel es letztlich ist, selbst die Anwendung der Generalklauseln jedenfalls *formal* dem klassischen Richterbindungsideal zu unterstellen – wird im Schrifttum tatsächlich vertreten; vgl. etwa *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 199; *Staudinger-J. Schmidt*, 12. Aufl. 1983, § 242 Rz. 156 ff. Vgl. dazu noch kritisch unten § 5 I 1 c) sowie § 6 I 1 c).

b) Die Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck des Spannungsverhältnisses zwischen Richterbindung und Richterfreiheit im Privatrecht

Diese Sichtweise ist nach hier vertretener Ansicht jedoch aus denselben Gründen unpräzise wie die bisher erörterten Charakterisierungen der Generalklauseln als Einbruchstellen materialer Wertungen bzw. als Öffnungsklauseln für die Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit.¹¹⁶ Auch die Freiheit zu richterlicher Rechtsschöpfung existiert nicht etwa nur deshalb, weil sie dem Richter durch Generalklauseln und ähnliche Tatbestände eingeräumt wird, sondern auch hier gilt wieder gerade *umgekehrt*, daß sich die Generalklauseln nur deshalb zu Ausgangspunkten richterlicher Rechtsschöpfung entwickeln konnten, weil das Bedürfnis nach freier Rechtsfortbildung und ermessensgeleiteten Einzelfallentscheidungen dem Privatrechtsdenken bereits *von Anfang an* als normatives Grundbedürfnis zugrunde lag. Kurz, die Entstehung und Entwicklung der Generalklauseln ist auch hier wieder nicht Grund, sondern vielmehr Folge des Wertungsgegensatzes zwischen Richterbindung und richterlicher Freiheit; ihre Funktion ist es nicht, legislative Kompetenzen an die Judikative zu delegieren, sondern das in der Privatrechtsrechtsprechung von vornherein angelegte historisch wandelbare Spannungsverhältnis zwischen Richterbindung und Richterfreiheit stets von neuem zum Ausgleich zu bringen.¹¹⁷

Auch dies läßt sich abschließend anhand der Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts und der bereits erwähnten Durchbrechung des Nominalwertgrundsatzes (»Mark gleich Mark«) verdeutlichen.¹¹⁸ Bemerkenswert ist diese Entwicklung nicht nur in Anbetracht der dogmatischen Mühelosigkeit, mit der sie sich über das Verbot des *contra-legem*-Judizierens hinwegsetzte,¹¹⁹ sondern vor allem vor dem Hintergrund, daß die Vorschrift des § 242 BGB ihre Rolle als Generalklausel erst selbst gerade durch diese Rechtsprechung, zu deren übergesetzlicher Rechtfertigung sie nun herangezogen wurde, erlangt hatte. Nur zwei Jahre nach dem Durchbruch der Geschäftsgrundlagenlehre war diese Entwicklung bereits so weit gediehen, daß die Richter am Reichsgericht sogar die Befugnis des *Gesetzgebers* (!) zu Eingriffen in die Praxis richterlicher Gesetzes- und Vertragskorrektur, die sich auf der Grundlage von Treu und Glauben entwickelt hatte, in Frage stellten: »Dieser Gedanke von Treu und Glauben

¹¹⁶ Oben § 1 II 4 a) sowie § 2 II 2 a).

¹¹⁷ Vgl. zur Kritik des Delegationsgedankens unten § 5 I 1 c) sowie § 6 I 1 c).

¹¹⁸ RGZ 107, 78, 87 ff.; dazu bereits oben § 1 II 4 b) mit Fn. 107.

¹¹⁹ Das Schrifttum beruft sich zur Legitimation der Aufwertungsrechtsprechung allerdings teilweise auf das materielle Äquivalenzprinzip; vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 252 sowie bereits oben § 3 II 1 a) mit Fn. 50. Nach hier vertretener Ansicht wird man der Bedeutung der Aufwertungsrechtsprechung hingegen nur gerecht, wenn man offen anerkennt, daß es dabei um einen echten »rechtsethischen Durchbruch« handelte. Vgl. in diesem Sinne bereits *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 36.

steht außerhalb des einzelnen Gesetzes, außerhalb der einzelnen positiv-rechtlichen Bestimmung. ... Darum darf der Gesetzgeber nicht ein Ergebnis, das Treu und Glauben gebieterisch fordern, durch sein Machtwort vereiteln.«¹²⁰

Zusammenfassung

Ziel des ersten Kapitels war es, die normative Struktur des Privatrechtsdenkens unter einem neuen Blickwinkel zu untersuchen und auf dieser Grundlage schließlich auch zu einem Neuansatz der Beurteilung der Funktion und Entwicklung der Generalklauseln zu gelangen.

Zu zeigen war, daß eine Sichtweise, die nicht versucht, die normativen Grundlagen des Privatrechts auf ein einheitliches, in sich widerspruchsfreies Prinzipiensystem zurückzuführen, sondern die dessen unauflösbare Antinomien vielmehr als solche akzeptiert und offenlegt, dessen normativer Struktur und tatsächlicher Entwicklung besser gerecht wird als die entgegengesetzte Sichtweise des herrschenden Schrifttums. Nach hier vertretener Ansicht ist die Struktur des Privatrechtsdenkens sowohl in Deutschland als auch in Amerika durch drei Grundwidersprüche gekennzeichnet: durch einen materiellen zwischen Individualismus und Kollektivismus, der auf der Frage beruht, welches Maß an fremdverantwortlicher Rücksichtnahme im Privatrechtsverkehr geschuldet sein soll; einen formalen zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, der im Rahmen der Ausgestaltung der Rechtsordnung durch Regeln oder Prinzipien zutage tritt; sowie schließlich einen institutionellen, der den Konflikt zwischen Richterbindung und Richterfreiheit betrifft. Ziel des ersten Kapitels war es, zu zeigen, daß diese drei Grundwidersprüche infolge der Notwendigkeit, ihre entgegengesetzten Anforderungen in immer neuen, historisch wandelbaren Kompromißlösungen zum Ausgleich zu bringen, die eigentliche Triebfeder der Entwicklung des modernen Privatrechtsdenkens bilden.

Auf dieser Grundlage war schließlich auch die Entwicklung und Funktion der Generalklauseln innerhalb der modernen Privatrechtsordnung neu zu beurteilen. Vor allem im deutschen Schrifttum werden Generalklauseln wie §§ 242, 138 Abs. 1 BGB häufig als »Einfallstore materialer Wertungen«, »Öffnungsklauseln für die Berücksichtigung von Einzelfallgerechtigkeit« oder »Delega-

¹²⁰ Das Zitat stammt aus einer zur Rechtfertigung der Aufwertungsrechtsprechung abgegebenen Stellungnahme des Richtervereins beim Reichsgericht, abgedruckt in JW 1924, 90, die den Wandel von der anfänglichen Zurückhaltung des Reichsgerichts gegenüber der freien Anpassung hin zu einem zunehmend selbstbewußt vorgetragenen neuen Selbstverständnis der richterlichen Rolle als staatlicher Gestaltungsinstanz anschaulich dokumentiert und damit den Hintergrund der Generalklauselentwicklung des § 242 BGB beleuchtet. Vgl. aufschlußreich zu dem durch die Aufwertungsrechtsprechung ausgelösten Wandel des Stils richterlicher Entscheidungen auch *Dawson, Oracles*, S. 473 ff.

tionsnormen gesetzgeberischer Gewalt an die Rechtsprechung« bezeichnet. Diese Umschreibungen treffen jedoch – obwohl sie immerhin einen Zusammenhang zwischen der Funktion der Generalklauseln und den materiellen, formalen und institutionellen Wertungsgrundlagen des Privatrechtsdenkens erahnen lassen – nicht das wesentliche, da sie Ursache und Wirkung vertauschen: nicht die Generalklauseln sind der Grund dafür, daß die Rechtsprechung die Freiheit besitzt, kollektivistische Wertungen und Belange der Einzelfallgerechtigkeit zu berücksichtigen und das Privatrecht gegebenenfalls frei fortzubilden, sondern all diese Erscheinungen sind vielmehr gerade umgekehrt Ausdruck der in der Privatrechtsordnung von vornherein angelegten Grundwidersprüche zwischen Individualismus und Kollektivismus, zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie zwischen Richterbindung und Richterfreiheit.

2. Kapitel

Funktion und Theorie der Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken

Was also sind Generalklauseln? Wodurch zeichnet sich ihre Funktion im Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften aus und inwieweit läßt sich ihre Anwendung rationalisieren? Diesen Fragen soll – ausgehend von den bisher erarbeiteten Grundlagen – nun zunächst im Hinblick auf die Generalklauseln des deutschen Rechts nachgegangen werden.

Dabei ist der bisher nur theoretisch dargelegte Gedanke, daß die Entwicklung der Generalklauseln nicht Ursache, sondern Wirkung der im Privatrechtsdenken angelegten Grundwidersprüche ist, im folgenden anhand der Entstehung der Generalklauseln des deutschen Rechts zu untersuchen. Dabei wird sich zeigen, daß sich deren Entwicklung tatsächlich in anschaulicher Weise auf den historischen Wandel des Spannungsverhältnisses zwischen den drei privatrechtlichen Grundwidersprüchen zurückführen läßt.

Ist es unter diesen Voraussetzungen also noch möglich, einen von diesen historischen Gegebenheiten unabhängigen, rein methodologischen Begriff der Generalklausel zu definieren? Und ist es möglich, die Generalklauseln ohne Rücksicht auf das ihrer Anwendung zugrundeliegende Spannungsverhältnis zwischen den drei privatrechtlichen Grundwidersprüchen zu konkretisieren? Diesen Fragen, die die beiden Diskussionsschwerpunkte innerhalb der deutschen Generalklauseldebatte thematisieren, ist der Hauptteil des folgenden Kapitels gewidmet.

§ 4 Die Entwicklung der Generalklauseln des deutschen Rechts

Zunächst soll die Tragfähigkeit des hier zugrundegelegten rechtstheoretischen Modells allerdings anhand der tatsächlichen Entwicklung der Generalklauseln des deutschen Privatrechts überprüft werden. Ziel der folgenden Ausführungen ist es dabei jedoch nicht, den zahlreichen Abhandlungen über die Geschichte der deutschen Generalklauseln noch eine weitere hinzuzufügen,¹ sondern nur, diese unter dem *speziellen* Blickwinkel ihres Verhältnisses zu den drei Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens zu untersuchen. Diese Zielsetzung rechtfertigt es auch, die folgenden Ausführungen auf die ursprünglichen Generalklauseln des BGB sowie die in § 1 UWG a.F. bzw. nun in § 3 UWG enthaltene und in § 4 UWG durch Regelbeispiele explizierte Generalklausel des Wettbewerbsrechts² zu beschränken, an deren Entwicklung sich – im Gegensatz zu derjenigen später entstandener Tatbestände wie § 307 BGB bzw. dessen Vorgängervorschrift in § 9 AGBG – der gesamte Wandel des Privatrechtsdenkens während des 20. Jahrhunderts ablesen läßt.

¹ Vgl. bereits *Reichel*, Gesetz und Richterspruch, S. 49 f.; *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 6 ff.; aus neuerer Zeit *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 476 f., 518 ff., 527; *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 50 ff., 64 ff., 210 ff., 266 ff., 370 ff.; *Dawson*, Oracles, S. 461 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 52 ff.

² Durch die 2004 vollzogene Novellierung des UWG (BGBl. 2004 I, S. 1414) sind die im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel zur Anwendung kommenden Maßstäbe im wesentlichen unverändert geblieben. Zwar stellt § 3 UWG anders als der bisherige § 1 UWG a.F. nicht mehr auf einen Verstoß gegen die »guten Sitten«, sondern lediglich auf das Vorliegen einer »unlauteren Wettbewerbshandlung« ab. Damit war jedoch keine sachliche Änderung beabsichtigt, zumal § 4 UWG einige der wichtigsten früher im Rahmen von § 1 UWG a.F. relevanten Fallgruppen nunmehr als Regelbeispiele kodifiziert. Die einzige Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand liegt in der Einführung einer zusätzlichen Erheblichkeitsschwelle hinsichtlich der Eignung zur Wettbewerbsverfälschung. Vgl. dazu etwa *Heermann*, Die Erheblichkeitsschwelle i.S. des § 3 UWG-E, GRUR 106 (2004), 94 ff.; *Henning-Bodewig*, Richtlinien vorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRURInt 53 (2004), 183, 185; *Sack*, Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1073 f.

I. Die Entstehung der Generalklauseln vor dem Hintergrund der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

1. Die Generalklauseln des BGB und die zeitgenössische Debatte über die Notwendigkeit richterlicher Freiräume und materialer Gerechtigkeit

Unter dieser Voraussetzung erscheint es zunächst als fruchtbringend, der Diskussion über das Für und Wider der Einräumung richterlicher Freiräume und der Notwendigkeit materialer bzw. »sozialer« Gerechtigkeit nachzugehen, von der die Entstehung der Generalklauseln des BGB begleitet war.³ Diese Debatte setzte mit dem 1887 vorgelegten Ersten Entwurf zum BGB ein, der in der Wissenschaft im Hinblick auf die Materialisierungs- und Richterrechtsproblematik eine Flut von zustimmenden und kritischen Stellungnahmen hervorgerufen hatte.⁴ Bereits im Zweiten Entwurf von 1895 waren die Generalklauseln jedoch endgültig verankert und traten schließlich als Bestandteil des im weiteren Verlauf des Verfahrens nur noch geringfügig veränderten Gesetzes am 1. Januar 1900 in Kraft.⁵

Bemerkenswert an der im folgenden zu schildernden Debatte, die diesen Entstehungsvorgang begleitete, ist nach hier vertretener Ansicht vor allem

³ Bereits daraus wird also ersichtlich, daß die im Schrifttum bis heute anzutreffende Beschreibung des BGB als vom »positivistischen Ideal der Lückenlosigkeit und der strengen richterlichen Bindung an das Gesetz« geprägtes »charakteristisches Dokument des ... zu Ende gehenden rechtswissenschaftlichen Positivismus« (*Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 475, 469) zu kurz greift. Vgl. ebenso *Ogorek*, Richterbindung oder Subsumtionsautomat?, S. 274 ff. (»merkwürdige Gemengelage von Bindung und Freiheit«); *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, S. 132 ff., 154; *HKK-Zimmermann*, vor § 1 Rz. 16; *HKK-Rückert*, vor § 1 Rz. 79 ff.; *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 7.

⁴ Vgl. dazu umfassend die 6-bändige »Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs«, 1890/1; ferner *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 469 ff.; *Hofer*, Freiheit ohne Grenzen?, S. 132 ff. So gehörte etwa die Frage richterlicher Freiheit zu den meistdiskutierten allgemeinen Problemen des Entwurfs; vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 1, S. 21 f. Entsprechendes galt für die vor allem von *Gierke* und *Menger* geübte Kritik an der »antisozialen Tendenz« des neuen Gesetzbuchs; vgl. *v. Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889, S. 2 ff.; *ders.*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, S. 10 ff.; *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl. 1927, S. 2 ff.; vgl. dazu Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 1, S. 6 ff. sowie umfassend *Repgen*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, S. 2 ff., 490 ff. und *passim*.

⁵ Vgl. zum weiteren Gesetzgebungsverfahren *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 471 f.; *HKK-Stolte*, S. XXVII f.; detailliert insbesondere zum Quellenmaterial auch *Jakobs/Schubert*, Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, §§ 241–432, 1978, S. 1 ff. Auf den Zweiten Entwurf folgte 1896 nach geringfügigen Änderungen der mit einer Denkschrift des Reichsjustizamtes versehene »Dritte Entwurf« des Bundesrats (E III), der schließlich an die XII. Kommission des Reichstags übergeben wurde. Auf dieser Grundlage wurde das BGB nach drei Lesungen durch den Reichstag verabschiedet und am 18.8.1896 als Gesetz verkündet.

zweierlei: zum einen die Selbstverständlichkeit, mit der die Vor- und Nachteile der Einräumung richterlichen »Ermessens« sowie die Problematik materialer bzw. »sozialer« Gerechtigkeit im Zusammenhang einzelner Vorschriften diskutiert wurden; zum anderen jedoch das im Gegensatz zur gegenwärtigen Debatte wesentlich schwächer entwickelte Bewußtsein, daß es sich dabei um *typischerweise* im Zusammenhang mit Generalklauseln auftretende Probleme handelt. Die Debatte über Generalklauseln folgte also der Einsicht in die Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens nach und nicht umgekehrt.

*a) Die Grundentscheidung für die späteren Generalklauseln:
Die Ermessensbegriffe des Ersten Entwurfs*

Bereits im Ersten Entwurf von 1887 fanden sich neben den Vorläufervorschriften der späteren §§ 138 Abs. 1, 242 BGB zahlreiche andere unbestimmte Rechtsbegriffe, zu denen neben weiteren Verweisungen auf Treu und Glauben sowie die Guten Sitten sogar Termini wie »billiges Ermessen« oder gar »freies Ermessen« gehörten.⁶ Diese Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe, die in der deutschen Gesetzgebungsgeschichte keine Vorbilder besaß, ist einerseits auf das Vorbild des französischen Rechts zurückzuführen, dessen Verweisungen auf Treu und Glauben und die Guten Sitten als Modell vor allem für § 826 BGB, daneben aber auch für §§ 138 Abs. 1, 242, 157 BGB dienten;⁷ andererseits ist die Einführung derartiger »Ermessensbegriffe« aber auch als Folge des seit *Bülow*

⁶ Insgesamt handelte es sich dabei vor allem um folgende Vorläufervorschriften der gegenwärtigen Generalklauseln: § 106 E I = § 103 E II = § 134 E III = § 138 Abs. 1 BGB; §§ 359, 224 E I = §§ 127, 206 E II = 153, 236 E III = §§ 157, 242 BGB. Sonstige unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensklauseln waren etwa: § 705 E I = 749 E II = 811 E III = § 826 BGB; §§ 684 Abs. 3, 743 Nr. 1, 747 Abs. 3 E I = 741, 743 E II = 802, 804 E III = §§ 817, 819 BGB; §§ 353 ff. E I = §§ 266 ff. E II = §§ 309 ff. E III = §§ 315 ff. BGB. Ferner enthielt § 344 E I, die Vorläufervorschrift von § 306 BGB a.F., eine insoweit nicht Gesetz gewordene Generalklausel über die Nichtigkeit von Verträgen mit unmöglichem, verbotenem oder sittenwidrigem Inhalt. Ebenfalls keinen Eingang in das Gesetz fand schließlich auch § 724 Abs. 5 E I, der nach »freiem Ermessen« des Gerichts eine Pflicht des deliktischen Schädigers zur Sicherheitsleistung vorsah. Das Schikaneverbot des § 226 BGB wurde hingegen erst durch die Reichstagsvorlage eingefügt. Vgl. zu einer systematischen Zusammenstellung der verschiedenen Entwurfsfassungen etwa die Übersichten bei *Mugdan* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, S. LII ff. (Allgemeiner Teil) sowie Bd. II, S. I ff. (Schuldrecht); ferner Protokolle, Bd. VII, S. 1 ff.

⁷ Vgl. etwa Motive, Bd. I, S. 211 zu § 106 E I (§ 138 Abs. 1 BGB): Verweisung auf Artt. 1131, 1133 Code Civil; Motive, Bd. II, S. 197 zu § 359 E I (§ 242 BGB): Artt. 1134, 1135 Code Civil; Motive, Bd. II, S. 725 zu § 705 E I (§ 826 BGB): Artt. 1382, 1383 Code Civil. Vgl. schließlich auch unten § 4 I 2 a) und b) zum Einfluß von Artt. 1382, 1383 Code Civil auf die Entstehung von § 1 UWG a.F. Letztlich sind die Generalklauseln des deutschen Rechts und, wie noch zu zeigen sein wird, möglicherweise sogar der Begriff »Generalklausel« also zu einem erheblichen Teil der damals intensiven Auseinandersetzung mit dem französischen Recht zu verdanken, die unter anderem auf die Geltung des Code Civil in den linksrheinischen Gebieten Deutschlands bis zum Inkrafttreten des BGB zurückzuführen ist; vgl. dazu etwa die

einsetzenden Umbruchs hin zur Anerkennung der richterlichen Partizipation an der Staatsgewalt zu verstehen.⁸

Umso bemerkenswerter ist es jedoch, wie unterschiedlich das Bewußtsein der Eröffnung richterlicher Ermessensspielräume im Hinblick auf die einzelnen Generalklauseln ausgeprägt war. So fällt vor allem dessen nahezu völliges Fehlen im Hinblick auf die Treu-und-Glauben-Klausel in § 359 E I, der einheitlichen Vorläufervorschrift der §§ 242, 157 BGB, ins Auge: die knappe Begründung in den Motiven verweist lediglich auf den Vereinfachungseffekt, der durch die allgemeine Unterstellung des Vertragsrechts unter die Gebote von Treu und Glauben erzielt werde.⁹ In dieser Begründung ist also weder die spätere Entwicklung des § 242 BGB zur Generalklausel noch etwa die ganz andere des § 157 BGB angelegt.¹⁰

Im Gegensatz dazu werden die Vorzüge und Gefahren der Einräumung richterlicher Ermessensspielräume im Zusammenhang der Gute-Sitten-Klauseln jedoch ausführlich thematisiert. Die aufschlußreichsten Bemerkungen enthalten insoweit die Motive zu § 106 E I, dem Vorläufer von § 138 BGB:

»Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896, S. IX; auch abgedruckt bei *Mugdan*, Materialien, Bd. I, S. 821.

⁸ Vgl. dazu oben § 3 I 2 b). Bereits *Bülow* selbst interpretierte die Entstehung der Generalklauseln als Ausdruck der gewandelten Anschauung der Richterfunktion, die nun plötzlich als Bestandteil der Staatsgewalt und damit als zu eigener Rechtsgestaltung berufen akzeptiert werden konnte; vgl. *Gesetz und Richteramt*, S. 34: »Es ist eine häufig angewandte und wohl-erprobte Methode der Gesetzgebung geworden, die Gerichte in vielen und wichtigen Beziehungen ausdrücklich zur freien Wahl zwischen mehreren Rechtsnormierungen zu ermächtigen und es der Rechtseinsicht und dem richtigen Rechtsgefühl der Richter anheim zu geben, daß sie die den besonderen Umständen des Falles am besten entsprechende Rechtsfolge selber ausdenken, aussuchen und rechtsverbindlich feststellen mögen. In diesen ... Rechtssätzen ist der eigene rechtsbestimmende Beruf des Richteramts aufs offenste anerkannt und vom Gesetzgeber selbst laut zur Hilfe gerufen.«

⁹ Vgl. Motive, Bd. II, S. 197 f.; bestätigend auch die Materialien bei *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Unveröffentlichte Quellen zum BGB, §§ 421–432, S. 46 ff., wonach sich die Diskussion über die Vorläufervorschriften von §§ 157, 242 BGB in erster Linie auf die Frage nach der Notwendigkeit allgemeiner Auslegungsregeln bezog. Zitate aus den Motiven stehen hier und im folgenden stets unter dem Vorbehalt, daß diese – als bloße Kompilation aus den wesentlich umfangreicheren Protokollen der 1. Kommission sowie den Motiven der einzelnen Redaktoren zu den von ihnen verfaßten Teilentwürfen – die der Entstehung des 1. Entwurfs zugrundeliegenden Erwägungen nicht umfassend wiedergeben. Vgl. dazu *Jakobs/Schubert*, Einleitung, in: *dies.* (Hrsg.), Unveröffentlichte Quellen zum BGB, §§ 241–432, S. 1, 2 ff.

¹⁰ Unabhängig davon, wie der Begriff der Generalklausel im einzelnen zu bestimmen ist (dazu unten § 5 III), konnte sich § 157 BGB trotz seiner mit § 242 BGB fast identischen Verweisung auf Treu und Glauben jedenfalls nicht zu einer solchen entwickeln, sondern blieb seinem ursprünglichen Wortsinn entsprechend auf den Bereich der Auslegung beschränkt; vgl. *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 7.

Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist.«¹¹

Mit anderen Worten waren sich die Gesetzesverfasser bei ihrer Abwägung zwischen den Vor- und Nachteilen der Einräumung richterlichen Ermessens also deutlich des Dilemmas zwischen den Vorzügen flexibler Rechtsanwendung und der Gefahr des Abgleitens in unkontrollierbare Richterwillkür bewußt.¹²

Ähnliche Erwägungen wurden auch der Einführung der anderen Gute-Sitten-Klauseln zugrundegelegt. So heißt es etwa zu § 705 E I, dem Vorläufer von § 826 BGB:

»Es ist eine alte Klage, das geltende materielle Recht sei ... zum Schutze der Beschädigten unzureichend ... Der Versuch, ... dieser Klage dadurch zu begegnen, daß diese und jene Handlung besonders verboten, die Zahl der Spezialdelikte vermehrt ... würde, könnte nicht zum Ziele führen. ... Die einschlagenden Fälle müssen vielmehr unter das Hauptprinzip gestellt werden, welches alle Singularitäten entbehrlich macht und die Anforderungen des Lebens befriedigt ... Die Handhabung des Prinzipes des § 705 erfordert allerdings Umsicht und Behutsamkeit, indessen darf darauf vertraut werden, daß die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden.«¹³

Auch damit ist also das elementare Dilemma zwischen formaler und materialer Realisierbarkeit bzw. zwischen regel- und prinzipiengeleiteter Gesetzgebung angesprochen, das Voraussetzung der Entstehung der Generalklauseln war. Dasselbe gilt schließlich auch für § 344 E I, eine insoweit nicht Gesetz gewordene Generalklausel über die Nichtigkeit von Verträgen mit unmöglichem, verbotenem oder sittenwidrigem Inhalt:¹⁴ auch hier wurde »eine Exemplifikation« unter Verweisung auf die bereits zu § 106 E I getroffene Abwägung als »bedenklich« angesehen.¹⁵

Insgesamt lassen die in den Motiven enthaltenen Begründungen damit zwar einerseits an vielen Stellen die geradezu selbstverständliche Einsicht in die nur im Wege der Abwägung im Einzelfall lösbaren Wertungsgegensätze zwischen

¹¹ Motive, Bd. I, S. 211 f.; ähnlich auch *Jakobs/Schubert* (Hrsg.), Unveröffentlichte Quellen zum BGB, §§ 1–240, 1. Teilband, S. 714: »Man war ferner einig, daß die Schwierigkeit nur darin bestehe, die richtige Grenze zu finden.«

¹² Vgl. zur bereits von diesem Bewußtsein geprägten Vorgeschichte der Gute-Sitten-Klauseln des BGB auch *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 4, 7, 9 ff.

¹³ Motive, Bd. II, S. 726 f.

¹⁴ Vgl. bereits oben Fn. 6. Dabei handelte es sich um die Vorläufervorschrift des inzwischen aufgehobenen § 306 BGB a.F., der im Fall anfänglich objektiver Unmöglichkeit der Leistung die Nichtigkeit des Vertrags anordnete. Vgl. nunmehr abweichend § 311a Abs. 1 BGB.

¹⁵ Motive, Bd. II, S. 178, unter Verweisung auf die Begründung zu § 106 E I (§ 138 Abs. 1 BGB). Ebenfalls auf § 106 E I verweist die Begründung der Gute-Sitten-Klauseln in §§ 743 Nr. 1, 747 Abs. 1 E I (§ 817 BGB), vgl. Motive, Bd. II, S. 844, 849; während die Begründung von § 684 Abs. 3 E I wiederum auf § 747 Abs. 1 E I Bezug nimmt, vgl. Motive, Bd. II, S. 693. Daraus läßt sich also schließen, daß die Äußerungen zu § 106 E I jedenfalls grundsätzlich auch für die anderen Gute-Sitten-Klauseln Gültigkeit beanspruchen sollten.

Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit sowie zwischen Richterbindung und Richterfreiheit erkennen; sie beziehen diese Einsicht aber andererseits noch nirgendwo auf die Generalklauseln *im allgemeinen*, sondern allenfalls – in Anlehnung an das Vorbild des französischen Rechts – auf die Gute-Sitten-Klauseln. Das Problem der »Generalklauseln« begann zu diesem Zeitpunkt also erst ansatzweise als Gegenstand der Rechts- und Gesetzgebungstheorie erkannt zu werden.

Ein bedeutsames Indiz hierfür ist auch, daß der Begriff »*Generalklausel*«, der sich – wie noch zu zeigen sein wird – nur wenige Jahre darauf während der Entstehung des UWG als allgemein gebräuchliches Schlagwort für richterliche »Ermessenstatbestände« durchsetzte,¹⁶ in den Motiven zum BGB noch an keiner Stelle mit den einschlägigen Vorschriften in Zusammenhang gebracht wird.¹⁷ Dies wäre nun offensichtlich dann ohne weitere Bedeutung, wenn das Problem in den Vorarbeiten zum BGB unter anderen, vergleichbaren Begriffen wie »allgemeine Vorschriften«, »richterliche Ermessenstatbestände« oder dergleichen thematisiert worden wäre. Gerade dies ist jedoch nicht der Fall, da keine der unter diesen Begriffen geführten Debatten den Problemumfang der späteren Generalklauseldebatte erreichte.

Insgesamt kann also keine Rede davon sein, daß die Entwurfsverfasser sämtliche Generalklauseln bewußt als allgemeine »Einfallstore« für materiale Wertungen, Belange der Einzelfallgerechtigkeit und richterliches Freiheitsstreben eingesetzt hätten. Daß die Generalklauseln diese Funktion haben *könnten*, ist vielmehr ein relativ spät entstandener Gedanke, der sich nur als Konsequenz aus der bereits *zuvor* durch die Verfasser des BGB erkannten Notwendigkeit, zwischen den großen Wertungsgegensätzen des Privatrechtsdenkens zu vermitteln, entwickeln konnte.

¹⁶ Dazu sogleich unten § 4 I 2 a).

¹⁷ Keine Ausnahme stellt nach hier vertretener Ansicht der Terminus »*clausula generalis*« dar, der an manchen Stellen der Motive, etwa zur Bezeichnung des in § 1444 E I enthaltenen allgemeinen Scheidungsgrunds erscheint (vgl. Motive, Bd. IV, S. 566, 572 f.) und damit lediglich eine *generelle* im Verhältnis zu *spezielleren*, kasuistischen Regeln kennzeichnet; eine Begriffsverwendung, die bereits in den Digesten nachweisbar ist; vgl. *Heumann/Seckel*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl. 1971, S. 72, 227 unter »*Clausula*« sowie »*Generalis*«; dazu auch *Garstka*, in: *Koch*, Methodenlehre, S. 96; *HKK-Rückert*, vor § 1 Rz. 85 mit Fn. 283. Wesentlich ist nach hier vertretener Ansicht jedoch, daß dies ebensowenig der noch zu diskutierenden *spezifisch modernen* Verwendung des Generalklauselbegriffs entspricht wie etwa die häufige Erwähnung von § 10 II 17 Preuß. ALR im Zusammenhang der Generalklauseldebatte, denn die moderne Verwendung des Generalklauselbegriffs beruht nach allem bisher Gesagten auf rechtstheoretischen Voraussetzungen, die während des 19. und erst recht während des 18. Jahrhunderts noch nicht vorlagen.

*b) Die bewußte Anerkennung richterlichen Ermessens:
Die Ermessensbegriffe des BGB im weiteren Gesetzgebungsverfahren
und in Stellungnahmen der Literatur*

Die ersten Ansätze zu einer derartigen »Generalklauseldebatte«, in der nach und nach die übergreifende Frage nach den Auswirkungen richterlicher Ermessensbegriffe auf die materielle, formale und institutionelle Wertungsstruktur des Privatrechts thematisiert wurde und aus der schließlich die gegenwärtige rechtstheoretische Debatte über Generalklauseln hervorging, finden sich jedoch in den wissenschaftlichen und parlamentarischen Diskussionen, die die weitere Entstehung der Generalklauseln begleiteten. So läßt bereits ein Teil der wissenschaftlichen Stellungnahmen, die in Reaktion auf den Ersten Entwurf verfaßt wurden, ein übergreifendes Problembewußtsein erkennen. Die folgenden Ausführungen *Hartmanns*¹⁸ etwa nehmen Teile der modernen Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln durch Präjudizienrecht bzw. durch Verweisung auf soziale Normen vorweg:

»Es ist gar nicht anders denkbar, als daß sich vor Allem anderthalben da, wo der Richter »nach der Natur des Vertrages«, nach Verkehrssitte, nach Treu und Glauben u. dgl. urtheilen soll, allmählich eine Fülle von Sätzen abklären und durch eine constante Praxis befestigt werden wird, deren Einheitlichkeit durch die überragende Stellung des Reichsgerichts verbürgt wird. Seinen Stoff wird dies neu entstehende Recht hernehmen zunächst schon aus den Anschauungen und Uebungen des Volks- und Verkehrslebens selbst, welche Uebungen ihrerseits schon die Tendenz haben, sich zu wirklichem Recht zu verdichten, und welche nur ihr letztes festes Gepräge durch die Rechtspflege der Gerichte empfangen.«¹⁹

Wesentlich ist es andererseits jedoch, daß auch diese Äußerungen wieder nur auf der Grundlage der schon zuvor bestehenden Einsicht in das notwendige Nebeneinander von Richterbindung und Richterfreiheit im Rechtsentstehungsprozeß möglich waren:

»Der Richter ist keineswegs grundsätzlich nur dazu berufen, gegebene Thatbestände unter fertig vorliegende abstracte juristische Regeln und Typen logisch zu subsumieren. Gerade auch das Finden und Fertigstellen der juristischen Regel behufs der Regelung des concreten Thatbestandes bildet mit seine schönste und würdigste Aufgabe, bei deren Vollziehung seine geistigen Operationen principiell die nämlichen sind, wie die des Gesetzgebers beim Finden und Fertigstellen der Regel in abstracto.«²⁰

Ähnliches gilt schließlich auch für die parlamentarische Debatte, die den weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens begleitete. Die unbestimmten Rechtsbegriffe des Ersten Entwurfs wurden, nachdem die Stellungnahmen der

¹⁸ Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, AcP 73 (1888), 309 ff.

¹⁹ *Hartmann*, AcP 73 (1888), 309, 321.

²⁰ *Hartmann*, AcP 73 (1888), 309, 319.

Literatur auch im übrigen tendenziell positiv ausgefallen waren,²¹ in nur geringfügig veränderter Fassung in den Zweiten Entwurf von 1895 übernommen,²² der bereits ein Jahr später als Dritter Entwurf dem Reichstag vorgelegt wurde. In der ersten Beratung im Plenum des Reichstags trat dabei wieder zutage, wie sehr die Ermessensbegriffe als zwar problematische, aber unumgängliche Reaktion auf die erkannten materiellen, formalen und institutionellen Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens wahrgenommen wurden: so ist insoweit von einem »Fehler« des Gesetzentwurfs die Rede, »der sich aber im wesentlichen auf die moderne Entwicklung des Rechtes stützt« und deshalb »nicht aus dem Gesetzbuch entfernt werden« könne.²³ Erneut wurde auf der einen Seite auf die Gefahr der Unbestimmtheit und mangelnden Rechtssicherheit, auf der anderen Seite jedoch auf das dringende Erfordernis einer Flexibilisierung der Privatrechtsordnung verwiesen, um dem zunehmenden Bedürfnis nach geordneter Rechtsfortbildung gerecht zu werden²⁴ und dem Richter die

²¹ Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 1, S. 21 f., 178 ff.; Bd. 2, S. 117, 401 f. Insgesamt sprachen sich *Vierhaus* und *Leonhard* gegen eine zu weitgehende Ausdehnung des richterlichen Ermessens aus, dagegen standen jedoch die zustimmenden und zum Teil sogar noch weitergehende richterliche Freiheit befürwortenden Äußerungen *Hartmanns*; vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 1, S. 21. Die Aufnahme der Guten Sitten in § 106 E I sahen namentlich *Gierke* und *Hölder* trotz Bedenken gegen deren Mißbrauchsanfälligkeit als unentbehrlich an. *Schilling* berief sich darüber hinaus sogar ausdrücklich auf die positiven Erfahrungen des französischen Rechts mit den Gute-Sitten-Klauseln. Kritik wurde lediglich an der zusätzlichen Verweisung des § 106 E I auf die »öffentliche Ordnung« geübt, die im 2. Entwurf getilgt wurde; vgl. v. *Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, S. 168 f. sowie Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 1, S. 178 ff. Gegen die Vagheit von »Treu und Glauben« in § 359 E I äußerte lediglich *Goldschmidt* Bedenken; sonst wurde die Vorschrift nur in redaktioneller Hinsicht kritisiert und teils – wieder vor allem von *Hartmann* – sogar nachdrücklich befürwortet; vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 2, S. 117. Ein ähnliches Bild – eine Kombination aus redaktioneller Kritik und prinzipieller Zustimmung – bietet schließlich auch die Debatte zu § 705 E I (§ 826 BGB); vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen, Bd. 2, S. 401 f.

²² Im einzelnen erhielt § 138 Abs. 1 BGB durch § 103 E II seine endgültige Gestalt, aus der gegenüber § 106 E I – der am Ersten Entwurf geäußerten Kritik entsprechend – die einschränkende Voraussetzung eines Sittenverstößes des *Vertragsinhalts* sowie die zusätzliche Verweisung auf die »öffentliche Ordnung« eliminiert worden waren. § 242 BGB gelangte als § 206 E II anstelle des bisherigen § 224 Abs. 1 E I an seinen endgültigen Standort an der Spitze des Schuldrechts; zugleich entstand in § 127 E II erstmals der Vorläufer von § 157 BGB. Auch hinsichtlich des späteren § 826 BGB wurde die Verweisung auf die guten Sitten durch § 749 E II unverändert beibehalten. Insgesamt änderte der 2. Entwurf also nichts mehr an der Grundentscheidung des Gesetzes für offene Rechtsbegriffe. Dementsprechend enthalten auch die Protokolle an den jeweiligen Stellen keine Ausführungen zum Problem richterlicher Gestaltungsfreiheit mehr.

²³ Redebeitrag des Abgeordneten *Dr. Rintelen* in der 1. Beratung des BGB, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags Bd. 143 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 30. Sitzung v. 3.2.1896, S. 712.

²⁴ Vgl. etwa die Beiträge der Abgeordneten *Schröder*, Stenographische Berichte Bd. 143

Möglichkeit zu geben, als »Schiedsrichter« zu fungieren, auf »daß in diesem Klassenkampfe die härteste Spitze abgebrochen werden kann«. ²⁵ Wie die letzte Äußerung zeigt, erhoffte man sich von den Generalklauseln also gerade auch eine Lösung der Spannungen, zu denen die Anwendung des »liberalen« Privatrechts unter den Voraussetzungen zunehmend deutlich zutage tretender sozialer Ungleichheit führte – also einer der deutlichsten Ausprägungen des materialen Wertungsgegensatzes zwischen Individualismus und Kollektivismus.

Zusammenfassend zeigt die die Entstehung des BGB begleitende Diskussion also bereits erste Ansätze zu einer übergreifenden Durchdringung des Problems richterlicher Ermessensbegriffe, die allerdings immer noch weit entfernt waren von einer allgemeinen Wahrnehmung der Generalklauseln als gesetzgeberisches Instrument zur Öffnung der Rechtsordnung gegenüber materialer Gerechtigkeit und Richterfreiheit. Auch hierfür mag es wieder als ein Indiz gelten, daß der Begriff »Generalklausel« bis zur Verabschiedung des BGB noch an keiner Stelle gebraucht wurde.

2. Die Entstehung des § 1 UWG a.F. und der »Generalklauseldebatte«

Dies änderte sich erst mit der Entstehung der Vorläufervorschrift des heutigen § 3 UWG, der Generalklausel des § 1 UWG a.F., die sich in zwei Schritten vollzog: während sich die Verfasser des ersten Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1896²⁶ noch gegen die Einführung einer Generalklausel und für eine kasuistische Regelungsstruktur entschieden hatten, ließen die darauffolgenden ernüchternden Erfahrungen mit deren Umgehung die Einführung einer Generalklausel im zweiten UWG von 1909²⁷ trotz aller Bedenken als unausweichlich erscheinen. Ausschlaggebend für diese Entscheidung war nicht

(IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 30. Sitzung v. 3.2.1896, S. 724 f.; *Kauffmann* und *Prof. Dr. Planck*, Stenographische Berichte Bd. 143 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 31. Sitzung v. 4.2.1896, S. 730, 736; sowie *Dr. Förster*, Stenographische Berichte Bd. 143 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 32. Sitzung v. 5.2.1896, S. 765, die sich allesamt äußerst positiv über die neuen Ermessensvorschriften äußerten. Vgl. auch *Dr. Ennecerus*, Stenographische Berichte Bd. 144 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. II), 33. Sitzung v. 6.2.1896, S. 780, der speziell das Bedürfnis nach geordneter Rechtsfortbildung thematisierte.

²⁵ So der Beitrag des Abgeordneten *Spahn*, Stenographische Berichte Bd. 143 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 32. Sitzung v. 5.2.1896, S. 772.

²⁶ RGBl. 1896, S. 145. Zur Gesetzgebungsgeschichte vgl. *Lobe*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 1, 1907, S. 122 ff.; *Obly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 199 ff. m.w.N. Die Gesetzgebungsmaterialien sind vollständig abgedruckt bei *Lobe*, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 3, S. 5 ff. sowie teilweise in GRUR 1 (1896), 18 ff., 61 ff., 101 f., 151 f., 178 ff. Vgl. zu den wesentlichen Verhandlungen 1895/96 auch die Übersicht in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstags, Register in Bd. 150 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. VIII), S. 6516 f.

²⁷ RGBl. 1909, S. 499; auch abgedruckt in GRUR 14 (1909), 314.

zuletzt, daß die zwischenzeitlich in Kraft getretenen Generalklauseln des BGB die Befürchtung des Abgleitens in richterliche Willkür nicht bestätigt hatten. Auf dieser Grundlage entwickelte sich schließlich erstmals eine breite Diskussion über Begriff und Problem der Generalklausel – der Ursprung der rechtstheoretischen Debatte über Generalklauseln liegt also nicht im bürgerlichen, sondern im Wettbewerbsrecht.

a) Die »Generalklauseldiskussion« während der Entstehungsgeschichte des UWG 1896

Allerdings war die Diskussion, die die Entstehung des ersten UWG begleitete, noch von erheblicher Skepsis gegenüber der Einführung einer Generalklausel geprägt. Der Grund dafür lag darin, daß das deutsche Privatrecht – anders als vor allem das französische –²⁸ nach der späten Einführung der Gewerbefreiheit im Jahr 1869 zunächst keine subjektive Rechtsposition des Gewerbetreibenden anerkannt hatte und dementsprechend alle Wettbewerbshandlungen als erlaubt ansah, die nicht – durch vereinzelte Sondergesetze – ausdrücklich verboten waren.²⁹ Obgleich diese Rechtslage angesichts deutlich zutage tretender Mißstände zunehmend als unbefriedigend erkannt wurde, stieß der Gedanke eines *generellen* Verbots des unlauteren Wettbewerbs nach dem Vorbild des französischen Rechts – das sich insoweit der auf die »guten Sitten« verweisenden deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 1382 Code Civil bediente – daher anfänglich auf erheblichen Widerstand:³⁰

²⁸ In Frankreich war die individualrechtliche Schutzwürdigkeit der Gewerbeausübung gegen unlauteren Wettbewerb sofort nach Einführung der Gewerbefreiheit 1791 anerkannt worden; seit 1808 entwickelte die Rechtsprechung anhand der deliktsrechtlichen Generalklausel der Artt. 1382, 1383 Code Civil ein ausdifferenziertes Wettbewerbsrecht. In Deutschland führte die Einführung der Gewerbefreiheit 1869 hingegen dazu, daß die Ausübung gewerblicher Tätigkeit nicht mehr als Ausübung eines subjektiven *Rechts*, sondern lediglich als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit gesehen wurde. Vgl. zusammenfassend *Lobe*, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 1, S. 78 ff., insbes. 81 f. m.w.N.; *Schmid*, Bedürfen die Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung über den Schutz gegen den Verrat gewerblicher Geheimnisse einer Aenderung oder Ergänzung?, GRUR 11 (1906), 360.

²⁹ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl. 2001, Einl. UWG Rz. 16; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 199; *Steindorff*, Die Guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 58, 61; *Lobe*, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs Bd. 1, S. 116 f.; *ders.*, Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 15 (1910), 1. Dieses Wettbewerbsverständnis kam am deutlichsten in dem *argumentum e contrario* des Reichsgerichts zum Ausdruck, daß Art. 1382 Code Civil auf eine nach dem Markenschutzgesetz von 1874 *erlaubte* Handlung nicht anwendbar sei, da dieses die Materie »einheitlich und erschöpfend« regele; vgl. RGZ 3, 67, 69 (30.11.1880). Dieser Gedanke hemmte die weitere Entwicklung des Wettbewerbsrechts erheblich.

³⁰ Vgl. etwa die Redebeiträge des Ministers *Dr. v. Boetticher* sowie der Abgeordneten *Basermann*, *Roeren* und *v. Czarlinski* in der 1. Beratung, Stenographische Berichte Bd. 143 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. I), 7. Sitzung v. 13.12.1895, S. 108 ff., 113 ff., 122 sowie die Beiträge *Lenzmann*, *Singer* und *Dr. v. Boetticher* in der 2. Beratung, Stenographische

»Der französische Richter ist von jeher gewohnt gewesen, aus allgemeinen Rechtsprinzipien konkrete Schlußfolgerungen zu ziehen, ohne eine Spezialisierung durch den Gesetzgeber abzuwarten, während der deutsche Richter von jeher die Neigung gehabt hat, sich enger an den Wortlaut eines Gesetzes anzuschließen und eine Unterscheidung zwischen allgemeinen legislatorischen Prinzipien und konkreten Rechtsvorschriften zu machen. Es mag die Frage unerörtert bleiben, ob die französische oder die deutsche Art der Rechtsprechung größere Vorzüge hat, jedenfalls ist es eine Tatsache, daß die deutsche Rechtsprechung sich bisher ausschließlich in der bezeichneten Weise entwickelt hat, und es kann nicht wünschenswert erscheinen, im gegenwärtigen Augenblick von dieser einen Stelle aus einen Einbruch in die Prinzipien der deutschen Rechtsprechung zu machen.«³¹

Dennoch sind diese Äußerungen insofern bemerkenswert, als sie gegenüber der die Entstehung des BGB begleitenden Generalklauseldebatte einen erheblichen Erkenntnisfortschritt offenbaren: waren die Generalklauseln des BGB noch mit eher geringem Problembewußtsein im Hinblick auf das *übergreifende, prinzipielle* Problem der Einräumung richterlichen Ermessens kommentiert worden, so trat dieses Bewußtsein hier plötzlich deutlich zutage. Im Zusammenhang des Wettbewerbsrechts stellte sich die Alternative zwischen Generalklausel und methodologisch gebundener Regelanwendung plötzlich als *allgemeine*, an die Grundlagen der deutschen Rechtsordnung rührende Prinzipienfrage dar. Es verwundert daher kaum, daß auch der Begriff der »Generalklausel« in diesem Zusammenhang nicht nur zum ersten Mal auftrat, sondern darüber hinaus sogleich zur allgemein verbreiteten Bezeichnung des neu entdeckten rechtstheoretischen Problems der offenen richterlichen Ermessenstatbestände – kurz: der »Generalklauseln« – avancierte.³²

Berichte Bd. 145 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. III), 69. Sitzung v. 16.4.1896, S. 1702 ff., 1708; ferner *Axster*, Die Aufnahme der Generalklausel in den § 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 12 (1907), 94 f. Vierzehn Jahre später, nach der endgültigen Einführung der Generalklausel des § 1 UWG a.F., kommentierte *Lobe*, GRUR 15 (1910), 1, treffend: »Wenn man die damals gehaltenen Ausführungen gegen eine Generalklausel liest, mutet einen das ungefähr so an, wie die Kassandrarufer, die von ängstlichen Gemütern bei Einführung der Eisenbahnen und Gasbeleuchtung ausgestoßen wurden.« Für die Einführung einer Generalklausel sprachen sich bereits damals *Bassermann*, *Roeren* und *Jacobskötter* aus; vgl. Stenographische Berichte Bd. 145 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. III), 69. Sitzung v. 16.4.1896, S. 1706 ff. sowie 86. Sitzung v. 7.5.1896, S. 2174.

³¹ Bericht der VI. Kommission des Reichstags, vgl. Stenographische Berichte, Bd. 152 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Anlagenbd. II), Drucks. Nr. 192, S. 1196 f., auch abgedruckt bei *Lobe*, Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bd. 3, S. 160.

³² Im Verlauf der Gesetzesberatungen wird die in § 1 des Kommissionsentwurfs zum ersten UWG geplante Generalklausel zunächst als »allgemeine« bzw. »generelle Vorschrift«, später dann gezielt als »Generalklausel« bezeichnet. So findet sich diese Bezeichnung erstmals im Bericht der VI. Kommission, Stenographische Berichte Bd. 152 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Anlagenbd. II), Drucks. Nr. 192, S. 1197. In der Folgezeit wird der Begriff mit geradezu inflationärer Häufigkeit verwendet; vgl. etwa die Beiträge *Lenzmann*, *Singer*, *Bassermann*, *Jacobskötter*, *Dr. v. Boetticher* und *Rothe*, Stenographische Berichte des Reichstags Bd. 145 (IX. Legislaturperiode, IV. Sess. 1895/97, Bd. III), 69. und 86. Sitzung v. 16.4.1896

b) Die Einführung der Generalklausel durch das UWG 1909

Noch umfassender wurde das Für und Wider der Generalklauseln schließlich im Zusammenhang der Entstehung des zweiten UWG von 1909 diskutiert, das die Grundlage des bis heute geltenden Wettbewerbsrechts bildet.³³ Nach dem Verzicht auf die Einführung einer wettbewerbsrechtlichen Generalklausel durch das erste UWG war schnell deutlich geworden, daß dem Problem des unlauteren Wettbewerbs auf der Grundlage einer rein kasuistisch strukturierten Regelung nicht beizukommen war. Kaum in Kraft getreten, waren die eng begrenzten Verbotstatbestände des Gesetzes bereits durch zahlreiche Umgehungsmanöver faktisch ihrer Wirksamkeit beraubt worden.³⁴

Eine gewisse Abhilfe erfolgte allerdings durch die Rechtsprechung, als diese kurz nach Inkrafttreten des BGB die subsidiäre Anwendbarkeit des § 826 BGB im Bereich des Wettbewerbsrechts anerkannte.³⁵ Dementsprechend stellte sich die Frage nach der Einführung einer Generalklausel im darauffolgenden Gesetzgebungsverfahren zum zweiten UWG wesentlich differenzierter als noch vor Einführung des BGB oder des ersten UWG: die *grundsätzliche* Erforderlichkeit und Praktikabilität einer flexiblen Regelung, die Umgehungsversuche erschweren sollte, stand nun außer Frage; zur Debatte stand lediglich noch, ob dieses Ziel eher durch eine eigenständige Generalklausel oder im Wege bloßer Anerkennung der auf § 826 BGB gestützten Rechtsprechungspraxis erreicht

bzw. 75.1896, S. 1702, 1704 ff., 2174; vgl. dazu auch allgemein HKK-Rückert, vor § 1 Rz. 28, 85 mit Fn. 62 bzw. Fn. 283. Die Vermutung liegt nahe, daß der Begriff den in der französischen Literatur im Zusammenhang von Art. 1382 Code Civil verwendeten Bezeichnungen *règle générale, principe général* etc. nachempfunden ist; vgl. etwa *Planiol/Ripert, Traité pratique de droit civil français*, Bd. VI, 1930, § 476, S. 660. Dafür spricht auch die Vorbildfunktion des französischen Wettbewerbsrechts im allgemeinen; vgl. bereits die Anlehnung des Begriffs des »unlauteren Wettbewerbs« an die französische »concurrency déloyale«.

³³ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz. 19. Daran hat die 2004 vollzogene Novellierung des UWG nichts geändert; vgl. oben Fn. 2 m.w.N.

³⁴ Vgl. allgemein *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz. 17 sowie bereits aus dem zeitgenössischen Schrifttum die Kritik an der zurückhaltenden Anwendung des Gesetzes, teilweise verbunden mit der Forderung nach einer Generalklausel: *Fuld*, Das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb in der Praxis, GRUR 2 (1897), 58 f.; *ders.*, Ausverkauf und unlauterer Wettbewerb, GRUR 5 (1900), 155; *Schmid*, Die Wirkungen des deutschen Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 5 (1900), 252 ff.; *ders.*, Der österreichische Gesetzentwurf gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 7 (1902), 238, 240; *ders.*, GRUR 11 (1906), 360; *Roeren*, Die Wirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 4 (1899), 169, 170 ff.

³⁵ Vgl. RGZ 48, 114, 119 ff.; zustimmend etwa *Schmid*, GRUR 7 (1902), 238, 240; *ders.*, Sind die Bestimmungen der §§ 823, 824 und 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs anwendbar?, GRUR 8 (1903), 103, 107 ff. m.w.N.; *Lobe*, GRUR 15 (1910), 1, 4 ff. Die in der Literatur teilweise (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz. 44 f.; im einzelnen *Lobe*, GRUR 15 (1910), 1, 4 ff. m.w.N.) vertretene sog. »Theorie des Persönlichkeitsrechts« präferierte dagegen die Anwendung des § 823 Abs. 1 BGB auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als lückenfüllende Generalklausel, konnte sich jedoch schließlich nicht durchsetzen.

werden sollte.³⁶ Nach einer kontroversen Debatte in der ersten Reichstagsberatung setzten sich im weiteren Gesetzgebungsverfahren schließlich die Stimmen durch, die sich unter Verweis auf die Umgehungsgefahr und Willkürlichkeit einer lediglich punktuell eingreifenden Regelung sowie die mangelnde Sachgerechtigkeit des im Gegensatz zu Art. 1382 Code Civil vorsätzliches Handeln voraussetzenden § 826 BGB für eine eigenständige Regelung aussprachen.³⁷ Die endgültige Fassung der großen Generalklausel in § 1 UWG a.F., die als Verweisung auf die Guten Sitten zwar noch den Einfluß des § 826 BGB erkennen ließ, infolge Verzichts auf das Vorsatzerfordernis jedoch Art. 1382 Code Civil wesentlich näher stand, wurde schließlich nahezu einhellig und »mit Freuden« begrüßt.³⁸

Bemerkenswert ist auch diese Debatte wieder infolge der im Vergleich zur Entstehung des BGB wesentlich eingehenderen Erörterung der Frage der Generalklauseln, die nicht nur das zugrundeliegende Dilemma zwischen Rechtssicherheit und Flexibilität reflektierte, sondern die Generalklausel ganz allgemein als Mittel zu dessen Bewältigung ansah und damit sogar eine Auswahl zwischen mehreren unterschiedlich weitreichenden Tatbestandsfassungen erlaubte.³⁹ Die Gründe dafür, daß sich gerade das Wettbewerbsrecht zum Ausgangspunkt der deutschen Generalklauseldiskussion entwickelte, mag man dabei vor allem in der im Vergleich zum allgemeinen bürgerlichen Recht wesentlich größeren Dringlichkeit der Umgehungsproblematik mit einem ent-

³⁶ Dementsprechend enthielt der Regierungsentwurf zum zweiten UWG statt einer eigenständigen Generalklausel zunächst nur eine Kodifikation dieser Rechtsprechung, vgl. Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstags, Bd. 252 (XII. Legislaturperiode, II. Sess. 1911), Anl. Nr. 1109, S. 7, auch abgedruckt in GRUR 14 (1909), 39 ff.

³⁷ Vgl. Stenographische Berichte, Bd. 234 (XII. Legislaturperiode, II. Sess. 1911), 193. Sitzung v. 25.1.1909, S. 6524 ff.; auch abgedruckt in GRUR 14 (1909), 106 ff. Für die Einführung einer »großen« Generalklausel nach dem Vorbild des Art. 1382 Code Civil sprachen sich die Abgeordneten *Giese, Linz, Dove, Dr. Müller, Sir* und *Werner* aus; vgl. *ebd.*, S. 6525 f., 6538 f., 6541, 6244 f., 6547, 6551; dagegen und für die Lösung des Regierungsentwurfs mittels § 826 BGB votierten die Abgeordneten *Roeren, Findel* und *Frank*, *ebd.*, S. 6527, 6531, 6533. Vgl. ferner den Bericht der 35. Kommission, Stenographische Berichte, Bd. 255 (XII. Legislaturperiode, II. Sess. 1911), Anl. Nr. 1390, S. 8433 ff.: bereits diese Kommission stimmte der grundsätzlichen Einführung einer Generalklausel in erster Lesung mit großer Mehrheit zu; vgl. *ebd.*, S. 8436.

³⁸ So der Beitrag des Abgeordneten *Dr. Bitter* in der 2. Beratung, Stenographische Berichte, Bd. 236 (XII. Legislaturperiode, II. Sess. 1911), 259. Sitzung v. 17.5.1909, S. 8497. Ähnlich äußerten sich auch die Abgeordneten *Linz, Dr. Müller, Dr. Junck, v. Carmer-Zieserwitz* und *Dr. Frank*; vgl. *ebd.*, S. 8498 ff. In der dritten Beratung wurde § 1 UWG a.F. schließlich ohne weitere Aussprache angenommen; vgl. Stenographische Berichte, Bd. 236, S. 8542. Insoweit treffend zur allgemeinen Zustimmung zur Einführung der Generalklausel auch *Obly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 202.

³⁹ Nämlich zwischen der »großen« Generalklausel und der »kleinen« Lösung auf der Grundlage von § 826 BGB; vgl. dazu soeben Fn. 36 und 37.

sprechend gesteigerten Bedürfnis nach richterlicher Flexibilität suchen.⁴⁰ Entscheidend ist jedoch – um es nochmals zusammenzufassen –, daß die »Entdeckung« des Problems der Generalklauseln der Entstehung der Tatbestände, die in diesem Zusammenhang meist an erster Stelle genannt werden, namentlich der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, nicht *vorausging*, sondern *nachfolgte*.

II. Die weitere Entwicklung der Generalklauseln als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Bereits auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen sollte also deutlich geworden sein, daß sich keinesfalls alle Generalklauseln des deutschen Privatrechts als von einem entsprechenden Gesetzgeberwillen begleitete Öffnungs- bzw. Delegationsnormen ansehen lassen. Noch deutlicher wird dies anhand deren weiterer Entwicklung.

1. Die weitere Entwicklung der Generalklauseln während des 20. Jahrhunderts

a) Die Generalklauseln während der ersten Jahrzehnte nach ihrem Inkrafttreten

Daß die Entwicklung der Generalklauseln von den Verfassern des BGB in vielfacher Hinsicht nicht vorausgesehen werden konnte, zeigte sich bereits während der ersten Jahrzehnte nach ihrem Inkrafttreten. Betrachtet man etwa die Gute-Sitten-Klauseln des BGB, denen im Gesetzgebungsverfahren das größte Potential zur Gewährleistung von Richterfreiheit zugeschrieben worden war, so schien es anfänglich, als ob vor allem § 826 BGB diese Erwartung tatsächlich erfüllen würde. Schon in den ersten Jahren nach Inkrafttreten des BGB diente die Vorschrift in zahlreichen Fällen des Vertrags-, Arbeits- und Wirtschaftsrechts als subsidiäre Anspruchsgrundlage für Schadensersatz, wenn andere Rechtsgrundlagen versagten.⁴¹ § 138 Abs. 1 BGB wurde im Gegensatz dazu an-

⁴⁰ Dabei handelt es sich letztlich nur um ein Beispiel dafür, daß das Handels- und damit auch das verwandte Wirtschafts- bzw. Wettbewerbsrecht oft als »Schrittmacher der Rechtsentwicklung« wirkt, indem es die Bedürfnisse der Praxis – wie vorliegend das Bedürfnis nach flexibler Normierung auf der Grundlage von Generalklauseln – häufig früher hervortreten läßt als der allgemeine bürgerliche Rechtsverkehr; vgl. *Canaris*, Handelsrecht, § 1 Rz. 20.

⁴¹ Dies galt, wie soeben erörtert, unter anderem im Bereich des Wettbewerbsrechts sowie ebenso auch im kollektiven Arbeitsrecht: hier wurde § 826 BGB als Maßstab der Rechtmäßigkeit von Streik-, Aussperrungs- und Boykottmaßnahmen herangezogen. Vgl. dazu sowie zu

fänglich eher zurückhaltend angewandt. Noch im Jahre 1906 lehnte es das Reichsgericht etwa kategorisch ab, diese Vorschrift subsidiär auf wucherähnliche Rechtsgeschäfte anzuwenden, bei denen zwar ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, nicht aber die übrigen Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB gegeben waren und berief sich zur Begründung auf die ausdrückliche Ablehnung der gemeinrechtlichen *laesio enormis* durch die Verfasser des BGB.⁴²

Wenige Jahre später kehrte sich diese Tendenz jedoch um. Während die Bedeutung des § 826 BGB wohl auch infolge des restriktiven Vorsatzerfordernisses stagnierte, trat die des § 138 Abs. 1 BGB als Generalklausel zur Korrektur wirtschaftlicher Übervorteilung mehr und mehr in den Vordergrund, nachdem das Reichsgericht seine restriktive Rechtsprechung zum wucherähnlichen Rechtsgeschäft bereits seit 1913 deutlich relativiert hatte.⁴³ Bis 1933 waren die wesentlichen Grundlagen des heutigen Verständnisses des § 138 Abs. 1 BGB als Generalklausel geschaffen: das allgemeine Eingeständnis der extremen Offenheit dieser Vorschrift⁴⁴ sowie eine ständige Rechtsprechung auf der Grundlage der »Anstandsformel«, deren Tenor – daß ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, wenn es gegen das »Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden« verstößt⁴⁵ – es zwanglos ermöglichte, § 138 Abs. 1 BGB nicht nur als Verweisung

weiteren Beispielen plastisch *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 7 f.; *ders.*, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, 1913, S. 10 ff.; *Dawson*, Oracles, S. 461 ff.

⁴² RGZ 64, 181, 182.

⁴³ Vgl. RGZ 83, 109, 112 f. Gegenstand der Entscheidung war ein extrem überhöhtes Anwaltshonorar, doch statt § 138 Abs. 2 BGB wandte das Reichsgericht § 138 Abs. 1 BGB an und verlangte nicht die volle Erfüllung des Wuchertatbestands, sondern lediglich, »daß zu der Höhe des Versprochenen noch ein weiterer Umstand hinzukommt, der in Verbindung hiermit den Vertrag nach seinem Gesamtcharakter als sittenwidrig erscheinen läßt.« Diesen Umstand sah das Gericht in der rücksichtslosen Ausnutzung der abhängigen Mandanten. Vgl. zur statistischen Entwicklung der Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB bis 1933 auch aufschlußreich *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 8.

⁴⁴ Vgl. nur *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 34 ff., 57 ff.; zusammenfassend zum Stand der Lehre 1933 auch *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 214 ff.; *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, S. 45 ff.

⁴⁵ Die Ursprünge dieser »Anstandsformel« gehen wohl bereits auf *Savigny* und den der historischen Rechtsschule zugrundeliegenden Gedanken des »Volksgespirits« als Quelle des Rechts zurück; vgl. *Arzt*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, 1962, S. 5 ff. Explizit erschien die »Anstandsformel« bereits in den Motiven zu § 705 E I (Motive, Bd. II, S. 727) und prägte seit Inkrafttreten des BGB die gesamte Rechtsprechung des Reichsgerichts; vgl. RGZ 48, 114, 124 (11.4.1901) sowie aus der Folgezeit etwa RGZ 80, 219, 221; 104, 327, 330; 120, 144, 148. Zur Kritik am offensichtlichen Leerformelcharakter der Anstandsformel vgl. *Arzt*, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 26 ff., 84 ff.; *Esser*, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung im Zivilrecht, in: *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, 1966, S. 5, 20 ff.; *Haberstumpf*, Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1976, S. 12, 73 ff.; *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 93 f.; *Breithaupt*, Die guten Sitten, JZ 1964, 283 ff. sowie treffend *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 22: »Das ›Gefühl‹ der ›Denkenden‹ befriedigt Rationalisten wie

auf den engen Bereich der »Sitte« oder »Sittlichkeit«, sondern auf die Gesamtheit der der *Rechtsordnung* zugrundeliegenden Wertordnung zu interpretieren.⁴⁶ So entwickelte sich § 138 Abs. 1 BGB zur Generalklausel, auf deren Grundlage Verstöße gegen die Sexual-, Ehe- und Familienmoral ebenso sanktioniert werden konnten wie anstößiges Verhalten im Geschäftsverkehr.

Bemerkenswert unterschiedlich verlief auch die Entwicklung der §§ 157, 242 BGB, obwohl beide Vorschriften anfänglich – wie erwähnt – sogar aus demselben Normentwurf hervorgegangen waren.⁴⁷ So gibt es auf der Grundlage des Gesetzgeberwillens und des Normtexts allein keine Erklärung dafür, daß das in § 157 BGB enthaltene Gebot der Auslegung von Verträgen nach Treu und Glauben auf seinen Anwendungsbereich als Bestandteil der Auslegungslehre beschränkt blieb, während § 242 BGB in Folge der Aufwertungsrechtsprechung ebenso wie § 138 Abs. 1 BGB zur Generalklausel avancierte. Wesentlich ist dabei, daß für diese Entwicklung ganz ähnlich wie bei § 138 Abs. 1 BGB ausschlaggebend war, daß sich § 242 BGB durch die Entstehung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage unwiderruflich von seinem *wörtlichen* Anwendungsbereich als Sachnorm des Schuldrechts – ebenso wie § 138 Abs. 1 BGB von seinem Wortlaut als Sittengebot – löste und damit von diesem Zeitpunkt an als inhaltlich fast völlig unbestimmte Ermächtigung zur freien Anpassung von Rechtsgeschäften zur Verfügung stand.⁴⁸

Irrationalisten und ist geeignet, die Einheit von Gefühl und Verstand in der Vernunft zu beschwören. »Billig« und »gerecht« vereinigt die Antinomie von »ius strictum« und »ius aequum« in einer höheren Gerechtigkeit, die dennoch im »Anstandsgefühl« dem Menschen als solchem und nicht nur dem Fachjuristen zugänglich sein soll. Und das Wort »alle« schafft eine kollektive Wertungseinheit, von der Andersdenkende ausgeschlossen sind mit dem Stigma, »unbillig« und »ungerecht« zu denken. Darin eben besteht die wesentliche Funktion der Formel, daß sie partiell gültige Werturteile generalisiert und sie mit dem Schein höherer Berechtigung versieht.« Vgl. ähnlich auch *Topitsch*, Über Leerformeln, in: Festschrift Kraft, 1960, S. 233 ff.

⁴⁶ Vgl. zu dieser in der Rechtsprechung zu den Gute-Sitten-Klauseln von vornherein angelegten Entwicklung *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 9 ff., 20 f.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 37 ff., 56 ff.; *Arzt*, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 99 ff.

⁴⁷ § 359 E I; vgl. zur Entstehungsgeschichte bereits oben § 4 I 1 mit Fn. 6 und 22 sowie *HKK-Vogenaier*, §§ 133, 157 Rz. 24 f.

⁴⁸ Der ursprünglich intendierte Sachnormcharakter des § 242 BGB ergibt sich – insoweit im Einklang mit der historischen Begriffsbedeutung der *bona fides* im Rahmen der Auslegung; vgl. *HKK-Vogenaier*, §§ 133, 157 Rz. 67 ff. – etwa aus der Begründung zu § 206 E II; vgl. Protokolle, Bd. I, S. 303: »Man erachtete die Verweisung auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte ... bei allen Schuldverhältnissen für erforderlich, um das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Verhältnis seinem wahren Inhalte nach zur Anerkennung zu bringen.« Symptomatisch für diese ursprüngliche Interpretation der Vorschrift ist auch das Schweigen der Materialien zum Problem des richterlichen Ermessens; vgl. oben § 4 I 1 a) mit Fn. 9. Vgl. im Gegensatz dazu aus heutiger Perspektive etwa *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 179: »Die vorangehenden Darlegungen haben gezeigt, daß inhaltlich-informative Vorgaben in § 242 BGB nicht vorhanden sind ...; insofern wäre § 242 als »Verhaltensnorm« eine Leerformel«. Vgl. zusammenfassend zur Entwicklung des § 242 BGB während der Weimarer Zeit *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, S. 51 f.

Nur im Zusammenhang der Entwicklung des § 1 UWG a.F. war ein derartiger Schritt nicht erforderlich, da der Begriff der »Guten Sitten« dort von vornherein von seiner wörtlichen Bedeutung gelöst im Sinne spezifisch wettbewerbsrechtlicher Unlauterkeit zum Tragen kam, also von Anfang an als Chiffre für einen ganz anderen, nur »generalklauselartig« zu beschreibenden Tatbestand eingesetzt wurde. Aus diesem Grund entwickelte sich § 1 UWG a.F. im Gegensatz zu §§ 138 Abs. 1, 242 BGB – als wohl einzige der zu Beginn des 20. Jahrhunderts entstandenen Generalklauseln des deutschen bürgerlichen Rechts – unmittelbar und ohne Verzögerung der ihr zugeordneten Funktion gemäß zur beherrschenden Generalklausel des Wettbewerbsrechts.⁴⁹

b) Die Generalklauseln während des Nationalsozialismus

Um 1933 waren Vorzüge und Gefahren dieser Entwicklung bereits deutlich erkennbar. In seiner berühmten Streitschrift gegen »Die Flucht in die Generalklauseln«, der ersten umfassend angelegten Kritik der Generalklauseln im deutschen Rechtsdenken, warnte *Hedemann* eindringlich vor den Gefahren der Rechtsunsicherheit und Richterwillkür, die durch die zunehmende Überlagerung der Rechtsordnung durch Generalklauseln drohten und verglich Deutschland am Vorabend der nationalsozialistischen Machtübernahme mit dem zerfallenden römischen Kaiserreich, das denselben Weg von der formalen Strenge des klassischen Rechts zur wahllosen Billigkeitsrechtsprechung gegangen war:⁵⁰

Wir sind damit an einem letzten und sehr gefährlichen Punkte angelangt. Offen zutage liegen die literarischen Bestrebungen, *den Staat auch aus der Umklammerung solcher letzter Formeln* zu lösen und ihn zum nackten Gewalt- oder Machtstaat zu deklarieren. ... Wo eine übergeordnete Macht Generalklauseln setzt und unabhängige Richter die Klauseln handhaben, bleiben die Klauseln trotz ihrer großen Beweglichkeit Maßstäbe. Wenn aber der Staat als oberste Macht selbst die Generalklauseln für sein *eigenes* Verhalten setzt, *fließt der*

⁴⁹ Diese Entwicklung setzte bereits um 1911 ein, also weniger als zwei Jahre nach Inkrafttreten des UWG 1909; vgl. *Wertheimer*, Die Rechtsprechung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 1911, GRUR 17 (1912), 60 ff.; noch anders *ders.*, Die Judikatur zum Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 1910, GRUR 16 (1911), 65 ff. Von 1914 an wurde § 1 UWG a.F. mit geradezu inflationärer Häufigkeit als Rechtsgrundlage zur Unterbindung von Preisschleuderei herangezogen; vgl. etwa die in GRUR 20 (1915), S. 43 ff., 198 ff. abgedruckten Entscheidungen sowie aus der umfangreichen Literatur *Recken*, Die Bekämpfung der Preisschleuderei mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 24 ff.; *Rosenthal*, Preisschleuderei mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 32 ff.; *ders.*, Preisschleudern mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 195 ff.; *Wernicke*, Der Verkauf von Markenartikeln unter Preis, GRUR 20 (1915), 35 ff. Zu widersprechen ist damit der Ansicht von *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 203, § 1 UWG a.F. habe bis zum Beginn der 20er Jahre nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Vgl. dazu auch *Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen, S. 158 ff.

⁵⁰ Dieses Bild geht, wie erwähnt, auf *Jhering* zurück; vgl. *v. Jhering*, Geist des römischen Rechts, Bd. I, S. 81 ff. sowie bereits oben § 2 I 3 b) mit Fn. 44.

*Beweglichkeitsfaktor mit dem Machtfaktor in Eins zusammen, die Generalklausel hört auf Maßstab zu sein und wird zur einseitig und unkontrollierbar zu führenden Waffe. – So steigt Byzanz empor und die Zeichen weisen auf Niedergang.*⁵¹

Bemerkenswert ist die Klarsicht dieser Warnungen in Anbetracht dessen, was tatsächlich folgte. Wie oft beschrieben worden ist, stellten gerade die Generalklauseln einen der wichtigsten Ansatzpunkte dar, um die Kodifikationen des bürgerlichen Rechts an die nationalsozialistische Ideologie anzupassen.⁵² Auffällig war dabei die Unverblümtheit, mit der ihre inhaltliche Wandelbarkeit in den Dienst politischer bzw. ideologischer Zwecke gestellt wurde: »Alle unbestimmten Rechtsbegriffe, alle sog. Generalklauseln sind unbedingt und vorbehaltlos im nationalsozialistischen Sinne anzuwenden.«⁵³ Diesem Leitgedanken folgend erklärte zunächst das Reichsarbeitsgericht im Zusammenhang der Auslegung von § 138 Abs. 1 BGB das »herrschende Volksbewußtsein« im Sinne der »Ziele, die sich der Nationalsozialismus gestellt hat und die in den seit der Erhebung erlassenen Gesetzen Ausdruck gefunden haben«, für maßgebend;⁵⁴ eine Formel, die kurze Zeit später noch verschärft als »gesundes Volksempfinden« gerade in der Grundlagenentscheidung des Großen Zivilsenats beim Reichsgericht wiederkehrte, durch die die restriktive Rechtsprechung zur Anwendbarkeit von § 138 Abs. 1 BGB auf das wucherähnliche Rechtsgeschäft endgültig aufgegeben wurde.⁵⁵ Ähnlich entschied das Reichs-

⁵¹ Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, S. 51 f., 74. Vgl. auch die geradezu prophetische Warnung *ebd.*, S. 72: »Wie wenn in einem Lande *der Volkskörper in zwei Hälften zerrissen ist*, Klassen, Stände, Religionen, Weltanschauungen, und die eine Hälfte den Satz aufstellt: *Wir sind die Hüter der Guten Sitten, ihr anderen wißt nichts davon?*« Bemerkenswert ist daran auch die Wandlung gegenüber Hedemanns früherer wesentlich optimistischerer Beurteilung der Generalklauseln; vgl. Hedemann, Werden und Wachsen, S. 9 ff. (dort auch zum berühmten Wort der Generalklauseln als »Könige« neben den »Bettelleuten« unter den Paragraphen des BGB). Es entbehrt allerdings nicht der Ironie, daß Hedemann bereits kurz nach 1933 selbst zum überzeugten Anhänger des Nationalsozialismus mutierte; vgl. Dawson, Oracles, S. 476.

⁵² Vgl. etwa Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 214 ff.; Dawson, Oracles, S. 476 ff.

⁵³ C. Schmitt, Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 713, 717 (Sperrung weglassen).

⁵⁴ Vgl. RAG, U. v. 7.3.1936, ARS 26, 125, 135; dazu auch Rütters, Unbegrenzte Auslegung, S. 218.

⁵⁵ Vgl. RGZ 150, 1, 2 (13.3.1936): »Ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers (§ 138 Abs. 2 BGB) aber nicht vorliegen, ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt.« Zum ideologischen Gehalt dieser Formel treffend Gernhuber, Das völkische Recht, in: Tübinger Festschrift Kern, 1968, S. 167 ff. Bemerkenswert ist vor allem, daß sich trotz dieses äußerlichen Wandels der »Anstandsformel« an der methodologischen Struktur der Prüfung von Sittenverstößen in der Rechtsprechung nichts änderte; vgl. Arzt, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 19 f.; dazu mit scharfer Kritik an der »Anstandsformel« auch Esser, in: Esser/Stein, Werte und Wertewandel, S. 5, 22 ff.

gericht schließlich auch zu §§ 242, 157 BGB sowie zu § 1 UWG a.F.⁵⁶ Der Inhalt der Generalklauseln war also identisch geworden mit den Zielen der nationalsozialistischen Ideologie.⁵⁷

Bemerkenswert ist jedoch, daß viele der auf dieser Grundlage ergangenen Entscheidungen – etwa zur Kürzung vertraglicher Ruhegeldansprüche jüdischer Angestellter gemäß § 242 BGB, zur außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen gemäß § 626 BGB bei Verweigerung des »Deutschen Grußes«, bei Einkauf in jüdischen Geschäften oder bei jüdischer Abstammung oder schließlich zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit des Hinweises auf die jüdische Abstammung des Geschafters eines Konkurrenzunternehmens gemäß § 1 UWG a.F. –⁵⁸ trotz ihres offen ideologischen Gehalts methodologisch einwandfrei begründet waren.⁵⁹ So setzte sich nur ein Teil der zeitgenössischen Entscheidungen auf der Grundlage einer durch die NS-Ideologie gewandelten »Rechtsanschauung« *unmittelbar* über vor 1933 geltendes Recht hinweg; in vielen Fällen wurden die Generalklauseln hingegen – insoweit völlig im Einklang mit der bis heute gültigen Methodenlehre – unter Heranziehung rechtlicher Wertungen konkretisiert, die aus den zahlreichen nach der Machtübernahme erlassenen Gesetzen und Verordnungen, etwa den Nürnberger Rassegesetzen, hergeleitet wurden.⁶⁰ Ein Beispiel hierfür ist die Beseitigung eines Ruhegeldan-

⁵⁶ Zu §§ 157, 242 BGB vgl. etwa RAG, U. v. 7.2.1940, ARS 38, 290, 295 ff.; zu § 1 UWG a.F. etwa RGZ 147, 1, 6 ff.; vgl. insgesamt *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 218 ff. m.w.N.

⁵⁷ So etwa fast wörtlich RGZ 150, 1, 4: »Der Begriff eines Verstoßes gegen die guten Sitten«, wie er in § 138 und in § 826 BGB enthalten ist, enthält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Rechtsanschauung.« Ebenso auch *C. Schmitt*, JW 1934, 713, 717; *Larenz*, Rezension, ZHR 100 (1934), 378, 381; *Graebke*, Das wegen Sittenverstoßes nichtige Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) im Lichte nationalsozialistischer Rechtsanschauung, 1938, S. 12 ff., 24 ff. Vgl. zu dieser »Fensterfunktion« der Generalklauseln zur Aufnahme der NS-Ideologie in das Recht aufschlußreich *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 264 ff.; *Gernhuber*, in: Tübinger Festschrift Kern, S. 167, 189 f.; *van Look*, Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1933–1945, JR 2000, 89, 90 ff.

⁵⁸ Vgl. zu diesen und weiteren Fällen umfassend *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 219 ff., 224 ff., 238 ff. m.w.N.; ferner *van Look*, JR 2000, 89, 91 ff.; *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 16 f., 24 ff.

⁵⁹ So zutreffend *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 260; *van Look*, JR 2000, 89, 92 im Hinblick auf die auch nach heutigen Maßstäben formal völlig korrekte Heranziehung *gesetzlicher* Wertentscheidungen – nämlich der Wertungen des NS-Gesetzgebers – zur Konkretisierung der Generalklauseln.

⁶⁰ So beanspruchte die Rechtsprechung nur teilweise das Recht zur unmittelbaren Außerachtlassung von nicht mit der NS-Ideologie zu vereinbarem Recht; vgl. dazu *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 136 ff. (»Kampfklausel«). Häufig erfolgte der Einbruch der NS-Ideologie jedoch gerade nicht in offenem Widerspruch zum zuvor geltenden Recht, sondern durch Heranziehung der klassischen methodologischen Figuren der Auslegung, Lückenfeststellung und Analogie auf der Grundlage von Wertungen des NS-Gesetzgebers; vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 183 ff., 189 ff., 199 ff.; *Gernhuber*, in: Tübinger Festschrift Kern, S. 167, 190 ff. (»Positivismus einer stabilisierten ideologisch gegründeten Herrschaftsordnung«);

spruchs durch eine – von *Rüthers* ausführlich erörterte – Entscheidung des LG Berlin aus dem Jahr 1939,⁶¹ in der das Gericht § 242 BGB heranzog, um den Rechtsgedanken der 1938 erlassenen Verordnung zur Ausschaltung von Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben, die ihrem Wortlaut nach nur eine Grundlage für die Annullierung der Rentenansprüche von nach diesem Zeitpunkt ausgeschiedenen Angestellten bot, rückwirkend auch auf den Fall des Ausscheidens vor diesem Zeitpunkt zu erstrecken.⁶²

Insgesamt zeigt dies also, wie sehr die Entwicklung der Generalklauseln gerade unter den Voraussetzungen des nationalsozialistischen Unrechtsstaats genau den jeweiligen Wandel der gesellschaftlich-politischen Verhältnisse widerspiegelte bzw. wie wenig Handhabe umgekehrt die hergebrachte Methoden- und Rechtsquellenlehre bot, um dies zu verhindern. Ausdrücklich hervorzuheben ist jedoch, daß es nach hier vertretener Ansicht ebenso verfehlt ist, die Generalklauseln *als solche* für die Entartung des Rechts unter dem Nationalsozialismus verantwortlich zu machen wie umgekehrt den häufig beklagten angeblichen blinden Gesetzesgehorsam der deutschen Justiz.⁶³ Wesentlich ist vielmehr, daß Bindung und Freiheit davon unabhängig korrelieren: Mißbrauch ist auf der Grundlage vager Generalklauseln ebenso wie auf der striktesten Gesetzesrechts stets möglich, aber eben auch vermeidbar. In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, daß die Generalklauseln während des Nationalsozialismus keineswegs nur zur Beförderung der NS-Ideologie eingesetzt wurden, sondern oft auch Gelegenheit boten, die Interessen der Opfer wenigstens zum Teil zu wahren.⁶⁴

HKK-*Haferkamp*, § 138 Rz. 27. Vgl. auch die »erste Lehre« aus der Rechtsumbildung in der NS-Zeit bei *Rüthers*, *Entartetes Recht*, 2. Aufl. 1989, S. 181: »Es ist möglich, eine ganze Rechtsordnung allein durch Interpretation umzuwerten.« (Hervorhebung weggelassen).

⁶¹ LG Berlin, DR 1940, 367 ff. m. Anm. *Klemm*; dazu *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, S. 228 ff.

⁶² Dabei handelt es sich also um eine offensichtlich ideologisch motivierte »Analogie«, wobei § 242 BGB als Grundlage des Gedankens, daß die Fortzahlung des Ruhegelds mit »gesundem Volksempfinden« unvereinbar sei, die erforderliche methodologische Legitimation der Feststellung einer Gesetzeslücke bot. § 242 BGB diene also als »methodische Vielzweckformel«, die in verschiedenster Weise eingesetzt wurde, um das bestehende Recht der immer schärfer hervortretenden NS-Ideologie anzupassen; vgl. *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, S. 230 ff.

⁶³ Eine Verbindung zwischen Generalklausel, Freirecht und Nationalsozialismus stellt etwa *Lubben*, *Chief Justice Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma: Nazism, the Judiciary, and California's Contract Law*, 7 S. Cal. Interdisc. L. J. 81 ff. (1998) her. Das genau entgegengesetzte »Totalitarismusargument« gegen den angeblichen Gesetzespositivismus der NS-Richter findet sich hingegen bei *Fuller*, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, 71 Harv. L. Rev. 630, 648 ff. (1958); kritisch dazu *Gernhuber*, in: *Tübinger Festschrift Kern*, S. 167, 198; *van Look*, JR 2000, 89, 96. Vgl. noch näher unten § 9.

⁶⁴ Vgl. *Rüthers*, *Unbegrenzte Auslegung*, S. 233 ff.

c) Die moderne Entwicklung der Generalklauseln

Nach 1945 wurden die Auswüchse der nationalsozialistischen Ideologie aus dem Privatrecht zwar wieder getilgt; die bis dahin entstandene Funktion und Bedeutung der Generalklauseln konnte jedoch nicht einfach wieder eliminiert werden.⁶⁵ Vor allem §§ 138 Abs. 1 und 242 BGB sowie § 1 UWG a.F. behielten damit auch nach 1945 ihre Funktion als Ansatzpunkte zur Vermittlung zwischen den Grundsatzkonflikten des Privatrechtsdenkens, an deren Entwicklung sich wiederum die von der Nachkriegszeit bis zur Gegenwart eingetretenen gesellschaftlichen Wertverschiebungen ablesen lassen. Die meisten wesentlichen Rechtsentwicklungen, zu denen die Generalklauseln seit 1945 beigetragen haben, wurden bereits erwähnt. Im Bereich des § 242 BGB sind dies vor allem die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen und die Begründung vorvertraglicher Informationspflichten; im Zusammenhang des § 138 Abs. 1 BGB ist etwa die Rechtsprechung zu Angehörigenbürgschaften zu nennen. Eine wesentliche neuere Entwicklung, die alle Generalklauseln gleichermaßen betrifft, ist schließlich die ständig steigende Bedeutung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht.⁶⁶

Insgesamt entspricht der gegenwärtige Anwendungsbereich der Generalklauseln also in seinen Grundstrukturen dem schon vor 1933 erreichten Stand.⁶⁷ So umspannt etwa § 242 BGB auch heute noch die großen Bereiche der Begründung vertraglicher Nebenpflichten sowie des Verbots unzulässiger Rechtsausübung; weiter umfaßte er bis zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 auch die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage,⁶⁸ die seitdem – ohne wesentliche Änderung in der Sache – in § 313 BGB n.F. gesondert kodifiziert ist.⁶⁹

⁶⁵ Vgl. ähnlich *Dawson*, *Oracles*, S. 478 ff.; eindringlich zur Kontinuität der Rechtsprechung zu § 138 BGB nach 1945 auch *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 18, 30 ff.

⁶⁶ Vgl. dazu jeweils oben: zur Inhaltskontrolle vgl. § 1 II 3 c); zur Begründung von Informationspflichten § 1 II 3 d); zum Problem der Angehörigenbürgschaften einleitend zu Kap. 1 sowie zur Drittwirkung von Grundrechten § 3 I 1 a) mit Fn. 15.

⁶⁷ Ähnlich auch *Mayer-Maly*, *Die guten Sitten des BGH*, in: *Festgabe 50 Jahre BGH*, Bd. I, 2000, S. 69, 71.

⁶⁸ In dieser Form geht diese jedenfalls bis zur Schuldrechtsreform nahezu im gesamten Schrifttum herrschende Dreiteilung der Funktionskreise von § 242 BGB auf *Siebert* und *Wieacker* zurück; vgl. *Soergel-Siebert/Knopp*, zuletzt in der 10. Aufl. 1967, § 242 Rz. 34 ff.; *Wieacker*, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung*, S. 20 ff.; zusammenfassend zum heutigen Meinungsstand etwa *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 114 ff. Vgl. dazu noch unten § 6 I 3 a).

⁶⁹ Die einzige wesentliche Änderung betrifft die Rechtsfolgeseite: § 313 Abs. 1 BGB läßt die Vertragsanpassung nicht mehr ipso iure eintreten, sondern räumt den Vertragsparteien einen Anspruch auf Anpassung ein; vgl. dazu *Hey*, *Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, in: *Beiträge für Canaris*, 2002, S. 21, 32 ff.; *Schmidt-Kessel/Baldus*, *Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht*, *NJW* 2002, 2076 ff.; *Eidenmüller*, *Der Spinnerei-Fall: Die Lehre*

§ 138 Abs. 1 BGB ist neben Verstößen gegen die sittliche Gemeinschaftsordnung nach wie vor gerade in Fällen sittenwidrigen Handelns im Geschäftsverkehr einschlägig.⁷⁰ Auch der moderne Anwendungsbereich der §§ 3, 4 UWG bzw. des früheren § 1 UWG a.F. entspricht in seinen Grundlinien dem, was bereits vor 1933 geltendes Recht war.⁷¹ Dennoch zeigen aber die erwähnten Entwicklungen seit 1945, daß auch auf der Grundlage zunehmender richterrechtlicher Präzisierung der Generalklauseln niemals eine erschöpfende Erfassung ihrer potentiellen Anwendungsfälle möglich ist: so treten trotz der Vielzahl der zu §§ 138 Abs. 1, 242 BGB, 3, 4 UWG bzw. § 1 UWG a.F. bereits ergangenen Entscheidungen nach wie vor immer wieder neue Probleme auf, anhand derer die selbst durch zunehmende normative Verfestigung niemals völlig zu beseitigende Offenheit dieser Generalklauseln wieder voll zum Tragen kommt.⁷²

Insgesamt wird also bereits an diesem kurzen Überblick über die Entwicklung der wichtigsten Generalklauseln deutlich, was das im folgenden noch im einzelnen zu erörternde Ziel ihrer »Konkretisierung« so schwer erreichbar macht: die offenkundige Unmöglichkeit, die jeweiligen Wertverschiebungen vorherzusagen, die für ihre künftige Entwicklung maßgeblich sein werden.

2. Die Entwicklung der Generalklauseln unter dem Blickwinkel der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Welche Bedeutung diesen Wertverschiebungen zukommt, wird deutlich, wenn man die bisher skizzierte Entstehungsgeschichte der Generalklauseln nun nochmals zusammenfassend unter dem Blickwinkel der kontinuierlichen Verschiebung des Spannungsverhältnisses zwischen den drei Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens betrachtet. So trat, wie gesehen, bereits in den frühen Entwicklungen zu §§ 138 Abs. 1, 242 BGB wie der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage und der Rechtsprechung zum wucherähnlichen Rechtsge-

von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 824, 830 ff.

⁷⁰ Vgl. etwa die Fallgruppen bei Staudinger-Sack, Neubearbeitung 2003, § 138 Rz. 227 ff., 333 ff.; Palandt-Heinrichs, § 138 Rz. 24 ff., 40 ff.; Soergel-Hefermehl, 13. Aufl. 1999, § 138 Rz. 70 ff., 168 ff., 206 ff. sowie unten § 6 I 3 b).

⁷¹ Der Anwendungsbereich des § 1 UWG a.F. wurde meist in fünf Funktionskreise aufgespalten: Kundenfang, Behinderung von Mitbewerbern, allgemeine Marktbehinderung bzw. Marktstörung, Ausbeutung fremder Leistung sowie Vorsprung durch Rechtsbruch; vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rz. 113 ff.; Hombrecher, Der Begriff der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG, Jura 2003, 153, 155 ff. In der Sache nichts anderes gilt auch seit der UWG-Novelle 2004, zumal wichtige Anwendungsfälle dieser Funktionskreise nunmehr als Regelbeispiele in § 4 UWG kodifiziert sind. Vgl. oben Fn. 2 m.w.N.

⁷² Ein Beispiel stellt etwa die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften dar; vgl. oben einleitend zu § 1.

schäft das Bedürfnis nach einer stärkeren Berücksichtigung materialen und einzelfallbezogenen Wertedenkens sowie richterlicher Freiheit zutage.⁷³

Wie leicht privatrechtlicher Kollektivismus und richterliche Ermessensfreiheit in staatlichen Despotismus entarten können, zeigte sich allerdings bereits kurz darauf während der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. Bemerkenswert ist daran vor allem, wie sehr sich selbst der methodologisch korrekte Mißbrauch der Generalklauseln während dieser Zeit als Ausdruck der Wertverschiebung zwischen den drei Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens begreifen läßt.

Charakteristisch für die nationalsozialistische Ideologie war zunächst das Abgleiten in ein pervertiertes materiales Wertedenken, das im Privatrecht etwa in der weitverbreiteten Ablehnung eines formalen, »liberalen« Verständnisses der Vertragsfreiheit,⁷⁴ in der einzelfallbezogenen Korrektur des hergebrachten Rechts am *materialen* Maßstab der »nationalsozialistischen Weltanschauung« sowie vor allem in der offen rassenpolitisch motivierten Umverteilung privatrechtlicher Güter und Rechtspositionen zutage trat. Gleichzeitig verloren auch Rechtssicherheit und Richterbindung erheblich an Bedeutung und machten einer Rechtsanwendung Platz, deren Grundlage nicht mehr das allgemeine Gesetz, sondern »konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken«, »konkret-allgemeine Begriffe«⁷⁵ sowie das einzelfallbezogene Ermessen einer Richterschaft bildete, die sich für berechtigt hielt, das hergebrachte Privatrecht auf der Grundlage der nationalsozialistischen Weltanschauung zu korrigieren und im Extremfall sogar ganz außer acht zu lassen.⁷⁶ Besonders deutlich trat diese Tyrannei materialer Ideologie und richterlicher Willkürherrschaft gerade in dem beschriebenen Aufstieg der Generalklauseln zutage. Wieder zeigt sich also, wie

⁷³ Vgl. zur Geschäftsgrundlage oben § 1 I 4 b), § 2 II 2 b) sowie § 3 III 2 b).

⁷⁴ Vgl. etwa *Larenz*, Die Wandlung des Vertragsbegriffs, DR 1935, 488, 489 ff.; *Siebert*, Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht, DR 1941, 1930, 1931 f. Vgl. dazu umfassend *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 362 ff. m. zahlr. w. N., insbesondere auch zu Gegenstimmen wie der Ansicht *Schmidt-Rimplers* (dazu bereits oben § 1 II 3 c) mit Fn. 85).

⁷⁵ Vgl. einerseits *C. Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 8 ff.; andererseits *Larenz*, Zur Logik des konkreten Begriffs, DRW 5 (1940), 279 ff.; *ders.*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, 1938, S. 43 ff.; *ders.*, Rechtsperson und subjektives Recht, in: *Dahm* u.a. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225, 226 f. Beide Formeln drückten die Abkehr der »neuen Rechtswissenschaft« vom hergebrachten Begriffs- und Entscheidungsdenken und – vor allem bei *Larenz* als Konsequenz aus der hegelianischen Begriffslehre – deren Hinwendung zur »Wirklichkeit des Rechtslebens« aus, was jedoch im Ergebnis nichts anderes bedeutete, als die Rechtsordnung bereits auf der Ebene der Auslegung der Rechtsbegriffe der nationalsozialistischen Ideologie preiszugeben. Vgl. dazu auch *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 277 ff., 302 ff.; *ders.*, Entartetes Recht, S. 59 ff., 76 ff.; *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, S. 203 ff., 277 ff.

⁷⁶ Dies gilt freilich unter dem Vorbehalt des oben Ausgeführten, daß die meisten zeitgenössischen Entscheidungen grundsätzlich methodologisch korrekt begründet waren; vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 260 sowie bereits oben bei Fn. 59 und 60.

sehr deren Inhalt völlig unabhängig von den methodologischen Grenzen der Rechtsfindung jeweils genau die zeitgenössische Entwicklung bzw. Entartung der privatrechtlichen Wertungsgrundlagen widerspiegelte.⁷⁷

Betrachtet man schließlich die moderne Entwicklung der Generalklauseln, so tritt auch hier die zentrale Bedeutung der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens hervor. Während im Zusammenhang der Generalklauselanwendung in den ersten Jahren und Jahrzehnten nach 1945 noch die Bewältigung des nationalsozialistischen Unrechts in Form einer Rückbesinnung auf naturrechtliche, vor allem verfassungsrechtlich verankerte materiale Wertprinzipien im Vordergrund gestanden hatte,⁷⁸ geriet der Gedanke einer sozialen Funktion des Privatrechts seit den sechziger und siebziger Jahren wieder in Mode und löste einen erneuten Materialisierungs- und Entformalisierungsschub aus, der seit Ende der achtziger Jahre teilweise wieder langsam nachläßt, teils aber – vor allem durch die europarechtliche Richtliniengesetzgebung auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes – gerade in jüngerer Zeit auch wieder neuen Auftrieb erhalten hat.⁷⁹ Dabei zeichnete die Anwendung der Generalklauseln – von der Anerkennung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht seit den fünfziger Jahren bis hin zur modernen Berücksichtigung der »ungleichen Verhandlungsstärke« der Vertragsparteien – wiederum fast jede dieser Tendenzen getreulich nach. Als abschließendes Beispiel hierfür sei nochmals die Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigen- und Ehegattenbürgschaften erwähnt, die als klassisches Problem der mittelbaren Grundrechtsdrittwirkung ebenfalls genau die drei Grundkonflikte des Privatrechtsdenkens widerspiegelt.⁸⁰

Zusammenfassend ist also festzuhalten, daß die Entwicklung der Generalklauseln während des 20. Jahrhunderts offenbar weitaus mehr durch den historischen Wandel der Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens als durch die mit ihrem Inkrafttreten verbundene Gesetzgebungsabsicht determiniert wurde. Der Frage, was daraus nun für die methodologische Behandlung der Generalklauseln durch das Schrifttum folgt, soll in den beiden folgenden Teilen dieser Untersuchung nachgegangen werden.

⁷⁷ Vgl. dazu schließlich auch *Rüthers' »achtzehnte Lehre«* aus der NS-Zeit (Entartetes Recht, S. 212): »Methodische Instrumente sind nicht an die Durchsetzung spezifischer Werte oder Weltanschauungen gebunden. Sie können in zeitlicher Folge verschiedensten Ideologien und politischen Zwecken dienen. Die Wiederkehr von Rechtsfiguren, Denkfiguren und anderen Methodenoperationen ist ein lohnendes Forschungsobjekt zur Anregung methodischer und philosophischer Selbstbesinnung und Selbstkritik der Juristen in Wissenschaft und Praxis.« (Hervorhebung weggelassen).

⁷⁸ Vgl. dazu *Weischedel*, Recht und Ethik, 2. Aufl. 1959, S. 29 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 598 ff.; *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 218 ff.; jeweils m.w.N.

⁷⁹ Vgl. zusammenfassend etwa *Zöllner*, AcP 188 (1988), 85 ff.; *Drexler*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 43 ff. m.w.N.

⁸⁰ Vgl. oben einleitend zu § 1.

§ 5 Die Debatte über den Begriff der Generalklausel im deutschen Privatrechtsdenken

Hält man sich die soeben erarbeitete Einsicht vor Augen, daß die Generalklauseln in ihrer heutigen Funktion offenbar eher das Produkt historischer Entwicklung als gezielter methodologischer Absicht sind, so stellt sich nun zunächst die Frage, wie sich dieser Umstand angemessen beschreiben, kurz: ob und wie sich der Begriff der »Generalklausel« im Verhältnis zu anderen Rechtsnormen in methodologisch tragfähiger Weise definieren läßt.

In der deutschen Debatte über Generalklauseln bildet diese Fragestellung neben der Problematik der »Konkretisierung« einen der beiden Diskussionschwerpunkte.¹ Um so mehr mag es verwundert haben, daß die vorliegende Untersuchung es bisher stets vermieden hat, den von ihr benutzten Begriff der »Generalklausel« zu definieren und sich stattdessen darauf beschränkt hat, ihre Thesen anhand von Vorschriften wie §§ 138 Abs. 1, 242 BGB zu entwickeln, über deren Einordnung als »Generalklauseln« kein ernsthafter Zweifel bestehen kann.² Der Grund für diese Zurückhaltung wird jedoch im Verlauf der folgenden Ausführungen deutlich werden: denn wenn es – überspitzt gesagt – zutrifft, daß die entscheidende Ursache für die Entwicklung der modernen Generalklauseln letztlich eine *äußerliche* war, nämlich die historische Verschiebung des privatrechtlichen Wertungsgefüges während des 20. Jahrhunderts, dann ist zu fragen, ob es überhaupt eine den Generalklauseln selbst *immanente* Eigenschaft geben kann, durch die sich diese grundlegend von anderen Rechtsnormen unterscheiden. Dieser Frage soll im folgenden anhand der im Schrifttum vertretenen Ansätze zur Definition des Generalklauselbegriffs nachgegangen werden.

¹ Diese zwei sich gegenseitig bedingenden Fragen – nach dem »Begriff« der Generalklausel sowie nach der Rationalisierbarkeit ihrer Anwendung durch »Konkretisierung« – bilden die Grundlage der gesamten neueren deutschen Generalklauseldebatte. Dabei dominiert diese Problemsicht erst seit Entstehung der Wertungsjurisprudenz, da sich die normative Offenheit bzw. »Wertausfüllungsbedürftigkeit« der Generalklauseln erst vor deren methodologischem Hintergrund als Problem darstellt; vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. IV, S. 386 f.

² Anders etwa *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 195 ff.; *Garstka*, in: Koch (Hrsg.), Methodenlehre, S. 96 ff. sowie explizit *Haubelt*, Die Konkretisierung von Generalklauseln, 1978, S. 4 ff., 33 ff., der die Begriffe der Generalklausel und der Konkretisierung zunächst vom »allgemeinen Sprachgebrauch« ausgehend definiert, ehe er sich der Frage nach dem Verfahren der Konkretisierung zuwendet.

I. Ansätze zur Definition des Begriffs der Generalklausel

Im Rahmen dieser Ansätze ist zwischen zwei großen Gruppen zu differenzieren: den jeweils auf einzelnen Definitionskriterien beruhenden »Einheitstheorien« einerseits sowie den auf eine Verbindung zwischen mehreren Merkmalen abzielenden »Verbindungstheorien« andererseits.³

1. »Einheitstheorien«: Ansätze auf der Grundlage einzelner Definitionskriterien

Betrachtet man zunächst die Einheitstheorien, so lassen sich in deren Bereich wieder drei Grundrichtungen unterscheiden: zum einen Ansätze, die auf die materielle Wertungsstruktur der Generalklauseln, also ihre Wertausfüllungsbedürftigkeit abstellen, zum anderen solche, die stattdessen ihre formale Beschaffenheit, also Eigenschaften wie Abstraktheit, Unbestimmtheit oder ihren Charakter als Prinzipien in den Mittelpunkt stellen sowie schließlich institutionelle Theorien, die an den Ermächtigungs- oder Delegationscharakter der Generalklauseln anknüpfen.

a) Generalklauseln als wertausfüllungsbedürftige Tatbestände

Nahe liegt es zunächst, das Spezifikum der Generalklauseln in ihrer inhaltlichen Offenheit zu sehen, die keine unmittelbare Subsumtion erlaubt, sondern stets eine wertende Konkretisierung durch präziseres Normmaterial erforderlich macht. Dieser Gedanke ist vor allem von *Larenz* und *Canaris* in den Begriff der »Ausfüllungsbedürftigkeit« bzw. »Wertausfüllungsbedürftigkeit« gekleidet worden:⁴ danach setzt die Anwendung von Generalklauseln stets ein Werturteil nach einem vom Rechtsanwender selbst erst zu konkretisierenden, »ausfüllungsbedürftigen« Maßstab voraus.⁵

Entscheidend ist danach also nicht nur das Erfordernis eines Werturteils als solchen – das Bestandteil jedes Rechtsanwendungsvorgangs ist –, sondern der Umstand, daß die wertende Entscheidung auf der Grundlage von Bewertungsmaßstäben zu treffen ist, die nicht oder jedenfalls nicht abschließend in der Generalklausel *selbst* enthalten, sondern erst im Einzelfall anhand der besonderen

³ Terminologisch ähnlich *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 50 ff.; *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 199 ff.

⁴ Vgl. etwa *Canaris*, Systemdenken, S. 82; ähnlich bereits *Larenz*, Methodenlehre, S. 288 ff. sowie übereinstimmend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109 ff.; im Anschluß daran auch *Haubelt*, Konkretisierung von Generalklauseln, S. 8 ff. m.w.N.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 317 und *passim*; *Röthel*, Normkonkretisierung, S. 33 f.

⁵ Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 288 sowie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109.

Umstände des Sachverhalts zu bestimmen und damit notwendig wandelbar sind. Generalklauseln geben also als »Wegweiser zum benötigten Normenmaterial«⁶ allenfalls Hinweise auf die Richtung, in der die Entscheidung zu suchen ist, enthalten aber nicht selbst die relevanten Bewertungsmaßstäbe, so daß zu deren Bestimmung anderweitige rechtliche und gegebenenfalls auch außerrechtliche Wertungen heranzuziehen sind.

Legt man diesen Maßstab zugrunde, wären zum Kreis der Generalklauseln zunächst die Verweisungen auf die guten Sitten bzw. auf Treu und Glauben in §§ 138 Abs. 1, 242 BGB sowie wohl auch § 3 UWG bzw. dessen Vorläufervorschrift in § 1 UWG a.F. zu zählen.⁷ Nicht um Generalklauseln handelt es sich hingegen bei Verweisungen auf zwar unbestimmte, aber dennoch im Hinblick auf die zugrundeliegenden Entscheidungskriterien klar umgrenzte Standards wie etwa die in § 346 HGB enthaltene Bezugnahme auf Handelsbräuche oder die »im Verkehr erforderliche Sorgfalt« gemäß § 276 Abs. 2 BGB.⁸ Entsprechendes gilt schließlich auch für sonstige wertungsabhängige Tatbestände, denen die für Generalklauseln charakteristische Offenheit fehlt. Von diesem Standpunkt aus wäre also etwa die weitverbreitete Bezeichnung des durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts als »Generalklausel« oder »generalklauselartiges« Recht abzulehnen, da sich dessen Anwendungsbereich trotz seiner Unbestimmtheit verhältnismäßig abschließend strukturieren läßt. Die möglichen Anwendungsfälle echter Generalklauseln lassen sich hingegen niemals abschließend aufzählen.⁹

Nun zeigen gerade die zuletzt erörterten Abgrenzungen, daß das in diesem Sinne verstandene Kriterium der »Wertausfüllungsbedürftigkeit« tatsächlich eine treffende Umschreibung einiger auch nach hier vertretener Ansicht bedeutsamer Charakteristika der Generalklauselanwendung erlaubt. Allerdings drängen sich bei genauerem Zusehen dennoch Zweifel an dessen Leistungsfähigkeit auf. Zu kritisieren ist zunächst, daß es auf seiner Grundlage nicht gelingt, zu einer eindeutigen Abgrenzung zwischen Generalklauseln und bloßen »unbestimmten« Rechtsbegriffen zu gelangen. Nun wäre das Bestehen von Abgrenzungsschwierigkeiten zwar kein Grund, an der Sinnhaftigkeit einer im übrigen leistungsfähigen Grenzziehung zu zweifeln;¹⁰ die Schwierigkeiten reichen hier jedoch tiefer. So wird etwa § 157 BGB im Schrifttum meist ohne weitere Erörterung zu den Generalklauseln gerechnet;¹¹ eine Einordnung, für die auf

⁶ So die Umschreibung durch *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 199.

⁷ Ebenso auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 288 sowie übereinstimmend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109.

⁸ Nicht weiter differenzierend insoweit allerdings *Larenz*, Methodenlehre, S. 288; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109.

⁹ So zutreffend *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 80 III 2, S. 518 f.

¹⁰ Vgl. statt aller *Canaris*, JZ 1993, 377, 389.

¹¹ So bereits bei *Heck*, Grundriß des Schuldrechts, § 4, S. 12 ff.; *Hedemann*, Flucht in die

den ersten Blick dessen mit § 242 BGB identische Verweisung auf Treu und Glauben spricht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die potentielle Wertausfüllungsbedürftigkeit von Treu und Glauben im Rahmen von § 157 BGB allenfalls eine untergeordnete Rolle spielt.¹² Noch deutlicher wird dies schließlich am Beispiel der eng begrenzten Vorschriften über den Bereicherungsausgleich im Fall sittenwidriger Leistung oder sittenwidrigen Empfangs (§§ 817 S. 1, 2, 819 Abs. 2 BGB), die trotz ihrer ebenfalls mit § 138 Abs. 1 BGB wortgleichen Verweisung auf die Guten Sitten in ihrem Anwendungsbereich so eng begrenzt sind, daß sie schon tatbestandlich kaum sinnvoll als »Generalklauseln« bezeichnet werden können.¹³

Beispiele wie diese zeigen also, daß das Kriterium der »Wertausfüllungsbedürftigkeit« als solches keine Entscheidung über die Frage erlaubt, welche etwa von zwei Verweisungen auf die Guten Sitten oder auf Treu und Glauben nun als Generalklausel anzusehen ist und welche nicht, so daß man letztlich doch wieder auf deren historische Entwicklung rekurrieren muß, um diese Zuordnung zu treffen. Im Ergebnis vollzieht damit die Bezeichnung der §§ 138 Abs. 1, 242 BGB als »wertausfüllungsbedürftig« nur deren *faktische* Entwicklung zu Generalklauseln nach, ohne erklären zu können, weshalb sich beispielsweise »Treu und Glauben« zwar im Rahmen von § 242 BGB, nicht aber von § 157 BGB zum offenen Ermessenstatbestand entwickeln konnte. Die Charakterisierung der Generalklauseln als »wertausfüllungsbedürftig« setzt damit voraus, was erst zu beweisen wäre: daß es sich dabei tatsächlich um eine diesen selbst *immanente* Beschaffenheit und nicht nur um den Ausdruck äußerlicher, historisch zufälliger Umstände handelt.¹⁴

Generalklauseln, S. 6 ff.; aus neuerer Zeit etwa *Larenz*, Methodenlehre, S. 288 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109 f.

¹² Vgl. *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 7; zum Verhältnis zwischen § 157 BGB und § 242 BGB aus neuerer Zeit etwa *Soergel-M. Wolf*, 13. Aufl. 1999, § 157 Rz. 26. Im Rahmen von § 157 BGB kommt die potentielle Wertausfüllungsbedürftigkeit von Treu und Glauben allenfalls im Zusammenhang der ergänzenden Vertragsauslegung zum Tragen.

¹³ Dementsprechend finden §§ 817, 819 Abs. 2 BGB etwa im Rahmen der Generalklauseldiskussion bei *Larenz* und *Canaris* keinerlei Erwähnung, vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 288; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109. Vgl. jedoch oben § 4 I 1 a) zur entstehungsgeschichtlichen Verwandtschaft mit § 138 Abs. 1 BGB.

¹⁴ Betrachtet man etwa nochmals das Beispiel der §§ 817, 819 Abs. 2 BGB, so liegt es zwar auf der Hand, daß sich der Begriff der Guten Sitten insoweit schon infolge deren tatbestandlicher Enge nicht zu einer mit § 138 Abs. 1 BGB vergleichbaren Generalklausel entwickeln konnte. Wesentlich weniger eindeutig ist dies jedoch bereits im Hinblick auf § 157 BGB, dessen Allgemeinheitsgrad und damit auch potentielle tatbestandliche Entwicklungsfähigkeit sich kaum von § 242 BGB unterscheidet, so daß insoweit ein Rekurs auf die historische Entwicklung beider Vorschriften unabdingbar ist.

b) *Generalklauseln als unbestimmte, abstrakte oder allgemeine Rechtsbegriffe*

Sucht man weiter nach Eigenschaften, durch die sich Generalklauseln möglicherweise von allen anderen Rechtsnormen unterscheiden, liegt es nahe, auf ihre besondere formale Beschaffenheit abzustellen. So scheinen sich Generalklauseln wie »Treu und Glauben« oder die »Guten Sitten« auf den ersten Blick durch Kriterien wie außergewöhnliche »Unbestimmtheit«, »Abstraktheit« oder »Allgemeinheit« auszuzeichnen und von unmittelbar subsumierbaren Rechtsbegriffen zu unterscheiden. Dementsprechend bezeichnet etwa *Garstka* die Generalklauseln als »Rechtssätze ..., die im Verhältnis zum normativen Kontext sehr allgemeine und/oder sehr unbestimmte Begriffe enthalten, auf sehr allgemeine Tatbestände Bezug nehmen oder sehr abstrakt sind«;¹⁵ *Bydlinski* stellt auf die »hohe(n) Grade der Unbestimmtheit (Vagheit), der Allgemeinheit und der Abstraktionshöhe der verwendeten Begriffe« ab;¹⁶ *Weber* und *Ohly* rekurrieren darauf, daß den Generalklauseln »neben den unvermeidlichen Randunschärfen im Begriffshof auch ein eindeutig belegbarer Begriffskern nicht mehr zugerechnet werden kann«;¹⁷ und *Heinrich* beruft sich schließlich auf eine Kombination all dieser Merkmale.¹⁸

Unter der »Allgemeinheit« einer Norm ist dabei – wie bereits erläutert – der Umfang bzw. die Extension ihres Anwendungsbereichs zu verstehen,¹⁹ so daß etwa ein Verbot sittenwidriger Rechtsgeschäfte allgemeiner ist als ein Verbot sittenwidriger Angehörigenbürgschaften. Demgegenüber betrifft die Frage der »Unbestimmtheit« oder »Vagheit« eines Rechtssatzes die Eindeutigkeit der Zuordnung von Gegenständen zu seinem Anwendungsbereich. Ein Rechtsbegriff ist also um so unbestimmter, je mehr er die Möglichkeit »neutraler Kandidaten« zuläßt, auf die er weder eindeutig anwendbar noch eindeutig unanwendbar ist²⁰ oder – um die seit *Heck* gebräuchliche Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof zugrunde zu legen – je größer jenseits des klaren Begriffskerns sein unscharfer Begriffshof ist, der die Fälle umfaßt, in denen er möglicherweise anwendbar ist, möglicherweise jedoch auch nicht.²¹ Danach ist also etwa der

¹⁵ *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 115.

¹⁶ *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 195.

¹⁷ Zitat bei *R. Weber*, *AcP* 192 (1992), 516, 524; ähnlich auch *Ohly*, *AcP* 201 (2001), 1, 5.

¹⁸ Vgl. *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S. 316 f.; ähnlich auch *Röthel*, *Normkonkretisierung*, S. 33 ff.

¹⁹ Vgl. oben § 2 I 1 b) mit Fn. 12 sowie *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 106 f.; *J. Schmidt*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 231, 235 Fn. 9; *Alexy*, *Juristische Begründung, System und Kohärenz*, in: *Wieacker-Symposion*, 1990, S. 95, 104.

²⁰ Vgl. etwa *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 103 f.; *Koch/Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S. 67 ff., 194 ff.; *J. Schmidt*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 231, 235 Fn. 7.

²¹ Eine ähnliche Unterscheidung existiert auch im angloamerikanischen Schrifttum; vgl. *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, S. 123 ff. (»core of certainty and penumbra of doubt«).

Begriff der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB unbestimmter als der präziser gefaßte Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB. »Abstrakt« im Gegensatz zu »konkret« ist ein Rechtssatz hingegen insoweit, als er sich nicht auf einzelne Gegenstände, sondern auf Eigenschaften bezieht, die bestimmten Gegenständen gemeinsam, also etwa der gesamten Klasse der »Rechtsgeschäfte« zukommen.²² In diesem Sinne »abstrakt« sind also sowohl § 138 Abs. 1 als auch Abs. 2 BGB.

Ist auf der Grundlage dieser Kriterien nun eine tragfähige Unterscheidung zwischen Generalklauseln und anderen Rechtsbegriffen möglich? Bei näherem Zusehen entstehen auch hieran wieder erhebliche Zweifel. Unerheblich ist es zwar zunächst, daß die genannten Kriterien offensichtlich ebenfalls nur eine *gradueller* Abgrenzung zwischen Generalklauseln und anderen Rechtsnormen erlauben – unbestimmt, abstrakt und allgemein sind alle Rechtsbegriffe jeweils *in Relation zu anderen*, d.h. nur in mehr oder weniger großem Maße –,²³ denn auch dies wäre, ähnlich wie das Bestehen von Abgrenzungsschwierigkeiten, kein Einwand gegen eine im übrigen fruchtbare Grenzziehung. Doch auch hier liegen die Schwierigkeiten tiefer. So scheinen zwar einerseits alle bisher erörterten Generalklauseln etwa das Kriterium der Unbestimmtheit zu erfüllen; andererseits gibt es jedoch, wie das Beispiel des § 817 BGB gezeigt hat, auch eine Vielzahl weiterer mindestens ebenso unbestimmter Rechtsbegriffe, die sich nicht zu Generalklauseln entwickeln konnten. Auch die Abstraktionshöhe eines Begriffs sagt kaum etwas über dessen Generalkauseigenschaft aus: so gibt es hochgradig abstrakte Rechtsbegriffe wie den des »Schuldverhältnisses« (§ 241 Abs. 1 BGB) oder der »Pflichtverletzung« (§ 280 Abs. 1 BGB), die keine Generalklauseln darstellen, ebenso wie umgekehrt auch Generalklauseln mit relativ konkretem Inhalt denkbar sind; ein Beispiel hierfür ist etwa § 307 Abs. 1 BGB bzw. dessen Vorläufervorschrift in § 9 Abs. 1 AGBG. Schließlich stellen auch allgemeine Rechtsbegriffe keineswegs notwendig Generalklauseln dar, während für relativ spezielle Tatbestände wie § 826 BGB wieder genau das Gegenteil gelten kann.²⁴

Nun werden diese Schwierigkeiten allerdings auch in der Literatur erkannt. So hat etwa *Garstka* seine oben zitierte Definition unter den Vorbehalt gestellt, daß sich Generalklauseln durch keines der drei genannten Kriterien allein, sondern nur durch deren Verbindung in »wechselseitiger Verknüpfung« kenn-

²² Vgl. *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 105 f.; *J. Schmidt*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 231, 235 Fn. 8.

²³ Vgl. *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 103; *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S. 316. Im Hinblick auf die Unbestimmtheit von Rechtsbegriffen folgt dies bereits aus der bekannten hermeneutischen Grundeinsicht, daß es vollständig »klare« Regeln nicht gibt, da diese Feststellung selbst schon einen Akt der Interpretation voraussetzt bzw. anders gewendet, daß keine Vorschrift den Umfang ihres eigenen Anwendungsbezugs bestimmen kann. Vgl. dazu etwa *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, S. 33 ff., 187.

²⁴ Ebenso auch *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 111. Vgl. zum Generalklauselcharakter von § 826 BGB noch näher unten § 5 III.

zeichnen ließen und daß die Generalkauseleigenschaft einer Vorschrift zudem nur relativ zur formalen Struktur der Rechtssätze im gleichen normativen Kontext bestimmt werden könne.²⁵ Das heißt also, daß eine Vorschrift immer schon dann als »Generalklausel« zu bezeichnen wäre, wenn sie innerhalb eines kasuistischen Regelungsgefüges als relativ allgemeiner oder abstrakter Auffangtatbestand fungiert. Danach wäre also etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht als »sonstiges Recht« im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB wohl ohne weiteres als Generalklausel anzusehen. Diese Konsequenz zeigt nun nach hier vertretener Ansicht allerdings erst recht, daß eine derartige auf rein formale Charakteristika gestützte Begriffsbestimmung der Besonderheit der Generalklauseln nicht gerecht wird: denn da sich die Anwendung solcher bloßen Ergänzungs- und Auffangtatbestände im Grundsatz nicht von der anderer subsumtionsfähiger Normen unterscheidet, verlöre der in diesem Sinne verstandene Begriff der Generalklausel jede eigenständige Funktion.²⁶

c) *Generalklauseln als Normbildungsauftrag an die Gerichte*

Führt man sich nun nochmals vor Augen, weshalb die Anwendung der Generalklauseln in der Literatur als so außerordentlich schwierig, als »methodologischer Grenzfall« eingestuft wird – nämlich infolge deren scheinbar fehlender Subsumtionseignung bei gleichzeitig vollem formalen Geltungsanspruch –,²⁷ so liegt schließlich ein dritter Gedanke nahe: daß die Generalklauseln »Ermächtigungs«- bzw. »Delegationsnormen« darstellen, also einen Normbildungsauftrag an den Richter enthalten, der diesem trotz Gewährleistung voller Gesetzesbindung Gestaltungsbefugnisse gewährt, die ihrem Inhalt nach sonst nur dem Gesetzgeber zustünden. In diesem Sinne bezeichnete bereits *Heck* die Generalklauseln als »Delegationsvorschriften«, *Hedemann* als »ein Stück offengelassene Gesetzgebung« und *Bydlinski* als »Verweisungsnormen oder ... Ermächtigungsnormen an den Richter«.²⁸ Auf den ersten Blick scheint der in diesem oder ähnlichem Sinne verstandene Delegationsgedanke also eine beste-

²⁵ Vgl. *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 114.

²⁶ Deutlich in diesem Sinne auch *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, § 80 III 2, S. 519.

²⁷ Repräsentativ etwa *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 199; dazu bereits in der Einleitung zu dieser Untersuchung bei Fn. 8.

²⁸ Zitate aus *Heck*, *Grundriß des Schuldrechts*, § 4, S. 11 ff.; *Hedemann*, *Flucht in die Generalklauseln*, S. 58; *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 199; ebenso oder ähnlich auch *Röthel*, *Normkonkretisierung*, S. 49 ff.; *Kramer*, *Methodenlehre*, S. 140 f. (»Delegationslücken«); *Teubner*, *Standards und Direktiven*, S. 61; *Hefermehl*, in: *Festschrift Universität Heidelberg*, S. 331; *Bydlinski*, *Methodenlehre*, S. 583; *Ohly*, *AcP* 201 (2001), 1, 7 ff.; polemisch *Bueckling*, *Der Fluch der Generalklauseln*, *ZRP* 1983, 190, 191; aus dem älteren Schrifttum ferner *Kraft*, *Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht*, 1963, S. 42; *Steindorff*, in: *Summum ius summa iniuria*, S. 58, 63; *Less*, *Von Wesen und Wert des Richterrechts*, S. 26; *Thommen*, *Beitrag zur Lehre vom Begriff der Guten Sitten im schweizerischen Privatrecht*, 1954, S. 95.

chende Rechtfertigung für die zahlreichen bedeutsamen Rechtsschöpfungen auf der Grundlage der Generalklauseln zu liefern.

Doch all diese Umschreibungen halten nach hier vertretener Ansicht kritischer Überprüfung nicht stand, sobald man versucht, sie zur definierenden Grundlage des Begriffs der Generalklausel zu erheben. Denn auch der Delegationsgedanke liefert keine Erklärung dafür, weshalb sich manche Vorschriften, die wie § 226 BGB ursprünglich als Generalklausel intendiert waren, nicht zu solchen entwickeln konnten, während vor allem für die umfassende Generalklausel des § 242 BGB nach allem bisher Gesagten genau das Gegenteil gilt. Auch der Delegationsgedanke muß also – nicht anders als der Gedanke der Wertausfüllungsbedürftigkeit – letztlich doch wieder auf die historische Entwicklung der Generalklauseln rekurrieren, um festzustellen, welche Vorschrift sich *faktisch* zu einer solchen entwickelt hat und welche nicht.

Die eigentliche Schwäche des Delegationsgedankens liegt jedoch vor allem darin, daß seine Voraussetzung – nämlich das *tatsächliche* Vorliegen einer derartigen »Ermächtigung« des Richters durch den Gesetzgeber – in den meisten Fällen auf eine reine Fiktion und damit auf eine bloße Scheinrationalisierung des auf der Grundlage der Generalklauseln entstandenen Richterrechts hinausläuft.²⁹ Dabei ist es gar nicht erforderlich, auf die Problematik einzugehen, inwieweit eine derartige Übertragung gesetzgeberischer Funktionen in Anbetracht der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen Legislative und Judikative überhaupt zulässig wäre,³⁰ da die Annahme einer derart pauschalen Ermächtigungswirkung selbst im Rahmen solcher Generalklauseln nicht haltbar ist, die – wie etwa § 138 Abs. 1 BGB – bewußt zum Zweck der Erweiterung des richterlichen Spielraums geschaffen wurden. Denn selbst in diesem Fall stehen keineswegs Änderungen an der *grundsätzlichen* Kompetenzverteilung zwischen Judikative und Legislative zur Debatte: *selbst die dem Richter durch eine Generalklausel eingeräumte Kompetenz ist und bleibt stets genuin richterliche Kompetenz*. In Frage steht damit allein das *Maß* der Freiheit, die dem Richter legitimerweise bereits aufgrund seiner *eigenen* Aufgabe zur schöpferischen Fortentwicklung des Rechts zukommen darf, und der Gedanke, daß es *insoweit* erst einer gesetzgeberischen »Ermächtigung« oder »Delega-

²⁹ Vgl. in diesem Sinne mit treffender Kritik bereits Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 39 f.; dazu auch noch unten § 6 I 1 c).

³⁰ Im Ergebnis stellt sich diese Problematik also ähnlich dar wie die bereits oben (§ 3 III 2 b) mit Fn. 108) erörterte Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit richterlicher Präjudizienbindung: auch die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 3 GG) verbürgt lediglich die *grundsätzliche* Dreiteilung der Gewalten in Exekutive, Legislative und Judikative, also deren »Kernbereich« oder »Wesensgehalt«, darüber hinaus jedoch gerade nicht deren Ausgestaltung im einzelnen; vgl. BVerfGE 30, 1, 27 sowie Stern, Staatsrecht, Bd. II, § 36 IV 5, S. 541 ff. Auch im Hinblick auf die Zulässigkeit richterlicher Rechtsschöpfung verweist die verfassungsrechtliche Ausgangslage damit letztlich wieder auf die methodologische und rechtstheoretische Behandlung der Problematik zurück.

tion« bedürfe, beruht auf einem kaum haltbaren positivistischen Bild des Rechtsanwendungsvorgangs, das einem tieferen Verständnis der Bedeutung richterlicher Freiheit letztlich im Wege steht.³¹

d) *Zum Verhältnis zwischen Generalklauseln und »Prinzipien«*

Insgesamt ist also auch auf der Grundlage des Delegationsgedankens keine tragfähige Bestimmung des Begriffs der Generalklausel möglich. Damit ist nun noch eine letzte verbreitete Charakterisierung der Generalklauseln unerörtert geblieben: deren Umschreibung als »Prinzipien«. Meist wird der Prinzipienbegriff zwar nur in losen Zusammenhang mit der Generalklauseldiskussion gebracht;³² teils finden sich jedoch auch Versuche, Generalklauseln formal als »Prinzipien« zu definieren bzw. beide Begriffe gleichzusetzen.³³

Möglich ist es, wie gesehen, zunächst, Prinzipien allein durch formale Eigenschaften wie besondere Allgemeinheit oder Unbestimmtheit zu charakterisieren.³⁴ Es liegt jedoch auf der Hand, daß ein in diesem Sinne verstandener Prinzipienbegriff als Grundlage einer Begriffsbestimmung der Generalklausel ungeeignet ist, denn dieser wären letztlich genau dieselben Einwände entgegenzuhalten wie den auf identischen Kriterien beruhenden formalen Definitionen des Generalklauselbegriffs.³⁵

Nichts anderes gilt jedoch auch dann, wenn man Prinzipien als rechtsethische Grundsätze, als Ausfluß der »Rechtsidee« oder als rechtspolitisch neutrale Grundlage der Rechtsfortbildung im Sinne von *Dworkin* interpretiert.³⁶ Zwar läßt sich durchaus vertreten, daß Wertbegriffe wie die »Guten Sitten« oder »Treu und Glauben« zugleich Ausfluß rechtsethischer Prinzipien sind;³⁷ jedoch ist durch diese Aussage im Hinblick auf deren *spezifische* Bedeutung als *Generalklauseln* wenig gewonnen, die im Zusammenhang der Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit und der Ermöglichung richterlicher Rechtsschöpfung gerade noch weitergehende Funktionen umfaßt. Hinzu kommt, daß auf der an-

³¹ Ein modernes Verständnis des Rechtsfindungsprozesses zeichnet sich nach hier vertretener Ansicht vielmehr dadurch aus, daß es gerade *nicht* hinter die schon von *Bülow* formulierte Einsicht zurückfällt, daß Gesetz und Richterrecht gleichermaßen notwendige Elemente des Rechtsentstehungsvorgangs bilden. Vgl. insoweit treffend auch *Schmidt-Syaßen*, Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, S. 28 f.

³² Etwa bei *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 112 f., 241; *Larenz*, NJW 1965, 1, 7 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 329 ff.

³³ Vgl. insbesondere *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 189, 198; ferner *J. Schmidt*, in: Wieacker-Symposium, S. 231, 239 ff. sowie *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 130, der unter mehreren Bedeutungskontexten der Generalklauseln auch den von Prinzipien diskutiert.

³⁴ Vgl. oben § 2 I 1 b).

³⁵ Vgl. soeben § 5 I 1 b).

³⁶ Dazu oben § 2 I 1 b) mit Fn. 16 sowie kritisch § 3 II 3 a).

³⁷ In diesem Sinne etwa durchaus zurecht *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 112 f., 241.

deren Seite längst nicht alle rechtsethischen Prinzipien – etwa der Gedanke der Gefährdungshaftung oder das Abstraktionsprinzip – zugleich Generalklauseln darstellen, so daß sich der in diesem Sinne verstandene Prinzipienbegriff also nach beiden Seiten hin nicht mit dem der Generalklausel deckt.³⁸

Entsprechendes gilt schließlich auch für *Alexys* Interpretation der Prinzipien als durch Abwägungsentscheidungen zu verwirklichende »Optimierungsgebote«,³⁹ denn auch diese Abgrenzung mag zwar geeignet sein, um die Entscheidungspraxis auf der Grundlage von Generalklauseln wie § 242 BGB etwa in Fällen der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten zu umschreiben, erlaubt aber keine Abgrenzung zu den zahlreichen »Prinzipien«, die keine Generalklauseln darstellen.

Nun wurde der Begriff des »Prinzips« in der vorliegenden Arbeit allerdings gerade auch im Hinblick auf die Funktion der Generalklauseln neu definiert.⁴⁰ Wie gesehen unterscheiden sich Regeln und Prinzipien nach hier vertretener Ansicht durch den Grad ihrer formalen bzw. materiellen Realisierbarkeit, sind in ihrem Nebeneinander also Ausdruck desselben Grundwiderspruchs zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, der auch der Entstehung und Entwicklung der Generalklauseln zugrundeliegt. Wesentlich ist jedoch, daß es sich bei diesem formalen Wertungsgegensatz nach allem bisher Ausgeführten nur um *eine* der drei Antinomien handelt, die im Zusammenhang der Problematik der Generalklauseln relevant sind. Deren *gesamter* Bedeutung wird damit die Umschreibung der Generalklauseln als »Prinzipien« selbst dann nicht gerecht, wenn man den Prinzipienbegriff im hier zugrundegelegten Sinne interpretiert. Dieser ist zwar gedankliche Voraussetzung des Verständnisses der Generalklauselproblematik, aber noch nicht deren Lösung.

2. »Verbindungstheorien«: *Kombination mehrerer Definitionskriterien als Lösung?*

Insgesamt ist also festzuhalten, daß keines der bisher erörterten Kriterien eine brauchbare Grundlage für eine Definition des Generalklauselbegriffs liefern kann. Zugleich verfügt aber, wie gesehen, doch jedes einzelne über eine gewisse

³⁸ Welche Wertungen sich unter den Begriff des »rechtsethischen Prinzips« fassen lassen, veranschaulicht etwa eine von *Bydlinski* aufgestellte »Prinzipienliste«, die vom »Prinzip ergänzender obligatorischer Haftpflichtversicherung für massenhafte Schäden« bis hin zum »Prinzip der Inhaltskontrolle im Arbeitsrecht« reicht; vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 773 ff. Unabhängig von der Fruchtbarkeit dieser Darstellungsweise wird daraus im vorliegenden Zusammenhang jedenfalls deutlich, daß der Begriff des »rechtsethischen Prinzips« kaum zur Klärung der Generalklauselproblematik beiträgt.

³⁹ Vgl. oben § 3 II 3 a).

⁴⁰ Oben § 2 I 1 a).

Plausibilität und scheint sich damit jedenfalls zu einer auf den ersten Blick treffenden Umschreibung bestimmter Eigenschaften der Generalklauseln zu eignen. In der Literatur ist dieser Umstand nun teils Anlaß für den Versuch, den Begriff der Generalklausel nicht nur durch ein einzelnes, sondern durch eine Kombination mehrerer der genannten Kriterien zu definieren.

So bezieht sich etwa *Bydlinski* einerseits auf die Unbestimmtheit und Allgemeinheit, andererseits jedoch auf den Delegationscharakter und die Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklauseln.⁴¹ Ähnlich umschreibt auch *Teubner* Generalklauseln als »mehrfach unbestimmte Verweisungen auf die gesellschaftliche Wirklichkeit«,⁴² um sie auf der Basis sozialer Normen (»Rezeptionsfunktion«), richterlicher Normbildung anhand kollektiver Wertvorstellungen (»Transformationsfunktion«) oder vollständiger Delegation der Normbildung an den Richter (»Delegationsfunktion«) zu konkretisieren;⁴³ ein Ansatz, der also ebenfalls alle drei Kriterien der Delegation, der Unbestimmtheit sowie der Wertausfüllungsbedürftigkeit – bezogen auf soziale Normen – vereint. Besonders umfassend setzt sich schließlich *J. Schmidt* mit der Vielgestaltigkeit der möglichen Bedeutungen des Begriffs der Generalklausel auseinander und identifiziert insoweit vier verschiedene Interpretationen, die seiner Ansicht nach jeweils unabhängig voneinander zur Anwendung kommen können: Generalklauseln als »Verhaltensnormen«, als »institutionelle Normen« auf der Grundlage des Delegationsgedankens, als Prinzipien im Sinne *Dworkins* und *Alexys* sowie schließlich als rechtsethische Prinzipien bzw. Bestandteile der Rechtsidee nach *Larenz*.⁴⁴

⁴¹ Vgl. *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 195 ff., 199; ähnlich auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materielle Gerechtigkeit, S. 316 f.

⁴² Vgl. AK-BGB-*Teubner*, § 242 Rz. 6 ff. im Hinblick auf die Unbestimmtheit der Generalklauseln in der »Sach«-, »Zeit«- und »Sozialdimension«, also hinsichtlich der Art des ihnen zugrundeliegenden Normprogramms, der historischen Wandelbarkeit ihrer Funktion sowie schließlich der sozialen Gruppen, auf deren Wertvorstellung es bei ihrer Präzisierung jeweils ankommen soll.

⁴³ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 65 ff. Danach umschreibt die »Rezeptionsfunktion« die Bedeutung der Generalklauseln als Ansatzpunkt der »Rezeption« außerrechtlicher sozialer Normen in den Wertungsbestand der Rechtsordnung. Nach Ansicht *Teubners* liegt hierin namentlich der Kernbereich der Funktion der Guten Sitten. Die »Transformationsfunktion« kommt hingegen zum Tragen, soweit keine sozialen Normen, sondern lediglich unausgeformte Wertvorstellungen existieren, die der Richter unter wertender Mitgestaltung in Rechtsregeln zu »transformieren« hat. Erst dann, wenn auch dies nicht möglich ist, kommt nach *Teubner* die »Delegationsfunktion« der Guten Sitten, also die vollständige Übertragung der rechtsetzenden Tätigkeit auf den Richter in Betracht. Vgl. auch (allerdings teilweise wieder einschränkend) AK-BGB-*Teubner*, § 242 Rz. 11; dazu insgesamt noch näher unten § 6 I 3 b).

⁴⁴ Vgl. Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 127 ff.; davor bereits *J. Schmidt*, in: Wieacker-Symposion, S. 231, 239 ff., 242 ff., 244 ff. Dabei sind unter »Verhaltensnormen« Sachnormen zu verstehen, die unmittelbar das natürliche Verhalten der Rechtssubjekte regeln, während zu den »institutionellen Normen« nach Ansicht *Schmidts* »Ermächtigungsnormen«

Derartige »Verbindungstheorien« sind, wie *Schmidt* zutreffend herausarbeitet, möglich, da die kombinierten Definitionsmerkmale auf verschiedenen Ebenen liegen und sich damit gegenseitig nicht ausschließen.⁴⁵ Das Problem derartiger Ansätze besteht jedoch darin, daß die Verbindung voneinander unabhängiger Kriterien auch deren jeweilige Schwächen unberührt läßt. So stellt gerade *Schmidt* die genannten vier Bedeutungen des Generalklauselbegriffs letztlich nur nebeneinander, um jede einzelne doch wieder in Frage zu stellen und die Generalklauseln schließlich zu bloßen »Hilfsfiguren der Methodenlehre«, zu »Denkregeln ohne positiv rechtlichen Gehalt« zu degradieren.⁴⁶ Diese Folgerung ist vom hier vertretenen Standpunkt aus jedoch nicht nur in der Sache abzulehnen,⁴⁷ sondern zeigt vor allem deutlich die begriffliche Beliebigkeit, zu der eine derartige Kumulation ungeeigneter Definitionskriterien führt: einerseits gelingt es auf ihrer Grundlage nicht, die Schwächen der einzelnen beteiligten Kriterien zu überwinden; andererseits lösen sie den Begriff der Generalklausel letztlich vollends in eine vage Gesamtschau rechtstheoretischer Assoziationen auf. Insgesamt ist es also auch auf der Grundlage der Verbindungstheorien nicht möglich, der spezifischen Bedeutung der Generalklauseln gerecht zu werden und sie in aussagekräftiger Weise von bloßen »unbestimmten Rechtsbegriffen« abzugrenzen.

und sonstige »Hilfsfiguren der Methodenlehre« zählen, die lediglich institutionellen Zwecken innerhalb des Rechtssystems dienen; vgl. Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 129; *J. Schmidt*, Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, ARSP Beiheft 45 (1992), 200, 213 ff.

⁴⁵ Vgl. *J. Schmidt*, in: Wieacker-Symposion, S. 231, 247 ff., insbes. 249; Staudinger - *J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 133.

⁴⁶ So Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 129 sowie ausführlich bereits *ders.*, 12. Aufl. 1983, § 242 Rz. 155 ff.; *J. Schmidt*, in: Wieacker-Symposion, S. 231, 243 unter Berufung auf Motive, Bd. I, S. 155, wo jedoch nicht die Einführung von Generalklauseln, sondern lediglich die Festlegung allgemeiner *Auslegungsregeln* mit den Worten kritisiert wird, daß diese der Niederlegung von »Denkregeln ohne positiv rechtlichen Gehalt« gleichkomme, die dem Richter überflüssige »Belehrungen über praktische Logik« erteilen und damit die »Gefahr« nahelegten, »daß die Vorschriften für wirkliche Rechtssätze genommen werden.« Im Bereich der Auslegungslehre ist diese Befürchtung auch durchaus berechtigt; vgl. zutreffend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 397; *Canaris/Grigoleit*, Interpretation of Contracts, in: *Hartkamp/Hesselink/Hondius/Joustra/du Perron* (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 3. Aufl. 2004, S. 445, 455. Im Bereich der Generalklauseln trifft dies jedoch nicht zu; vgl. dazu nachfolgende Fn. 47.

⁴⁷ Abgesehen davon, daß *Schmidt* seine Theorie auf ein aus einem ganz anderem Zusammenhang stammendes und damit sinnentstelltes Zitat der Motive stützt, ist diese vom hier vertretenen Standpunkt aus vor allem deshalb abzulehnen, weil sie der *faktischen* Bedeutung der Generalklauseln nicht gerecht wird. Es ist nicht zutreffend, daß diese lediglich überflüssige »Denkregeln« darstellen. Dies zu behaupten, bedeutet, ihre das gesamte moderne Rechtsdenken prägende Funktion als Ansatzpunkt des Ausgleichs zwischen den privatrechtlichen Grundkonflikten zu negieren.

II. Die Debatte über den Begriff der Generalklausel als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Dieser Befund gibt nun Anlaß, die unausgesprochene Grundlage der Diskussion über den Begriff der Generalklausel – daß es ein solches Abgrenzungskriterium überhaupt gibt⁴⁸ – nochmals grundlegend zu überdenken.

Nach hier vertretener Ansicht stellen sich die bisher erörterten Schwierigkeiten der Bestimmung des Generalklauselbegriffs letztlich als Folge des Umstands dar, daß der Beweggrund für die Entwicklung der Generalklauseln nicht in ihrer wie auch immer zu definierenden Beschaffenheit, sondern im Wandel der zugrundeliegenden Wertungskonflikte liegt: die Suche nach einer die Generalklauseln *als solche* auszeichnenden Eigenschaft ist also vergeblich. Stattdessen soll im folgenden gezeigt werden, daß die Debatte über den Begriff der Generalklausel letztlich genau die Strukturen der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens widerspiegelt und damit – allerdings ohne sich selbst dessen im einzelnen bewußt zu sein – von diesen in entscheidender Hinsicht geprägt wird.⁴⁹

1. Die materielle Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel

Betrachtet man zunächst den materiellen Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus, so wird deutlich, daß eine entsprechende Wertungsstruktur auch innerhalb der Debatte über den Begriff der Generalklausel existiert, und zwar im Zusammenhang der Umschreibung der Generalklauseln als »wertausfüllungsbedürftige« Tatbestände sowie in deren Assoziation mit rechtsethischen Prinzipien.⁵⁰

Denn wesentlich ist es, sich vor Augen zu führen, daß auf der Grundlage dieser Kriterien zwar nicht offen, wohl aber *verdeckt* über die materielle Antinomie des Privatrechtsdenkens diskutiert wird. So impliziert etwa der Gedanke

⁴⁸ So zuletzt *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 316.

⁴⁹ An diesem Punkt zeigen sich also erstmals die praktischen Konsequenzen des hier vertretenen Ansatzes: Sieht man die Entwicklung der Generalklauseln in erster Linie als *historisches* Phänomen, wird deutlich, daß die meist *ahistorisch* angelegten Theorien des Generalklauselbegriffs diesem bereits im Ansatz nicht gerecht werden können. Ähnlich auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 115: »Es ist verfehlt, ... die Frage nach dem ›Wesen‹ der Generalklauseln zu stellen. Derartige unhistorische Deutungsversuche sind gerade bei Generalklauseln unangebracht, die als Leerformeln rein instrumentalen Charakter besitzen und deren Funktion nur je in einer geschichtlichen Situation bestimmt werden kann.«

⁵⁰ Oben § 5 I 1 a), d).

der Wertausfüllungsbedürftigkeit dann, wenn er als Grundlage der Einbeziehung außerrechtlicher Normen in das Privatrecht verstanden wird, zugleich das Erfordernis einer »Öffnung« der Privatrechtsordnung gegenüber material-ethischen Wertprinzipien;⁵¹ er erlaubt es also beispielsweise, im Rahmen von Generalklauseln Wertungen der Verkehrssitte oder Sozialmoral zur Anwendung zu bringen, aufgrund deren etwa die Ausnutzung der wirtschaftlichen und intellektuellen Unterlegenheit eines Geschäftspartners als sittlich oder moralisch verwerflich erscheint.⁵² Entsprechendes gilt erst recht, wenn man die Wertausfüllungsbedürftigkeit der Generalklauseln auf innerrechtliche Wertungen bezieht,⁵³ diese also etwa zum Anknüpfungspunkt der verfassungsrechtlich gewährleisteten wirtschaftlichen Selbstbestimmungsfreiheit des Bürgers macht.⁵⁴ stets geht es in der rechtsethischen Substanz um das legitime Maß interpersonaler Rücksichtnahme im Privatrechtsverkehr, also um nichts anderes als den materiellen Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus.

Das heißt also, daß in der Debatte über den Begriff der Generalklausel insoweit, als sie sich auf Kriterien wie die Wertausfüllungsbedürftigkeit oder die rechtsethische Prinzipienqualität der Generalklauseln bezieht, jedenfalls ein *verdecktes* Bewußtsein für die Bedeutung des materialen Grundwiderspruchs existiert. Dessen Struktur prägt die Debatte also – wie das von Alice auf ihrer Reise durch das Wunderland bestaunte Lächeln der Katze, das noch im Raum steht, nachdem die Katze selbst schon unsichtbar geworden ist –⁵⁵ letztlich völlig *unabhängig* davon, daß diese sich an keiner Stelle unmittelbar mit ihm auseinandersetzt und ihm infolge ihres rein methodologischen, internen Anspruchs im Ergebnis auch nicht gerecht werden kann.

⁵¹ So etwa *Larenz*, Methodenlehre, S. 289 sowie inhaltsgleich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 110; *Larenz*, Grundsätzliches zu § 138 BGB, JJB. 7 (1966/7), 98, 104 ff.; *Wieacker*, Recht und Sittlichkeit, in: *Zeitwende* 40 (1969), 244, 251; *ders.*, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337, 339 ff. sowie noch ausführlich unten § 6 I 1 a) im Zusammenhang der Konkretisierung von Generalklauseln.

⁵² Vgl. ausdrücklich in diesem Sinne etwa BGH NJW 1981, 1206, 1207 sowie Palandt-*Heinrichs*, § 138 Rz. 24 m.w.N.

⁵³ So die heute ganz überwiegende Ansicht zur Konkretisierung von Generalklauseln; vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre, S. 289; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 110; *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 203; *Pawlowski*, Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, ARSP 50 (1964), 503, 504 ff. sowie noch näher unten § 6 I 1 b).

⁵⁴ Ein anschauliches Beispiel hierfür bildet wieder die Bürgschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts; vgl. BVerfGE 89, 214, 229 ff. sowie bereits oben einleitend zu § 1.

⁵⁵ Vgl. *Lewis Carroll*, *Alice's Adventures in Wonderland*, 1865, Kap. VI: »All right,« said the Cat; and this time it vanished quite slowly, beginning with the end of the tail, and ending with the grin, which remained some time after the rest of it had gone. »Well! I've often seen a cat without a grin,« thought Alice; »but a grin without a cat! It's the most curious thing I ever saw in all my life!«

2. Die formale Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel

Ähnliches gilt auch für den formalen Wertungsgegensatz zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, der sich in dem Versuch spiegelt, den Begriff der Generalklausel unter Zuhilfenahme von Kriterien wie deren Unbestimmtheit, Abstraktheit oder Allgemeinheit zu definieren.⁵⁶ Entsprechend ist auch die Umschreibung der Generalklauseln als Prinzipien zu beurteilen, soweit der Prinzipienbegriff im oben erörterten Sinne einer rein formalen Klassifikation verstanden wird: all diesen Ansätzen liegt letztlich der Gedanke zugrunde, daß die Generalklauseln infolge ihrer *formalen* Beschaffenheit den entscheidenden Ansatzpunkt bilden, um dem Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und dem Bedürfnis nach flexibler Anpassung des Rechts an veränderte Umstände gerecht zu werden.

Wie sehr dieser Gedanke die Debatte über den Begriff der Generalklausel prägt, zeigt sich etwa bei *Teubner*, der die Generalklauseln »durch das *Mittel* der Unbestimmtheit« als »lernendes Recht« ansieht, das »flexible Reaktionen des Rechts auf gesellschaftliche Wandlungen ermöglicht«;⁵⁷ bei *Weber*, nach dessen Ansicht Generalklauseln *infolge* ihres fehlenden Begriffskerns nur »im Wege wertender, auf ethisch-moralischer Grundlage fußender Entscheidung« anwendbar sind und dem Rechtsanwender gerade *deshalb* »eine Handhabe zur Durchsetzung gerechter, d.h. auch den atypischen Einzelfall erfassender Entscheidungen ... geben«;⁵⁸ sowie besonders deutlich bei *Garstka*, dem Urheber der aufwendigsten der oben zitierten formalen Definitionen des Generalklauselbegriffs, dessen daran anknüpfende Überlegungen zur Funktion der Generalklauseln fast bis ins einzelne der hier zugrundegelegten Explikation des formalen Grundwiderspruchs entsprechen.⁵⁹ Entscheidend ist also, daß offenbar auch der Wertungsgegensatz zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit die Debatte über den Begriff der Generalklausel völlig *unabhängig* davon prägt, daß diese ihn nicht offen thematisiert.

⁵⁶ Oben § 5 I 1 b).

⁵⁷ So daß die Unbestimmtheit der Generalklauseln quasi die »Ursache« deren Eignung zur Gewährleistung von Flexibilität darstellt; vgl. AK-BGB-*Teubner*, § 242 Rz. 5 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁵⁸ Vgl. *Weber*, AcP 192 (1992), 516, 525.

⁵⁹ Vgl. *Garstka*, in: *Koch* (Hrsg.), *Methodenlehre*, S. 96, 116: »Der Tatsache, daß kasuistische Regelungen wegen des höheren Bestimmtheitsgrades der verwendeten Begriffe eine sichere Rechtsanwendung gewährleisten, stehen gewichtige Nachteile gegenüber: zum einen die notwendige *Lückenhaftigkeit in bezug auf den Regelungszweck*, zum anderen die zunehmende *Komplexität* der durch das Recht zu erfassenden Sachverhalte. *Beides bedingt sich gegenseitig.*« (Hervorhebungen hinzugefügt).

3. Die institutionelle Dimension der Debatte über den Begriff der Generalklausel

Entsprechendes gilt schließlich auch für den institutionellen Grundwiderspruch zwischen Richterbindung und Richterfreiheit, der besonders deutlich im Zusammenhang der Ansätze zutage tritt, die die Generalklauseln als Delegations- oder Ermächtigungsnormen interpretieren und sie damit unmittelbar mit dem Problem der Abgrenzung zwischen den Kompetenzsphären des Gesetzgebers und des Richters in Verbindung bringen.⁶⁰ Ähnliches gilt auch für die Assoziation zwischen Generalklauseln und Prinzipien als Grundlage rechtspolitisch neutraler Entscheidungen im Sinne von *Wechsler*, *Dworkin* und *Alexy*.⁶¹ All diese Ansätze zeichnen sich dadurch aus, daß sie zumindest indirekt erkennen lassen, daß die Problematik der Richterfreiheit im Rahmen der Generalklauseln eine wesentliche Rolle spielt, selbst wenn sie diese, wie gesehen, im Ergebnis nicht befriedigend lösen können.

Faßt man also die bisherigen Ausführungen zum Begriff der Generalklausel nochmals zusammen, so sind vor allem zwei Ergebnisse festzuhalten: zunächst scheint sich offenbar keines der in der Literatur vertretenen Definitionskriterien als taugliche Grundlage eines eigenständigen Begriffs der Generalklausel zu eignen. Zugleich weisen jedoch alle Kriterien jedenfalls durch ihre unausgesprochene Wertungsstruktur in eine einzige Richtung: daß die für Funktion und Begriff der Generalklauseln entscheidenden normativen Voraussetzungen auf der Ebene der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens liegen; kurz, daß es unmöglich ist, der Problematik der Generalklauseln ohne deren Berücksichtigung gerecht zu werden.

III. Zum Begriff der Generalklausel unter dem Gesichtspunkt der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Was folgt daraus nun aber für die Möglichkeit einer *Definition* des Begriffs der Generalklausel? Wie ausgeführt, ist der Generalklauselcharakter einer Vorschrift nach hier vertretener Ansicht Funktion ihrer historischen Entwicklung vor dem Hintergrund des Wandels der drei Grundwidersprüche. Das heißt also, daß eine Vorschrift nicht einfach eine Generalklausel »ist« oder nicht, sondern daß diese Einordnung je nach der historischen Entwicklung ihrer Funktion variieren kann: »Generalklausel« ist eine Rechtsnorm genau insofern und solange, als sie dem Rechtsdenken als zentraler Anknüpfungspunkt

⁶⁰ Oben § 5 I 1 c).

⁶¹ Dazu bereits kritisch oben § 3 I 3 a).

des Interessenausgleichs zwischen den drei Grundwidersprüchen des Privatrechts dient.⁶²

Das heißt also, daß eine Vorschrift zwar ursprünglich als Generalklausel intendiert oder sogar bezeichnet sein kann, sich aber später trotzdem nicht immer zu einer solchen entwickeln muß, wenn sie – wie etwa das Schikaneverbot des § 226 BGB – trotz dieser Gesetzgebungsintention keine Bedeutung als Anknüpfungspunkt des privatrechtlichen Wertungsausgleichs erlangt.⁶³ Denkbar ist es auch, daß eine Vorschrift sich zwar anfänglich zur Generalklausel entwickelt, diese Funktion aber später wieder einbüßt, weil sich der Schwerpunkt des privatrechtlichen Wertungsausgleichs auf andere Vorschriften verlagert. Einen Grenzfall bildet insoweit etwa § 826 BGB, dessen geplante Entwicklung zur Generalklausel für sittenwidrige Schädigungen bereits wenige Jahre nach Inkrafttreten des BGB stagnierte, nachdem vor allem § 1 UWG a.F. einen wesentlichen Teil dieser Funktion übernommen hatte.⁶⁴

Möglich ist es jedoch, wie vor allem § 242 BGB zeigt, auch umgekehrt, daß eine Vorschrift, die ursprünglich nicht als Generalklausel intendiert war, sich erst nachträglich zum Anknüpfungspunkt des privatrechtlichen Wertungsausgleichs entwickelt und dadurch zur Generalklausel wird. Als Generalklausel im hier zugrundegelegten Sinne ist der Tatbestand des § 242 BGB also nicht schon seit Inkrafttreten des BGB, sondern erst seit seiner »Entdeckung« durch die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts zu bezeichnen. Schließlich kommen – wie *Rüthers* gezeigt hat – als Generalklauseln ohne weiteres auch gänzlich ungeschriebene Tatbestände in Betracht, die den gesetzlichen Generalklauseln im Hinblick auf ihre Fähigkeit, die Rechtsordnung gegenüber gewandelten Wertvorstellungen zu öffnen, oft sogar noch überlegen sind.⁶⁵

⁶² Diese historische Relativität bzw. Kontingenz des Generalklauselcharakters einer Vorschrift folgt unmittelbar aus der bereits erörterten Unfruchtbarkeit jeder ahistorischen Behandlung der Generalklauselproblematik; vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 115 sowie bereits oben Fn. 49. In Anbetracht dessen sollte nun auch der Grund für die bisher geübte Zurückhaltung bei der Definition des Generalklauselbegriffs deutlich geworden sein: denn die Entscheidung darüber, welche Tatbestände Generalklauseln darstellen und welche nicht, ist nach hier vertretener Ansicht konsequenterweise nicht a priori, sondern nur *nach* Betrachtung ihrer historischen Entwicklung möglich.

⁶³ Vgl. zur unerwarteten Stagnation der Entwicklung des § 226 BGB *Hedemann*, Flucht in die Generalklauseln, S. 7 sowie schon oben § 2 II 2 b) mit Fn. 53.

⁶⁴ Vgl. oben § 4 II 1 a).

⁶⁵ Vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 145 ff.; *ders.*, Entartetes Recht, S. 187 ff. Als genuine Generalklausel fungierte danach während der NS-Zeit auch die teilweise offen anerkannte richterliche Befugnis, dem hergebrachten Recht insoweit die Anwendung zu versagen, als es »im Widerspruch zum Nationalsozialismus« stand und »nach dessen Wertvorstellungen zu unerträglichen Ergebnissen führte« (»Kampfklausel«); vgl. *Rüthers*, Unbegrenzte Auslegung, S. 146. Entsprechende Funktionen übernahmen auch Formeln wie »gesundes Volksempfinden« usw.; vgl. *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 187 (»zehnte Lehre« aus der NS-Zeit).

Daraus folgt also nochmals, daß es vom hier vertretenen Standpunkt aus allenfalls begrenzt möglich ist, die Generalklauseleigenschaft einer Vorschrift an bestimmte unveränderliche, normimmanente Kriterien zu knüpfen. Der Generalklauselcharakter einer Vorschrift ist nicht konstant, sondern wandelbar, kann also längerfristig oder nur zeitweilig oder auch in mehr oder weniger großem Maße gegeben sein. Die hier vorgenommene Umschreibung des Begriffs der Generalklausel versteht sich dementsprechend auch keinesfalls als »Definition« bzw. – präziser – »Explikation« in dem in der Literatur zugrunde gelegten strengen Sinne,⁶⁶ sondern lediglich als grobe Charakterisierung der Umstände, die es als sinnvoll erscheinen lassen, eine Vorschrift als »Generalklausel« zu bezeichnen, indem sie der *spezifischen* Bedeutung dieses Begriffs als historischer Besonderheit der Privatrechtsentwicklung während des 20. Jahrhunderts gerecht werden. Zu zeigen war, daß *diese* Bedeutung vom Wandel der privatrechtlichen Grundwidersprüche im selben Zeitraum nicht zu trennen ist.

⁶⁶ Unter »Definition« ist in der Wissenschaftstheorie seit *Frege* die Festsetzung eines Zeichens zur Bezeichnung eines Sachverhalts zu verstehen, wobei die Wahl des Zeichens *willkürlich* ist. Im Gegensatz dazu ist von »Explikation« zu sprechen, wenn es – wie vorliegend – um die Präzisierung eines bereits gebräuchlichen, vor- oder frühwissenschaftlichen Begriffs geht, die gerade *nicht* willkürlich erfolgen darf; vgl. *Carnap*, *Logical Foundations of Probability*, 1951, S. 3 ff.; *Carnap/Stegmüller*, *Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit*, 1959, S. 12 ff.; *Hanna*, *An Explication of »Explikation«*, *Phil. Sci.* 35 (1968), 28 ff.; *Gabriel*, *Definitionen und Interessen*, 1972, S. 30 ff., 58 ff.

§ 6 Die Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln im deutschen Privatrechtsdenken

Geht man also davon aus, daß sich bereits der Begriff der Generalklausel nicht ohne Berücksichtigung des Hintergrunds der privatrechtlichen Grundwidersprüche erfassen läßt, stellt sich die Frage, ob dies nicht erst recht für die Problematik der »Konkretisierung« gelten muß, die neben der Frage des Begriffs den zweiten Schwerpunkt der deutschen Generalklauseldebatte bildet.

Dabei liegt die erhebliche Bedeutung der Konkretisierungsproblematik auf der Hand: vergegenwärtigt man sich etwa nochmals die Ausführungen *Bydlinski*, daß das »spezifische Konkretisierungsproblem« bei Generalklauseln darin bestehe, daß diese »formal gleichrangig mit den präzisesten Regeln ... als Bestandteile des positiven Gesetzes anzuwenden« seien, »aber eben nicht zur unmittelbaren Fallbeurteilung, sondern als Wegweiser zum benötigten Normenmaterial«, ¹ so wird deutlich, daß das Ziel aller Konkretisierungsüberlegungen letztlich darin besteht, den Generalklauseln präzisere Normgehalte zu entnehmen, um ihre Anwendung trotz ihrer Unbestimmtheit den allgemeinen Rechtsanwendungsregeln unterstellen und damit methodisch rationalisieren zu können. So auch *Bydlinski*: »»Konkretisierung« einer Norm bedeutet ..., daß aus einer Ausgangsnorm und weiteren, empirischen oder gesicherten normativen Sätzen die zur Lösung des Fallproblems benötigte konkretere Regel deduziert wird.« – »Das Ergebnis dieser Bemühungen ist die Angabe einer Regel, die das jeweils gestellte praktische Problem löst, indem sie für den Einzelfall ... die erforderliche individuelle Beurteilung ... durch möglichst schlichte Subsumtion gestattet.«²

¹ *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 199; dazu bereits in der Einleitung zu dieser Untersuchung bei Fn. 8.

² Beide Zitate bei *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 196; ähnlich zum Ziel der Konkretisierung auch *Engisch*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl. 1968, S. 79; *Röthel*, Normkonkretisierung, S. 20 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 582 ff.; *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Haubelt*, Konkretisierung von Generalklauseln, S. 33 ff.; *Schmidt-Syaßen*, Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, S. 24 f.; *Kramer*, Methodenlehre, S. 198 ff.; *R. Weber*, AcP 192 (1992), 516, 522 ff., 526; *Lerche*, Facetten der »Konkretisierung« von Verfassungsrecht, in: Canaris-Symposion, 1998, S. 7, 13; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 319 ff., 335 und *passim*; *Obly*, AcP 201 (2001), 1, 9 f. Abweichend nur *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rz. 274 ff. sowie *Müller*, in: Festschrift Universität Heidelberg, S. 65, 70 f., die unter »Konkretisierung« nicht

Doch ist dieser Anspruch, die Anwendung der Generalklauseln durch Konkretisierung auf die hergebrachten Grundsätze der Methodenlehre zurückführen zu können, erfüllbar? Oder tritt nicht vielmehr auch im Rahmen der Konkretisierungsdebatte wieder die Struktur der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens zutage und zwingt zu der Einsicht, daß ohne deren Berücksichtigung keine angemessene Behandlung der Generalklauselproblematik möglich ist? Diesen Fragen soll im folgenden nachgegangen werden.

I. Ansätze zur Konkretisierung von Generalklauseln

Grundgedanke aller Konkretisierungsbemühungen ist es, den unbestimmten Generalklauseln präzisere, konkret anwendbare Normgehalte zu entnehmen. Dementsprechend zielen die meisten Konkretisierungstheorien darauf, den *Inhalt* des zulässigen Konkretisierungsmaterials zu bestimmen, also die für eine Bezugnahme durch die Generalklauseln in Betracht kommenden Normquellen näher zu spezifizieren. Eine zweite Gruppe von Ansätzen, zu denen etwa Abwägungs- und Richterrechtstheorien gehören, nähert sich dem Problem dagegen über das *Verfahren* des Konkretisierungsvorgangs. Eine dritte Möglichkeit besteht schließlich darin, zwischen den verschiedenen *Funktionen* der Generalklauseln zu differenzieren. Diese drei zu unterscheidenden Gruppen von Konkretisierungstheorien – hier als *Inhalts-*, *Verfahrens-* und *Funktionstheorien* bezeichnet – sind im folgenden auf ihre wissenschaftliche Leistungsfähigkeit zu untersuchen.

1. »Inhaltstheorien« – Ansätze zum zulässigen Inhalt der Konkretisierung von Generalklauseln

Betrachtet man zunächst die Inhaltstheorien, so ist nach der Art der im Bezug genommenen Normquellen weiter zu unterscheiden zwischen »außerrechtlichen« und »innerrechtlichen« Verweisungsgegenständen – also zwischen solchen Ansätzen, die die Generalklauseln in erster Linie als Verweisung auf moralische oder sozialetische Normen interpretieren im Gegensatz zu solchen, die stattdessen primär auf rechtliche, vor allem verfassungsrechtliche Grundsätze abstellen. Eine Sonderstellung unter den Inhaltstheorien nimmt schließlich der – offensichtlich mit den bereits erörterten Delegations- bzw. Ermächtigungstheorien nahe verwandte – Gedanke ein, daß »Inhalt« der Generalklausel schlicht die durch sie zugelassene richterliche Ermessensausübung sei, daß sich

die Rückführung »unbestimmter« Normen auf das Subsumtionsmodell, sondern die jedem Rechtsanwendungsvorgang zugrundeliegende fallbezogene Präzisierung des angewandten Normtexts verstehen.

die in den Generalklauseln enthaltene Verweisung also auf die »richterliche Eigenwertung« selbst beziehe.³ Schließlich spielen neben derartigen »Einheitstheorien«, die jeweils nur auf einzelnen Verweisungsgegenständen beruhen, auch im vorliegenden Zusammenhang wieder »Verbindungstheorien« eine wichtige Rolle.⁴

a) Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe

Daß Generalklauseln wie die »Guten Sitten« oder »Treu und Glauben« unter anderem durch die Heranziehung von Prinzipien der Sittlichkeit oder Verkehrsmoral, also durch »außerrechtliche«⁵ moralische oder soziale Normen zu konkretisieren sein könnten, scheint bereits durch ihren Wortlaut nahegelegt und entspricht vor allem im Hinblick auf die Gute-Sitten-Klausel in § 138 Abs. 1 BGB dem fast einhelligen Selbstverständnis der Wissenschaft und Rechtspraxis. So besteht in der Literatur etwa breiter Konsens darüber, daß die in § 138 Abs. 1 BGB enthaltene Verweisung auf die Guten Sitten als auf die »Sittenordnung« im Sinne der »herrschenden Rechts- und Sozialmoral« bezogenes Korrektiv der Privatautonomie auszulegen sei;⁶ und ähnlich wird auch Treu und Glauben in § 242 BGB als Mittel verstanden, um »den in der Gemein-

³ Ähnlich differenziert auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 13 ff., 36 ff., 42 ff., zwischen »innerrechtlichen« und »außerrechtlichen« Wertmaßstäben sowie der richterlichen Eigenwertung als potentiellen Verweisungsgegenständen; vgl. im Anschluß daran auch *Veelken*, Bindungen des Revisionsgerichts bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB, AcP 185 (1985), 46, 49 ff.

⁴ Terminologie in Anlehnung an *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 50 ff.; vgl. auch bereits oben § 5 I 1, 2 im Zusammenhang der Theorien zum Generalklauselbegriff.

⁵ Vgl. zu diesem Begriff allerdings noch einschränkend unten Fn. 94.

⁶ Vgl. *Staudinger-Sack*, Neubearbeitung 2003, § 138 Rz. 18; *Soergel-Hefermehl*, 13. Aufl. 1999, § 138 Rz. 3; *MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rz. 11; *Palandt-Heinrichs*, § 138 Rz. 2; *Larenz*, Methodenlehre, S. 289; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 110; *Larenz*, JJB. 7 (1966/7), 98, 104 ff.; *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 64 ff.; *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflicht, S. 215 ff.; *Wieacker*, in: *Zeitwende* 40 (1969), 244, 251; *ders.*, JZ 1961, 337, 339 ff.; *Meyer-Cording*, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes, JZ 1964, 273 ff., 277 ff.; *Lindacher*, Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), 124, 125; *Sack*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der Guten Sitten, NJW 1985, 761, 765 ff.; *Mayer-Maly*, Was leisten die Guten Sitten?, AcP 194 (1994), 105, 107 ff.; *Bydlinski*, Über das Verständnis der »Guten Sitten« im österreichischen Recht, in: *Festschrift Gernhuber*, 1993, S. 827, 830 ff. Ebenso das ältere Schrifttum; vgl. *Motive*, Bd. I, S. 211 f.; *v. Tuhr*, AT BGB, Bd. II/2, 1918, S. 23 f.; *v. Gierke*, Recht und Sittlichkeit, 1916/1963, S. 3 ff.; *Weigelin*, Der Begriff der Sitte, ARWP 8 (1914/5), 321, 328; *M. Rümelin*, Die Verweisungen des bürgerlichen Rechts auf das Sittengesetz, in: *Heimatgabe Haering*, 1918, S. 133, 135, 139; *Thommen*, Begriff der Guten Sitten im schweizerischen Privatrecht, S. 102 ff.; zusammenfassend *Arzt*, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 29 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 13 ff.; jeweils m.w.N.

schaft herrschenden sozialemischen Vorstellungen Eingang in das Recht« zu verschaffen.⁷

Auch darüber, welche Normgruppen damit im einzelnen in Bezug genommen sind, besteht inzwischen jedenfalls im Grundsätzlichen weitgehende Übereinstimmung: einerseits scheiden rein tatsächliche Sitten oder Gebräuche aus, da »Sitte Unsitte, Brauch Mißbrauch sein« kann;⁸ andererseits kommen vor dem Hintergrund der mangelnden Letztbegründbarkeit jeder materialen Ethik aber auch Grundsätze einer mit absolutem Geltungsanspruch ausgestatteten Hochethik nicht ernsthaft in Betracht:⁹ »Der Rechtszwang ... ist aber das ungeeignetste und odioseste Mittel, Sittlichkeit als solche zu verwirklichen. Das Übel der Heuchelei oder der traumatisch-aggressiven Reaktion, das jede mit Gewalt erzwungene Moral hervorbringt, die Unmenschlichkeit, mit der eine absolute Moral sich allzeit gern über Gewissen, Ehre und Existenz Andersdenkender hinweggesetzt hat, sie lehren: qui veut faire des anges, fait des bêtes.«¹⁰

Vor allem im Hinblick auf die Guten Sitten eignet sich damit als tauglicher Verweisungsgegenstand allenfalls der wesentlich moderatere Geltungsanspruch eines »geläuterten moralischen Durchschnittsempfindens«, einer »einfachen« oder »elementaren Sittlichkeit«, die dem entspricht, was die überwiegende Mehrheit der Gemeinschaftsmitglieder tatsächlich als unabdingbare Vor-

⁷ Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rz. 3; ebenso oder ähnlich auch Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 143; MünchKomm-*Roth*, § 242 Rz. 11 f.; Soergel-*Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rz. 39; aus dem älteren Schrifttum etwa *Henle*, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, 1912, S. 5 ff.

⁸ So treffend *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 13; ähnlich auch Palandt-*Heinrichs*, § 138 Rz. 2; Soergel-*Hefermehl*, 13. Aufl. 1999, § 138 Rz. 3; *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflicht, S. 216 f.

⁹ Dies betrifft sowohl die autonome Willensethik *Kants* (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Akademie-Ausgabe, Bd. IV, S. 389, 440, 446 ff.), die von vornherein nicht als geeignetes Objekt des Rechtszwangs in Betracht kommt, als auch jede heteronome materiale Hochethik (vgl. zur Terminologie *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 67 ff.; *Larenz*, JJB. 7 (1966/7), 98, 107), deren *allgemeinverbindliche rechtliche* Relevanz im Rahmen der Generalklauseln stets an ihrer mangelnden Letztbegründbarkeit scheitert. Vgl. zur Trennung zwischen Recht, Moral und Ethik v. *d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 55 ff., 99 ff.; ähnlich wie hier *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 12 ff.; *ders.*, JZ 1961, 337, 338 f.; *ders.*, in: Zeitwende 40 (1969), 244, 251 ff.; *ders.*, in: Festschrift Coing, Bd. I, S. 703, 708; *Emmert*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflicht, S. 215 ff.; ferner *Stein*, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung des öffentlichen Rechts, in: *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, 1966, S. 40 ff., 48; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 15 ff., 99 ff.; *Breithaupt*, JZ 1964, 283, 284 f.; v. *Gierke*, Recht und Sittlichkeit, S. 22 ff.; *M. Rümelin*, in: Heimatgabe Haering, S. 133, 139. Bestätigt wird diese Ethikkritik schließlich auch durch die wohlfahrtsökonomische Widerlegung der Möglichkeit widerspruchsfreier kollektiver Präferenzordnungen; vgl. *Arrow*, Social Choice and Individual Values, 2. Aufl. 1963, S. 97 ff.; dazu *Kern/Nida-Rümelin*, Logik kollektiver Entscheidungen, 1994, S. 27 ff.; *Auer*, Willkür rechtlicher Entscheidungsverfahren?, ARSP 88 (2002), 1, 12 ff., 20.

¹⁰ *Wieacker*, in: Zeitwende 40 (1969), 244, 252; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 17; ähnlich auch *Kessler*, Metamorphosen im amerikanischen Vertragsrecht, JZ 1988, 109, 116.

aussetzung sittlichen Handelns ansehen würde – also einer »Sozialmoral« im Sinne einer faktisch geltenden sozialen Verhaltenserwartung, die der Auslegung der Guten Sitten in dieser oder ähnlicher Form etwa von *Wieacker*, *Henkel* und *Larenz* zugrundegelegt wird.¹¹ Nahe verwandt ist auch der auf *Jhering* und *Ehrlich* zurückgehende¹² und vor allem im Handels- und Wettbewerbsrecht verbreitete, in jüngerer Zeit aber von *Teubner* auf das gesamte bürgerliche Recht übertragene Gedanke, die Guten Sitten als Verweisung auf tatsächlich geltende Sitten und Gebräuche, also auf empirisch feststellbare soziale Normen zu interpretieren.¹³ Ähnlich wird auch im Rahmen von § 242 BGB die Verkehrssitte herangezogen, um die im konkreten Fall relevanten Anforderungen von Treu und Glauben zu bestimmen:¹⁴ stets erscheinen die Generalklauseln also als Mittel, um das Recht gegenüber solchen außerrechtlichen Normen zu öffnen, die, *ohne* den Anspruch absoluter ethischer Verbindlichkeit erheben zu können, doch in der Gesellschaft rein *faktisch* derart große normative Bedeutung besitzen, daß auch die Rechtsordnung an ihrem Geltungsanspruch nicht vorübergehen kann.

Das Problem aller derartigen Ansätze besteht jedoch darin, daß sie letztlich zwei miteinander unvereinbaren normativen Anforderungen genügen müssen: einerseits läßt sich der soeben genannte Gedanke der Relativität jeder materialen Ethik konsequent auch dem Geltungsanspruch bloßer sozialer Normen entgegenhalten, jedenfalls soweit es darum geht, diese im Rahmen der Generalklauseln eben doch mit allgemeingültiger *rechtlicher* Verbindlichkeit auszustatten. Dementsprechend ist es auch im Schrifttum immer wieder üblich, auf die sogenannte »Trennungsthese«, also die Trennung zwischen Recht und Moral

¹¹ Vgl. *Wieacker*, in: *Zeitwende* 40 (1969), 244, 251; *ders.*, JZ 1961, 337, 339 f.; *ders.*, *Privatrechtsgeschichte*, S. 605, 609 (»einfache Sittlichkeit« im Anschluß an *Bollnow*, *Einfache Sittlichkeit*, 3. Aufl. 1962, S. 20 ff.); *ders.*, *Vertragsbruch aus Gewissensnot*, JZ 1954, 466 ff.; *Henkel*, *Rechtsphilosophie*, S. 71 ff.; *Larenz*, JJB. 7 (1966/7), 98, 104 ff., insbes. 107; ähnlich auch *v. Gierke*, *Recht und Sittlichkeit*, S. 38 f.; *Engisch*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 96; *A. Kaufmann*, *Über Gerechtigkeit*, 1993, S. 82 ff.; *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S. 369 ff.; wobei die im einzelnen bestehenden Differenzen vorliegend vernachlässigt werden können. Vgl. zusammenfassend und differenzierend *Teubner*, *Standards und Direktiven*, S. 23 ff.

¹² Vgl. *v. Jhering*, *Der Zweck im Recht*, Bd. II, S. 20 ff. und *passim*; dazu bereits *Herzog*, *Zum Begriffe der guten Sitten im B.G.B.*, 1910, S. 22, der *Jhering* als »Vater der Theorie der Sitten« bezeichnet; *Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl. 1989, S. 58 ff.; *ders.*, *Die juristische Logik*, 2. Aufl. 1925, S. 230 ff.; zusammenfassend *Teubner*, *Standards und Direktiven*, S. 29 ff.

¹³ Vgl. *Teubner*, *Standards und Direktiven*, S. 29 ff., 61, 65 ff. m.w.N.; *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 91 ff.; *Lautmann*, *Normen im Bereich der Jurisprudenz und Soziologie*, ARSP 54 (1968), 523, 528 f.

¹⁴ Vgl. bereits RGZ 114, 9, 13; repräsentativ für das moderne Schrifttum etwa *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 152; *Soergel-Teichmann*, 12. Aufl. 1990, § 242 Rz. 42; *MünchKomm-Roth*, § 242 Rz. 13; *Palandt-Heinrichs*, § 242 Rz. 3; *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 96 ff. m.w.N.

bzw. Ethik¹⁵ oder – mit *Kant* – auf die Unvereinbarkeit von autonomer Sittlichkeit und rechtlichem Zwang zu verweisen, um die normative Verbindlichkeit bestimmter außerrechtlicher Norminhalte im Rahmen der Generalklauseln in Frage zu stellen.¹⁶

Andererseits ist aber – in Anbetracht der ebenfalls immer wieder betonten Unzulässigkeit des »naturalistischen Fehlschlusses« bzw. der Unmöglichkeit, aus einem »Sein« ein »Sollen« abzuleiten –¹⁷ die rein *faktische* Befolgung solcher Normen selbst dann, wenn sie von einem breiten Konsens getragen wird, erst recht nicht ausreichend, um deren allgemeine Gültigkeit im Rahmen der Generalklauseln zu legitimieren.¹⁸ Zusammengekommen führen diese beiden Einwände also zu einer erheblichen Relativierung der Bedeutung außerrechtlicher Normen als Verweisungsgegenstand der Generalklauseln.

Hier tritt also bereits ein erstes Dilemma der Konkretisierungsdebatte zutage: einerseits drängt es sich geradezu auf, Generalklauseln wie die »Guten Sitten« oder »Treu und Glauben« unter Bezugnahme auf sittliche oder soziale Normen zu konkretisieren. So sieht etwa *Teubner* in der außerrechtlichen Verweisungsfunktion gar den »spezifischen Sinn« der Generalklauseln.¹⁹ Andererseits steht diese Annahme jedoch unter dem ständigen Vorbehalt normlogischer Relativierung, so daß sich in der konkreten Handhabung der Generalklauseln praktisch die Relevanz jeder beliebigen außerrechtlichen Norm etwa mit dem Argument bestreiten läßt, sie entspreche nicht der »herrschenden« Rechts- und Sozialmoral oder dem Anstandsgefühl »aller« billig und gerecht Denkenden.²⁰ Indirekte Folge dieses Dilemmas ist, daß außerrechtliche Nor-

¹⁵ Zur Terminologie vgl. *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 55 ff.

¹⁶ So etwa *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 16; ähnlich auch *Mayer-Maly*, Die Guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596, 599; *Ohly*, AcP 201 (2001), 1, 11 ff.; dazu ferner *A. Kaufmann*, Über Gerechtigkeit, S. 77 ff. Wesentlich ist nach hier vertretener Ansicht jedoch, daß die in diesem Sinne global gefaßte »Trennungsthese« – abgesehen davon, daß sie *Kants* Theorie der autonomen Sittlichkeit (dazu oben Fn. 9) nicht gerecht wird – den eigentlichen Wertungsgehalt der Einbeziehung moralischer Normen im Rahmen der Generalklauseln nicht trifft; vgl. dazu noch unten § 6 II 1 a) mit Fn. 95 sowie § 9.

¹⁷ Grundlegend *Hume*, A Treatise on Human Nature, 1739–40/1978, Book III, Sect. I, II, S. 455 ff.; *Moore*, Principia Ethica, 1903, S. 10 ff. und *passim* (»naturalistic fallacy«); zusammenfassend *Hoerster*, Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie, ARSP 55 (1969), 11 ff.

¹⁸ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 36; *Arzt*, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 45 f., 58 ff. sowie etwa bereits *R. Joerges*, Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, ZfRphil. 1 (1914), 208, 215. Vgl. zur *faktischen* normativen Kraft der Sozialmoral im Rahmen der Generalklauseln allerdings zurecht *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 90 sowie noch näher unten § 9.

¹⁹ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 39; ähnlich auch *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 91 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 369.

²⁰ Vgl. mit eindringlicher Kritik in diesem Sinne auch *Esser*, in: *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel, S. 5, 22 ff., insbes. 24: »Mit solchen Behauptungen kann man in unkontrollierbarer Weise das Überwundene als eine Schwankung von angeblich vorübergehender Natur darstel-

men in der Literatur meist überhaupt nur unter dem Vorbehalt *rechtlicher* Überprüfung – also praktisch nur als Bestandteil der noch näher zu erörternden »Verbindungstheorien« – herangezogen werden. Als Grundlage einer »Einheitstheorie«, also als *ausschließlicher* Inhalt der Konkretisierung von Generalklauseln, kommen sie hingegen unter keinen Umständen in Betracht.²¹

b) Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe

Damit stellt sich als nächstes die Frage, ob sich diese Schwierigkeiten vermeiden lassen, indem man die Generalklauseln gerade gegenteilig in erster Linie als Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe begreift. Zu deren Kreis zählen neben gesetzlichen Wertungen vor allem verfassungsrechtliche Prinzipien.²²

Für eine solche Sichtweise scheint zu sprechen, daß sie der modernen Anwendungspraxis der Generalklauseln auf den ersten Blick besser gerecht wird als der Gedanke einer Verweisung auf außerrechtliche Normen. So haben die meisten modernen Anwendungsfälle der Guten Sitten oder von Treu und Glauben kaum noch etwas mit Sozialethik oder Verkehrssitte zu tun, sondern beruhen stattdessen – wie vor allem die ständig zunehmende Bedeutung der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten zeigt – meist auf der Verwirklichung genuin rechtlicher bzw. verfassungsrechtlicher Wertungen.²³ Insgesamt läßt sich also die Feststellung treffen, daß die Funktion der Generalklauseln als spezifisch *rechtliche* Grenze der Privatautonomie während der letzten Jahrzehnte in den Vordergrund getreten ist und deren Bedeutung als Ansatzpunkt *moralischer* Wertungen zunehmend verdrängt hat.²⁴

len und die jeweilige Staatsauffassung und Gesellschaftsmoral zur ewigen Sittlichkeit erheben.« Kritisch insoweit auch *Rother*, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), 498, 499, 501. Zum Leerformelcharakter der »Anstandsformel« vgl. ferner oben § 4 I 1 a) mit Fn. 45.

²¹ So im Ergebnis zurecht auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 50 f.; *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 199 ff.; *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 1.

²² Vgl. vor allem *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 162 ff., 174 und *passim* sowie im Anschluß daran *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, S. 197; ferner *Pawlowski*, ARSP 50 (1964), 503, 513; *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 1969, § 44 III, S. 452. Weitaus größer ist noch die Gruppe der Autoren, die innerrechtlichen Maßstäben zwar nicht ausschließliche, aber doch primäre Bedeutung bei der Konkretisierung zuerkennen; vgl. etwa *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 203 ff.; *ders.*, Methodenlehre, S. 583 f.; *Canaris*, ZAS 1970, 147; *ders.*, AcP 184 (1984), 201; *Mayer-Maly*, AcP 194 (1994), 105, 137; vgl. noch näher unten § 6 I 1 d). Weit verbreitet ist eine rein innerrechtliche Interpretation der Guten Sitten auch im österreichischen Recht; vgl. dazu *Mayer-Maly*, Bewegliches System und Konkretisierung der Guten Sitten, in: *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 117, 121 f.

²³ Ähnlich auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 37 ff.; *Wiethölter*, Rechtswissenschaft, S. 197.

²⁴ Ebenso vor allem *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 37 ff., 56 ff.

Am konsequentesten wurde dieser Gedanke im Bereich der Guten Sitten von *Simitis* vertreten, dem der Nachweis gelang, daß Funktion und Anwendungsbereich der Guten Sitten im deutschen Privatrecht weitgehend denen der »public policy« des angloamerikanischen Rechtskreises sowie des französischen »ordre public« entsprechen,²⁵ so daß statt von »Guten Sitten« treffender von »öffentlicher Ordnung« zu sprechen wäre, deren Maßstab positives Gesetz, richterliches Fallrecht und verfassungsrechtliche Wertungen bilden.²⁶ Im Anschluß an *Simitis* wurde dieser Gedanke vereinzelt sogar dahingehend zugespitzt, daß der Gehalt der Guten Sitten *ausschließlich* an verfassungsrechtlichen Wertungen zu messen sei, und entsprechend läßt sich unter Verweis auf die Bedeutung der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auch im Bereich von Treu und Glauben argumentieren.²⁷ In jüngerer Zeit hat schließlich vor allem *Heinrich* den Gedanken der Konkretisierung durch Rechtsprinzipien in den Mittelpunkt seiner Generalklauseltheorie gestellt.²⁸

Dennoch ist auch diese Sichtweise als allgemeine Konkretisierungstheorie kaum tragfähig. Betrachtet man zunächst *Simitis*' Theorie, so stehen bereits dieser erhebliche Einwände entgegen: zum einen ist durch die Interpretation der »Guten Sitten« als »öffentliche Ordnung«, die letztlich nur einen unbestimmten Rechtsbegriff durch einen anderen ersetzt, nicht viel gewonnen;²⁹ zum anderen birgt eine derartige Verrechtlichung und vor allem Konstitutionalisierung des Maßstabs der Guten Sitten jedoch die ernstzunehmende Gefahr übermäßiger Einschränkung der Privatautonomie durch kontinuierliche Erhöhung der verfassungsrechtlichen Kontrolldichte im Privatrechtsverkehr.³⁰

²⁵ Vgl. *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, 1960, S. 162 ff. und *passim*.

²⁶ Nach *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, S. 174, ist unter »ordre public« »das den Prinzipien der Rechtsordnung gemäße Wirken des ›Sinnganzens‹ im Rechtsinstitut« zu verstehen, so daß Rechtsgeschäfte gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoßen, soweit sie »das den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemäße Wirken der Rechtsinstitute beeinträchtigen.« Bemerkenswert ist *Simitis*' Ansatz vor allem deshalb, weil § 106 E I – die Vorläufervorschrift zu § 138 Abs. 1 BGB im Ersten Entwurf – neben den Guten Sitten ausdrücklich auch auf die »öffentliche Ordnung« Bezug nahm, »weil der Inhalt eines Rechtsgeschäfts nicht bloß gegen die moralischen Interessen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstoßen kann und ein Verstoß gegen die letzteren nicht immer einen Verstoß gegen die ersteren enthält« (Motive, Bd. I, S. 211). Das Bedürfnis nach einer entsprechenden Verweisung auf *innerrechtliche* Normen wurde also – unabhängig davon, daß die Verweisung auf die öffentliche Ordnung schließlich keinen Eingang in das Gesetz gefunden hat – bereits von den Verfassern des BGB erkannt; vgl. dazu auch *Simitis*, Gute Sitten und ordre public, S. 170.

²⁷ So in der Tat *Ramm*, Einführung in das Privatrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, § 44 III, S. 452.

²⁸ Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 327, 329 ff. und *passim*.

²⁹ Diese Gefahr sieht *Simitis* selbst; vgl. Gute Sitten und ordre public, S. 198 ff.; ebenso auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 39.

³⁰ Vgl. etwa *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 39 sowie die vehemente Kritik von *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35, 55 ff.; *Zöllner*, Privatrechtsgesellschaft, S. 15 f., 38 f.; *dems.*, AcP 196 (1996), 1, 2 ff. sowie *Diederichsen*,

Darüber hinaus spricht gegen den Gedanken rein rechtlicher Konkretisierung der Generalklauseln jedoch ganz allgemein, daß er deren Funktion letztlich ebensowenig *abschließend* gerecht wird wie die bereits erörterten außerrechtlichen Konkretisierungstheorien, denn die Generalklauseln wären überflüssig, wenn sie nur die Funktion hätten, solchen Wertungen zur Geltung zu verhelfen, die ohnehin Bestandteil der Rechtsordnung sind und damit auch im Wege allgemeiner Auslegung und Rechtsfortbildung zur Anwendung kommen können. So hat etwa *Canaris* zurecht darauf hingewiesen, daß die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte keineswegs nur im Bereich der Generalklauseln, sondern auch im Bereich aller anderen Privatrechtsnormen zu berücksichtigen ist³¹ – gäbe es den Ansatzpunkt der Generalklauseln nicht, wäre es also ohne weiteres möglich, die Wertungen des Grundgesetzes auch an anderer Stelle zur Geltung zu bringen. Für den Bedeutungsgehalt der Generalklauseln können sie damit jedenfalls nicht allein maßgeblich sein.

c) Verweisung auf die »richterliche Eigenwertung«

Die Grundlage der Konkretisierung der Generalklauseln muß also, wie auch im Schrifttum erkannt wird, noch in etwas anderem liegen als in außer- oder innerrechtlichen Wertungen. In Betracht kommt nun – folgt man der üblichen Diskussion – nur noch ein dritter Verweisungsgegenstand: nämlich die richterliche Eigenwertung selbst.³² Der Inhalt der Generalklauseln läge danach also in deren Ermächtigung an den Richter, nach freiem Ermessen zu entscheiden. Offenbar entspricht dieser Gedanke seiner Struktur nach genau den »Delegations«- bzw. »Ermächtigungstheorien«, die bereits oben im Zusammenhang der Debatte über den Begriff der Generalklausel erörtert wurden.³³ Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Ermächtigungsgedanke hier nicht im Gewande einer Theorie über den Generalklauselbegriff, sondern in dem einer Konkretisierungstheorie erscheint.

Doch gerade in diesem Gewande zeigt sich die wissenschaftliche Unfruchtbarkeit des Delegationsgedankens besonders deutlich, so daß es kaum verwundert, daß das Schrifttum – vertreten etwa durch *Canaris*, *Bydlinski* und *Teubner* – ihm in diesem Zusammenhang mit noch größerer Reserve begegnet und ihn allenfalls neben anderen Kriterien als subsidiäre Grundlage der Konkretisierung heranzieht:³⁴ denn was ist durch die blankettartige Umschreibung der

Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171, 209 ff., 218 ff., 236 ff., 242 ff.

³¹ Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 222 ff., 232 ff.

³² Vgl. zu dieser Darstellungsweise der Problematik etwa *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 42 ff.; ähnlich auch *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 189, 203 f.; *Canaris*, ZAS 1970, 147.

³³ Oben § 5 I 1 c).

³⁴ Vgl. *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109 ff.; *Bydlinski*, in:

»richterlichen Eigenwertung« schon im Hinblick auf das Ziel der *inhaltlichen* Präzisierung der Generalklauseln gewonnen?! Den »Inhalt« der Generalklausel pauschal mit dem auf seiner Grundlage gewährten freien Ermessen gleichzusetzen, kommt vielmehr geradezu der Selbstverneinung einer Inhaltstheorie gleich, deren Leerformelcharakter nur die offenbare Hilflosigkeit des Schrifttums in Anbetracht der Unmöglichkeit vollständiger Rationalisierung der Generalklauselanwendung zeigt.³⁵ Darüber hinaus ist der Delegationsgedanke auch hier wieder dem Einwand ausgesetzt, daß er letztlich auf eine bloße Scheinrationalisierung des auf der Grundlage der Generalklauseln entstehenden Richterrechts hinausläuft.³⁶

Wieder entsteht also ein Dilemma, denn einerseits scheint es kaum möglich zu sein, den offenen und wandelbaren Inhalt der Generalklauseln ohne Hinweis auf die unumgängliche Bedeutung richterlicher Eigenwertung zu umschreiben; andererseits verfehlt jedoch gerade diese Umschreibung wieder das oben erörterte Ziel der Konkretisierung: nämlich genau diese Offenheit zu begrenzen und mit konkretem Inhalt auszufüllen.

d) »Verbindungstheorien«: Kombination mehrerer Ansätze als Grundlage einer tragfähigen Konkretisierung?

Insgesamt haben die bisherigen Ausführungen also gezeigt, daß sich weder der Gedanke einer Verweisung auf rein außerrechtliche, noch auf rein innerrechtliche Wertungen, noch schließlich auf die bloße richterliche Eigenwertung als Grundlage einer umfassenden inhaltlichen Konkretisierungstheorie eignet. Im Schrifttum hatte diese Einsicht nun ähnlich wie im Zusammenhang der Definition des Generalklauselbegriffs die Entstehung von »Verbindungstheorien« zur Folge, deren Ziel auch hier darin besteht, durch die Verbindung und gegenseitige Ergänzung mehrerer Kriterien deren jeweilige Schwächen zu kompensieren und damit zu einem insgesamt brauchbaren Ansatz zu gelangen.³⁷

Wieacker-Symposion, S. 189, 203 f.; *ders.*, Methodenlehre, S. 883 f.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 106 ff.

³⁵ Vgl. treffend in diesem Sinne bereits *Kantorowicz*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 39 f.; kritisch auch *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 200.

³⁶ Vgl. bereits oben § 5 I 1 c).

³⁷ Vgl. vor allem die elaborierten Ansätze von *Canaris*, ZAS 1970, 147 sowie *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 203 f.; ferner *Larenz*, JJB. 7 (1966/7), 98, 104 ff., 109 ff. (Verbindung von Sozialmoral und Rechtskontrolle) sowie *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 90 ff. (Verbindung von sozialen Normen und Rechtskontrolle). Darüber hinaus dominiert der Gedanke der Verbindungstheorien jedenfalls insoweit im gesamten modernen Schrifttum, als inzwischen fast allgemein anerkannt ist, daß zur Konkretisierung von Generalklauseln nicht nur auf Sozialmoral und Verkehrssitte, sondern vor allem auch auf grundrechtliche Wertungen abzustellen ist. Vgl. repräsentativ etwa *Staudinger-Sack*, Neubearbeitung 2003, § 138 Rz. 18 ff., 39 ff.; *Palandt-Heinrichs*, § 138 Rz. 2, 3, § 242 Rz. 3 ff., 7 ff.; *Mayer-Maly*, in: *Bydlinski/Krejci*

Allen Verbindungstheorien gemeinsam ist zunächst das Bestreben, außerrechtliche Normen nur unter dem Vorbehalt ihrer Vereinbarkeit mit Rechtsgrundsätzen zur Anwendung zu bringen. In diesem Sinne spricht etwa *Larenz* den Guten Sitten »doppelte Hinweisfunktion« auf die Sozialmoral einerseits und Grundsätze der Rechtsordnung andererseits zu, erkennt den Inhalt der Sozialmoral also nur insoweit als bindend an, als dieser mit rechtlichen Grundwertungen im Einklang steht.³⁸ Ähnlich verbindet auch *Teubner* im Rahmen seines bereits erwähnten Drei-Schichten-Modells der Guten Sitten soziale Normen und rechtliche Grundsätze, indem er die auf soziale Normen bezogene »Rezeptionsfunktion« der Gute-Sitten-Klauseln ausdrücklich unter den Vorbehalt juristischer Kontrolle stellt.³⁹

Eine zweite Gemeinsamkeit der meisten Verbindungstheorien besteht ferner darin, die richterliche Eigenwertung als Verweisungsgegenstand der Generalklauseln so weit wie möglich zurückzudrängen oder zumindest einzuschränken. So hält etwa *Teubner* eine rechtsgestaltende Mitwirkung oder gar freie Rechtsgestaltung durch den Richter nur insoweit für legitim, als soziale Normen als primärer Verweisungsgegenstand der Guten Sitten nicht oder nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung stehen und deren »Rezeptionsfunktion« damit nicht zum Tragen kommen kann.⁴⁰

Noch deutlicher wird diese Beschränkung richterlicher Eigenwertung sowie die Begrenzung des Einflusses außerrechtlicher Normen bei *Canaris*.⁴¹ Dessen Konkretisierungstheorie beruht auf der Vorstellung einer klaren Rangfolge zwischen vier Bewertungskriterien: danach sind primär gesetzliche, vor allem verfassungsrechtliche Wertungen und subsidiär rechtsethische Maximen sowie das »allgemeine Rechtsbewußtsein« heranzuziehen, während es auf außerrechtliche Kriterien wie die Verkehrssitte erst an dritter Stelle und auch nur insoweit ankommen soll, als diese mit den Wertungen der Rechtsordnung vereinbar sind. Versagt auch dieses Kriterium, ist nach Ansicht von *Canaris* erst auf letzter Stufe auf die richterliche Eigenwertung abzustellen, wobei der Richter auch insoweit »sein Urteil nicht nach subjektivem Belieben« bilden dürfe, sondern nach einer Entscheidung suchen müsse, »die Aussicht auf eine möglichst weitgehende Zustimmung hat«. ⁴² Ähnlich differenziert auch *Bydlinski* zwi-

Schilcher/Steininger (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 117, 120 ff.; *Steindorff*, in: *Summum ius summa iniuria*, S. 58, 78.

³⁸ Vgl. *Larenz*, JJB. 7 (1966/7), 98, 104 ff., 109 ff.; *ders.*, Methodenlehre, S. 288 ff.; dazu auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 27 f.

³⁹ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 90 ff. Zu einer näheren Erläuterung von *Teubners* Funktionstrias der Guten Sitten (Rezeptions-, Transformations- und Delegationsfunktion) vgl. oben § 5 I 2 mit Fn. 43.

⁴⁰ Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 99 ff., 106 ff. (Transformations- bzw. Delegationsfunktion).

⁴¹ ZAS 1970, 147.

⁴² *Canaris*, ZAS 1970, 147.

schen gesetzlichen Grundwertungen, rechtsethischen Prinzipien, Regeln der Verkehrssitte, sozialemischen Anschauungen und richterlicher Eigenwertung.⁴³ *Heinrich* schließlich unterscheidet zwischen Grundprinzipien der Rechtsordnung, spezifischen Leitgedanken des in Frage stehenden Rechtssatzes, Topik, Typenlehre und Präjudizien als nacheinander zur Anwendung zu bringenden Konkretisierungsmaßstäben.⁴⁴

Fragt man nun, ob auf der Grundlage derartiger Verbindungstheorien eine tragfähige Konkretisierung der Generalklauseln möglich ist, so kommen die zuletzt genannten Ansätze von *Canaris*, *Bydlinski* und *Heinrich* diesem Ziel sicherlich näher als alle zuvor erörterten Einheitstheorien. Zum einen liefern sie – anders als die bereits erörterten Verbindungstheorien im Rahmen der Definition des Begriffs der Generalklausel – tatsächlich brauchbare Ansätze, um die Schwächen einzelner Verweisungsgegenstände zu kompensieren. Besonders deutlich zeigt sich dies etwa an der Verbindung außerrechtlicher Normen mit dem Vorbehalt rechtlicher Überprüfung.⁴⁵ Zum anderen werden sie auch der offenen Verweisungsstruktur der Generalklauseln – also deren »Wertausfüllungsbedürftigkeit« – besser gerecht, indem sie jeweils gleich vier oder fünf mögliche Verweisungsgegenstände kumulativ zur Anwendung bringen und damit im Gegensatz zu den Einheitstheorien nicht bereits von vornherein zu einer mit der charakteristischen Offenheit der Generalklauseln nicht zu vereinbarenden Inhaltsbeschränkung führen.⁴⁶

Gerade aus letzterem folgt jedoch, daß sich der Inhalt der Generalklauseln auch auf der Grundlage derartiger Verbindungstheorien niemals vollständig bestimmen läßt, denn Konsequenz der inhaltlichen Offenheit der Generalklauseln ist es ja gerade, daß sich die im Zusammenhang ihrer Konkretisierung potentiell relevanten Wertungen *niemals* abschließend aufzählen oder kategorisieren lassen.⁴⁷ Das bedeutet also, daß letztlich *keine* Theorie, die auf einer derartigen Aufzählung beruht – und sei sie auch so elaboriert wie die zuletzt erörterten Ansätze – der *gesamten* inhaltlichen Spannweite der im Rahmen der Generalklauseln potentiell relevanten Wertungen gerecht werden kann. Dies

⁴³ Vgl. *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 189, 203 f. Dabei entspricht diese Theorie mit Ausnahme der eher terminologischen Trennung zwischen den Stufen der »Verkehrssitte« und der »sozialemischen Anschauungen der beteiligten Kreise« der Ansicht von *Canaris* in ZAS 1970, 147.

⁴⁴ Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 329 ff., 335, 369 und *passim*.

⁴⁵ Ausdrücklich in diesem Sinne etwa *Canaris*, ZAS 1970, 147 im Anschluß an *Larenz*, Methodenlehre, S. 289; kritisch im Hinblick auf die Beliebigkeit der Anwendung derartiger Merkmalskombinationen in der Rechtsprechung des BGH jedoch *Haberstumpf*, Die Formel vom Anstandsgefühl, S. 66 ff., 73 ff.

⁴⁶ Darin liegt letztlich der Kern des Gedankens der »Wertausfüllungsbedürftigkeit« nach *Canaris*, Systemdenken, S. 82 sowie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 109.

⁴⁷ So etwa treffend *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 80 III 2, S. 519 im Zusammenhang der Ablehnung der Generalklausel-eigenschaft des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.

zeigte sich etwa an der oben erörterten Bedeutung ökonomischer Argumente im Zusammenhang der Materialisierung des Privatrechts.⁴⁸ Dabei handelte es sich um Gesichtspunkte, die weder dem Kreis »rechtlicher« noch dem »sozial-ethischer« Wertungen zuzurechnen waren, an deren Gültigkeit und Fruchtbarkeit im Rahmen der Konkretisierung von Generalklauseln aber dennoch kein Zweifel bestehen konnte.

Letztlich führen also auch die Verbindungstheorien in ein Dilemma: einerseits bedarf es zur inhaltlichen Präzisierung der Generalklauseln notwendig der Benennung und Eingrenzung ihres Inhalts, andererseits ist jedoch gerade ein Übermaß an Eingrenzung mit ihrer charakteristischen Offenheit nicht vereinbar. Eine weitgehende oder gar auf Vollständigkeit zielende inhaltliche Konkretisierung ist also nicht möglich, ohne sich mit dem offenen Verweisungscharakter der Generalklauseln in Widerspruch zu setzen.

2. »Verfahrenstheorien« – Ansätze zum zulässigen methodologischen Vorgehen bei der Konkretisierung von Generalklauseln

In Anbetracht dessen liegt es nahe, sich dem Ziel der Konkretisierung nicht auf inhaltlichem, sondern stattdessen auf *prozeduralem* Wege anzunähern, also zu versuchen, die Anwendung der Generalklauseln durch die Aufstellung inhaltsneutraler Verfahrensregeln zu rationalisieren und dadurch das Problem der Unauflösbarkeit ihrer inhaltlichen Offenheit zu umgehen.⁴⁹ Zum Kreis derartiger Ansätze gehört zunächst der Gedanke, daß die hergebrachten Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auch im Rahmen der Generalklauseln Gültigkeit besitzen.⁵⁰ Daneben spielen im vorliegenden Zusammenhang auch die bereits oben erörterten neueren Entwicklungen der Methodenlehre eine Rolle: so werden etwa Argumentations- und Abwägungstheorien, vor allem jedoch der Gedanke der Präjudizienbindung auch als potentielle Grundlage der Konkretisierung von Generalklauseln diskutiert.⁵¹

⁴⁸ Etwa im Hinblick auf die ökonomischen Folgewirkungen (Verknappung, Quersubventionierungseffekte) der Einführung verbraucher-schützender Widerrufsrechte oder vertraglicher Informationspflichten; dazu oben § 1 II 3 a), d).

⁴⁹ Dabei liegt die gedankliche Nähe zum entsprechenden Umbruch des Gerechtigkeitsdenkens – von materialen zu prozeduralen Gerechtigkeitskonzeptionen – auf der Hand; vgl. oben § 1 II 3 b).

⁵⁰ Dieser Gedanke ist implizit enthalten bei *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 584 f.

⁵¹ Repräsentativ etwa *Canaris*, Systemdenken, S. 152 f.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258.

a) Anwendung der allgemeinen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

Naheliegender ist zunächst der Ansatz, die Rechtsfortbildung auf der Grundlage der Generalklauseln schlicht den allgemeinen Rechtsfortbildungsgrenzen oder einem entsprechenden Maßstab zu unterwerfen. Einen solchen Versuch bildet vor allem der von *Bydlinski* entwickelte »systematische Test«, wonach erwogene Konkretisierungen stets daraufhin zu überprüfen sind, ob sie sich ohne Widerspruch in die geltende Rechtsordnung einfügen lassen, sich also insbesondere nicht mit präziseren gesetzlichen Regeln in Widerspruch setzen dürfen.⁵²

Hintergrund dieses »systematischen Tests« ist dabei der Gedanke, daß die Generalklauseln – als reine »Blankettnormen« – trotz ihres formalen Geltungsanspruchs keine mit anderen Normen vergleichbare Legitimationswirkung entfalten, so daß Rechtsschöpfung auf der Grundlage der Generalklauseln so zu behandeln sei, als ob diese gar nicht existierten; ja als vollzöge sie sich nicht innerhalb, sondern *außerhalb* der durch den Wortsinn des Gesetzes abgesteckten »lex-lata-Grenze« zwischen Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung: »Globale gesetzliche Verweisungen wie Generalklauseln, die genauere Regelungen bloß ergänzen, dürfen ja nicht dahin verstanden werden, daß sie dazu ermächtigen, andernorts getroffene konkrete Entscheidungen des Gesetzes zu durchkreuzen. Was in gesetzlichen Einzelnormen gerade so gemeint angeordnet ist, bildet de lege lata eine Grenze der Rechtsfindung aus Generalklauseln.«⁵³

Konsequent zu Ende gedacht, folgt daraus also letztlich die Anwendbarkeit der allgemeinen Grenzen gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung; und in der Tat bilden diese in Anbetracht ihrer Ähnlichkeit mit *Bydlinskis* »systematischem Test« wohl dessen eigentlichen Hintergrund. So ist die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung etwa nach Ansicht von *Larenz* und *Canaris* – wie gesehen – insoweit zulässig, als sie sich nicht mit geltendem Recht in Widerspruch setzt und zudem durch spezifisch rechtliche Kriterien legitimiert wird.⁵⁴ Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wäre es also ebenso wie nach *Bydlinskis* »systematischem Test« unzulässig, auf der Grundlage der Generalklauseln bestehendes Gesetzesrecht zu derogieren, also unter bloßer Berufung auf eine Generalklausel *contra legem* zu entscheiden. Danach wäre also etwa die Durchbre-

⁵² Vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 584 f.

⁵³ »Was in gesetzlichen Einzelnormen deutlich und in den Anwendungsergebnissen gerade so gemeint angeordnet ist, bildet de lege lata eine Grenze der Rechtsfindung aus Generalklauseln.« So *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 213 f.; dort (S. 213) sogar ausdrücklich dazu, daß die lex-lata-Grenze auf Generalklauseln »der Besonderheit dieses Normtyps entsprechend« nicht anwendbar sei. Denkt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, erschließt sich auch der tiefere Gehalt der mißverständlichen, aber dennoch gelegentlich anzutreffenden Umschreibung der Generalklauseln als »Lücken intra legem«; vgl. etwa *Kramer*, Methodenlehre, S. 133, 140 m.w.N.; *Meier-Hayoz*, Der Richter als Gesetzgeber, 1951, S. 64; *ders.*, Lücken intra legem, in: Festschrift Germann, 1969, S. 149, 158.

⁵⁴ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 246.

chung des Nominalwertgrundsatzes auf der Grundlage von § 242 BGB als unzulässige Überschreitung der richterlichen Kompetenz zur Rechtsfortbildung abzulehnen gewesen.⁵⁵

Doch ist die Anwendung der allgemeinen Rechtsfortbildungsschranken im Rahmen der Generalklauseln wirklich tragfähig? Erwägenswert ist dies von vornherein nur dann, wenn man sich den von *Bydlinski* dargelegten Standpunkt zueigen macht, daß die Rechtsschöpfung auf der Grundlage der Generalklauseln ebenso wie die gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung zu behandeln sei. Dem ist nun zwar insoweit zu folgen, als das bloße blankettartige Zitat einer Generalklausel die sachliche Begründung einer richterlichen Rechtsfortbildung tatsächlich nicht ersetzen kann.⁵⁶ Doch daraus zu schließen, daß die Generalklauseln überhaupt keine eigenständige Legitimationswirkung innerhalb des Rechtsfortbildungsprozesses besäßen, erscheint als ebenso fragwürdig wie der genau umgekehrte Fehlschluß des Delegationsgedankens, daß diese stets gegeben sei: denn dies hätte letztlich zur Folge, daß die Generalklauseln als Bestandteil der Rechtsordnung entbehrlich wären; ein Schluß, der jedoch in Anbetracht ihrer unbestreitbaren faktischen Bedeutung als Ausgangspunkt richterlicher Rechtsschöpfung nicht überzeugen kann.⁵⁷

Nach hier vertretener Ansicht zwingt diese faktische Bedeutung vielmehr zu dem Schluß, daß die Generalklauseln letztlich *unabhängig* davon, ob sich ihre Anwendung innerhalb der Grenzen der hergebrachten Methodenlehre bewegt, eine eigenständige, wenngleich *nicht* durch das herkömmliche Legitimationsmodell der Gesetzesbindung zu erfassende Funktion im Rechtsfindungsprozeß besitzen. Worin diese im einzelnen besteht, wird im folgenden noch näher zu erörtern sein;⁵⁸ zunächst ist jedoch festzuhalten, daß die Anwendung der hergebrachten Rechtsfortbildungsschranken ihr jedenfalls nicht entspricht.

⁵⁵ Anders *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 252; dazu bereits oben § 3 II 1 a), b).

⁵⁶ Dies entspricht selbstverständlicher allgemeiner Überzeugung; vgl. etwa *Brecher*, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift Nikisch, 1958, S. 227, 232; *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 193; *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 45.

⁵⁷ So aber *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung, S. 45: »Einerseits kann zur Legitimierung der Derogation einer gesetzgeberischen Entscheidung die Berufung auf § 242 BGB nicht hinreichen; dazu bedarf es vielmehr einer weitergehenden Begründung, deren Inhalt § 242 BGB nicht entnommen werden kann. Andererseits wäre im Falle der Erfüllung dieser Begründungsanforderungen eine gesetzesderogatorische Rechtsfindung auch dann legitimierbar, wenn eine Regelung wie die des § 242 BGB nicht Bestandteil des positiven Rechts wäre.« Dieser Schluß geht jedoch an der Funktion der Generalklauseln als historischem Ansatzpunkt des privatrechtlichen Wertungsausgleichs vorbei, die sich gerade *nicht* in das herkömmliche Legitimationsmodell der Gesetzesbindung einfügen läßt; vgl. insoweit zurecht *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 42 ff.

⁵⁸ Eben dieser versuchte *Wieacker* durch den berühmten Ausspruch von der »Geburts-hilfe«- bzw. »Eselsbrückenfunktion« von § 242 BGB gerecht zu werden; vgl. *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 43; dazu noch unten § 6 I 3 a).

b) *Prozedurale Konkretisierung der Generalklauseln durch Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien*

In Anbetracht der Unfruchtbarkeit der hergebrachten Rechtsfortbildungsregeln versuchen nun Teile des Schrifttums, der Konkretisierungsproblematik stattdessen auf der Grundlage der bereits erörterten Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien gerecht zu werden. Paradigmatisch ist insoweit etwa *Canaris'* Gedanke,⁵⁹ die der Offenheit der Generalklauseln entgegenwirkenden Systematisierungstendenzen auf der Grundlage einer Kombination zwischen *Wilburgs* »beweglichem System«⁶⁰, der Lehre vom »typologischen Denken«⁶¹ sowie der »Topik« im Sinne *Viehwegs*⁶² zu beschreiben. Danach vollzieht sich die Konkretisierung von Generalklauseln »weitgehend durch Typenbildung, ja z.T. durch klare Tatbestandsbildung und drängt dadurch zur systematischen Verfestigung«, so daß sich schließlich »ein Zusammenspiel von festem Tatbestand, beweglichem Tatbestand i.S. *Wilburgs* und gänzlich offenem, nur topisch zu erfassenden Restbereich« ergibt.⁶³ Ähnlich stellt auch *Heinrich* den Gedanken des beweglichen bzw. »flexiblen« Systems in den Mittelpunkt

⁵⁹ Vgl. *Canaris*, Systemdenken, S. 81 ff., 150 ff., insbes. 152.

⁶⁰ Vgl. *Wilburg*, Bewegliches System, S. 4 ff.; dazu oben § 3 II 3 a) mit Fn. 75. Speziell zu dessen Heranziehung im Rahmen der Konkretisierung der Guten Sitten vgl. auch *Mayer-Maly*, in: *Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, S. 117 ff.; *ders.*, JuS 1986, 596, 597.

⁶¹ Vgl. zur Verwendung des Typusbegriffs in der Rechtswissenschaft *Larenz*, Methodenlehre, S. 461 ff. sowie übereinstimmend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 290 ff.; *Engisch*, Idee der Konkretisierung, S. 237 ff.; *H. J. Wolff*, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, in: *Studium Generale V* (1952), 195 ff.; zusammenfassend *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 324 f.; *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, 1971, S. 25 ff.; *Strache*, Das Denken in Standards, 1968, S. 19 ff. Danach zeichnen sich – stark vereinfacht – sämtliche Typusbegriffe, d.h. empirische »Realtypen« ebenso wie normative oder logische »Idealtypen« im Sinne *Max Webers* durch Eigenschaften wie »Offenheit«, »Abstufbarkeit«, »Sinnhaftigkeit«, »Ganzheitlichkeit« und »Anschaulichkeit« aus, stellen im Gegensatz zu starren Begriffen also »elastische Merkmalsgefüge« dar (*Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 34, 48). Nahe verwandt ist der Typusbegriff damit nicht nur mit dem beweglichen System, sondern vor allem mit dem angloamerikanischen Begriff des »Standard« als Verweisung auf »typische« Anschauungen und Verhaltensweisen des normalen Verkehrs und damit wiederum mit Verkehrssitte und Sozialmoral (vgl. *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 96 ff.; *Pound*, Philosophy of Law, S. 57 ff.; ferner *Strache*, Denken in Standards, S. 9 ff.); andererseits aber auch mit dem »konkret-allgemeinen Begriffsdenken« des Neuhegelianismus und der NS-Zeit (etwa bei *Larenz*, Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, S. 45 ff.); vgl. insoweit kritisch *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 85 ff. sowie insbes. 204 ff., 208 (»sechzehnte Lehre« aus der NS-Zeit).

⁶² Vgl. *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz, S. 13 ff., 81 ff., 95 ff. zur hier nicht näher zu erörternden These der »topischen« statt »axiomatischen« Struktur des Rechtsdenkens; dazu aus der umfangreichen, meist kritischen Literatur etwa *Canaris*, Systemdenken, S. 135 ff.; *Wieacker*, in: *Festschrift Weber*, S. 421, 433 ff.

⁶³ *Canaris*, Systemdenken, S. 152.

seiner Konkretisierungsüberlegungen:⁶⁴ »Die Generalklauseln sind anhand der durch sie ausgedrückten spezifischen Wertungen ... zu konkretisieren. Die Wertungen sind nach den Regeln des flexiblen Systems abzuwägen, auszugleichen und anzuwenden. Topik, Typenlehre sowie Präjudizien bilden ein Reservoir an möglichen Hilfsüberlegungen, mit deren Unterstützung gegebenenfalls weitere Erkenntnisse sachgerecht in die Abwägung einbezogen werden können.«⁶⁵

Vor allem bewegliches System und Typusbegriff – also der Gedanke des »Normalen«, »Erwarteten«, »Charakteristischen«⁶⁶ – werden dabei also gezielt als methodologische »Zwischenstufen«⁶⁷ zwischen festem Tatbestand einerseits und offener Generalklausel andererseits eingesetzt, um die Generalklauseln auf »mittlerer Höhe« zu konkretisieren und damit den Anforderungen der Rechtsicherheit und Richterbindung gerecht zu werden, ohne gleichzeitig die Vorzüge der Einzelfallgerechtigkeit und Richterfreiheit völlig aufgeben zu müssen. So trägt etwa das bewegliche System, wie *Canaris* treffend erkennt, beiden entgegengesetzten Bedürfnissen Rechnung, indem es einerseits »die maßgeblichen Gerechtigkeitskriterien *allgemein* festlegt«, andererseits jedoch »die konkrete Rechtsfolge vom Zusammenwirken dieser Gesichtspunkte *im Einzelfall* abhängig macht«.⁶⁸ Als Element der Konkretisierung von Generalklauseln scheinen Argumentations- und Abwägungstheorien also – wie etwa das Beispiel des »beweglichen« Tatbestands der Verwirkung im Rahmen von § 242 BGB zeigt –⁶⁹ die Bestimmtheit der Rechtsanwendung zu erhöhen, ohne zugleich deren Flexibilität zu zerstören und damit fruchtbare Ansätze zu einer Lösung der Konkretisierungsproblematik zu liefern.⁷⁰

Entsprechendes gilt in sogar noch größerem Maße für den Gedanken, daß die zunehmende Herausbildung richterrechtlicher Regeln und Fallgruppen im

⁶⁴ Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 205 ff., insbes. 210 ff., 315 ff., 336 ff.

⁶⁵ *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 335.

⁶⁶ Am deutlichsten tritt dieser die Erscheinungswelt durch den Gedanken des »Normalen« strukturierende Aspekt des Typusgedankens an der erwähnten Verbindung mit dem Begriff des »Standards« als »in der sozialen Wirklichkeit akzeptierter Normalmaßstab korrekten sozialen Verhaltens« hervor; vgl. *Strache*, Denken in Standards, S. 16; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 293; dazu weiterführend auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 48 f., der den in diesem Sinne verstandenen »Standard«-Begriff zum methodischen Ausgangspunkt seiner Konkretisierungstheorie macht.

⁶⁷ So ausdrücklich auch *Canaris*, Systemdenken, S. 82, 84.

⁶⁸ *Canaris*, Systemdenken, S. 83 sowie eindringlich S. 84.

⁶⁹ Dieses Beispiel stammt von *Canaris* selbst; vgl. Systemdenken, S. 152. Dabei handelt es sich insoweit um ein im Verhältnis zur übergreifenden Generalklausel des § 242 BGB stärker bestimmtes »bewegliches Teilsystem«, als die beiden Elemente des Verwirkungstatbestands – Zeit- und Umstandsmoment – feststehen und nur in ihrer Gewichtung variabel sind; vgl. etwa Palandt-*Heinrichs*, § 242 Rz. 93 ff.

⁷⁰ Ähnlich auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 335, 365 ff.

Rahmen der Konkretisierung der Generalklauseln eine wesentliche Rolle spielt.⁷¹ Tatsächlich entspricht es allgemeiner Anschauung, daß sich vor allem höchstrichterliche Präjudizien durch ständige weitere Bestätigung und Ausdifferenzierung nach und nach zu typischen Fallgruppen verfestigen können, die sich im Hinblick auf tatbestandliche Präzision, normative Begründungseignung und praktische Handhabung kaum mehr von gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen unterscheiden.⁷² Um dieser keineswegs nur faktischen, sondern gerade auch *normativen* Bedeutung des Richterrechts im Rahmen der Generalklauseln gerecht zu werden, scheint die Anerkennung von Präjudizienbindung im Sinne einer der bereits erörterten Theorien nahezuliegen. So hält etwa *Canaris* den oben dargelegten Ansatz *Bydlinski*s zur subsidiären Verbindlichkeit von Präjudizien für eine »überaus elegante Erklärung für die unbezweifelbare Tatsache, daß sich das geltende Recht trotz Gleichbleiben des Gesetzestexts durch den Prozeß seiner Anwendung ... ständig wandelt«, insbesondere also für den Umstand, »daß die richterliche Konkretisierung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen nach und nach zu deren normativer Verfestigung führt.«⁷³

Doch auch auf dieser Grundlage ist allenfalls eine partielle Konkretisierung der Generalklauseln erzielbar. Dies folgt im Fall der zuerst erörterten Ansätze des beweglichen Systems, des Typusgedankens usw. bereits aus deren eigenem Anspruch, der sich, wie gesehen, nur auf eine Konkretisierung auf »mittlerer« Höhe richtet, so daß das Ziel möglichst *weitgehender* Rationalisierung des Rechtsfindungsvorgangs auf ihrer Grundlage gerade nicht erreichbar ist.⁷⁴ Entsprechendes gilt jedoch auch für alle anderen bisher diskutierten Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien, da – wie bereits im dritten Teil

⁷¹ So bereits *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 36 ff.; ähnlich auch *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258; *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 191 ff.; *ders.*, Methodenlehre, S. 583; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 323 f.; *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 315 ff. und *passim*; *ders.*, AcP 201 (2001), 1, 16 ff., 19 ff.; *Beater*, AcP 194 (1994), 82 ff.; *Arzt*, Ansicht aller billig und gerecht Denkenden, S. 79; aus der Kommentarliteratur etwa *Staudinger-Sack*, Neubearbeitung 2003, § 138 Rz. 48 ff.; ablehnend, allerdings mit kaum tragfähigen Argumenten, dagegen *R. Weber*, AcP 192 (1992), 516 ff. sowie *ders.*, AcP 194 (1994), 90 ff.

⁷² Vgl. treffend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258.

⁷³ Vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 258 im Anschluß an *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 506 ff.

⁷⁴ So im Ergebnis auch *Canaris*, Systemdenken, S. 83 f., der das bewegliche System zwar als »besonders glücklichen«, aber dennoch bloßen »Kompromiß« zwischen den entgegengesetzten Anforderungen der Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit beschreibt. Vgl. auch *Esser*, AcP 172 (1972), 97, 114: »So mag man zu einer rechtspolitisch interessanten »middle range-theory« kommen, gewiß aber nicht zu einem System mit der unterstellten Verbindlichkeit.« Ähnlich letztlich auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 335, insbes. 365 f.: »Trotz aller methodischen Anstrengungen läßt sich allerdings keine den bestimmten Tatbeständen vergleichbare Fixierung der Rechtsanwendung erzielen.« Vgl. auch *ebd.*, S. 323 ff., zur lediglich deskriptiven Leistungsfähigkeit von Fallgruppen- und Typentheorien.

der Untersuchung erläutert – auch diese niemals eine vollständige methodologische Durchdringung der richterlichen Gestaltungsmacht erlauben.⁷⁵

3. »Funktionstheorien« – Ansätze zur Differenzierung zwischen verschiedenen Funktionsebenen als Grundlage der Konkretisierung von Generalklauseln

Dennoch ist auch in diesem Zusammenhang nicht zu bestreiten, daß etwa der Gedanke der Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen in der Praxis großen heuristischen Wert besitzt.⁷⁶ Diesen macht sich eine dritte Gruppe von Konkretisierungstheorien zunutze, die nicht auf den Inhalt oder das Verfahren der Konkretisierung, sondern stattdessen unmittelbar auf die *Funktion* der Generalklauseln abstellen und meist darauf zielen, diese durch Differenzierung zwischen verschiedenen auf richterrechtlichen Fallgruppen beruhenden »Funktionskreisen« näher zu präzisieren.

a) Funktionstheorien zu Treu und Glauben

Im Bereich von Treu und Glauben zählt hierzu vor allem die bereits erwähnte, ursprünglich auf *Siebert* zurückgehende und später vor allem von *Wieacker* weiterentwickelte Unterscheidung zwischen den drei Funktionsschichten der Begründung vertraglicher Nebenpflichten, des Verbots unzulässiger Rechtsausübung sowie schließlich – vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes – der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die in dieser oder ähnlicher Gestalt bis in die Gegenwart hinein die Grundlage der meisten Abhandlungen und Kommentare zu § 242 BGB bildet und deren Einfluß sogar über das deutsche Rechtsdenken hinausreicht.⁷⁷ Das besondere Verdienst *Wie-*

⁷⁵ Deshalb besitzt auch der vereinzelt erhobene gegenteilige Einwand, daß eine richterrechtliche Präzisierung der Generalklauseln gerade *umgekehrt* zu einem »Zuwiel« an Konkretisierung führen könne und daher mit deren offener Verweisungsstruktur nicht vereinbar sei, wenig Gewicht. Vgl. in diesem Sinne vor allem *R. Weber*, AcP 192 (1992), 516 ff. sowie *ders.*, AcP 194 (1994), 90 ff.; in der Tendenz ähnlich auch *AK-BGB-Teubner*, § 242 Rz. 4. Von Interesse ist dieser Einwand vom hier vertretenen Standpunkt aus allerdings insofern, als er eines der deutlichsten Beispiele dafür bildet, daß die Generalklauseldebatte Abbild der Wertungskonflikte des Privatrechtsdenkens ist: es liegt auf der Hand, daß das Ziel möglichst weitgehender Konkretisierung und der dadurch verwirklichte Gerechtigkeitsgesichtspunkt der Rechtsicherheit *stets* auf der Grundlage des gegenläufigen Interesses der Einzelfallgerechtigkeit angegriffen werden kann. Wäre dieses Argument im Schrifttum nicht bereits existent, wäre seine Formulierung geradezu aus Gründen argumentativer Logik geboten; vgl. *Auer*, ERPL 10 (2002), 279, 294 ff.

⁷⁶ Insoweit treffend *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 191 f. Zur historischen Bedeutung der Fallgruppenmethode vgl. *HKK-Haferkamp*, § 138 Rz. 3.

⁷⁷ Vgl. *Soergel-Siebert/Knopp*, 10. Aufl. 1967, § 242 Rz. 34 ff.; *Wieacker*, Zur rechtstheore-

ackers besteht dabei darin, diese Funktionsschichten mit den dadurch jeweils implizierten rechtstheoretischen Wirkungen der Berufung auf Treu und Glauben – *iuris civilis iuvandi, supplendi* oder *corrighendi gratia*, also gesetzeskonkretisierend, -ergänzend oder -korrigierend – in Verbindung gebracht zu haben.⁷⁸ danach wird der Richter im Rahmen der ersten Funktionsschicht – der Konkretisierung der vertraglichen Leistungspflicht – noch kraft seines *officium iudicis* im Rahmen der Ausfüllung des gesetzlichen Wertungsplans tätig, während er im Zusammenhang der Einschränkung gesetzlicher Rechte und Pflichten unter dem Aspekt rechtsmißbräuchlichen Verhaltens bereits rechtsergänzend, also *praeter legem* handelt. Im Bereich richterlicher Gesetzeskorrektur schließlich ist, wie vor allem die Entwicklung der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gezeigt hat, seine Gestaltungsmacht am größten: hier verwirklicht sich *contra legem* der Durchbruch zu neuem Richterrecht, in dessen Zusammenhang die Generalklausel – in *Wieackers* berühmten Worten – als »Eselsbrücke der richterlichen Rechtsschöpfung« fungiert.⁷⁹

Nun läßt sich bezweifeln, ob diese Funktionszuordnungen im einzelnen tragfähig sind. So ist etwa gegen *Wieackers* Darstellung der *officium iudicis*- und *praeter legem*-Funktionen einzuwenden, daß diese nicht hinreichend zwischen der Ergänzung bzw. Korrektur von Verträgen einerseits und Gesetzen andererseits sowie der damit jeweils verbundenen unterschiedlichen Argumentationslast unterscheidet. Ebenso geht auch die globale Identifikation der *contra legem*-Funktion von Treu und Glauben mit der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage über deren inzwischen weitgehend abgeschlossene und durch

tischen Präzisierung, S. 20 ff. sowie im Anschluß daran etwa MünchKomm-Roth, § 242, Rz. 119 ff., 141 ff., 338 ff., 589 ff. (Differenzierung zwischen »Konkretisierung von Rechten und Pflichten«, »Beschränkung von Rechten« und »Inhaltskorrektur und Aufhebung von Rechtsgeschäften«); Soergel-Teichmann, 12. Aufl. 1990, § 242 Rz. 11 ff., 58 ff. (»Begründung von Verpflichtungen zur Sicherung des Leistungszwecks« und »Abänderung von Rechten bei Undurchführbarkeit des ursprünglichen Leistungszwecks«, dabei gesonderte Behandlung des »Rechtsmißbrauchs«); Palandt-Heinrichs, § 242 Rz. 13, § 313 Rz. 1 ff. (»Konkretisierungs«-, »Ergänzungs«- und »Schrankenfunktion« unter Verlagerung der bisher die Lehre von Wegfall der Geschäftsgrundlage umfassenden »Korrekturfunktion« in § 313 BGB n.F.); vgl. zusammenfassend mit weiteren Varianten der Funktionstrias Staudinger-J. Schmidt, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 114 ff. Einfluß hatte das *Siebert-Wieackersche* Funktionsschichtenmodell auch auf die Präzisierung von Treu und Glauben in Art. 2 des schweizerischen ZGB (vgl. *Merz*, in: Berner Kommentar, 1962, Art. 2 ZGB Rz. 17 ff.; *ders.*, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR 80 (1961), 335, 339 ff.; *ders.*, Auslegung, Lückenfüllung, Normberichtigung, AcP 163 (1963), 305, 327 ff.); zu seinen Parallelen in anderen europäischen Privatrechtsordnungen vgl. etwa *Hesselink*, The Concept Of Good Faith, in: *ders.*, The New European Private Law, 2002, S. 195 ff.; *ders.*, Good Faith, in: *Hartkamp* u.a. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2. Aufl. 1998, S. 285, 290 ff.; *ders.*, De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, 1999, S. 48 ff., 54.

⁷⁸ Vgl. zu den drei Funktionsschichten jeweils *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 21, 22 ff., 26 ff., 36 ff.

⁷⁹ *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 43.

die Kodifikation in § 313 BGB nochmals bestätigte dogmatische Verfestigung hinweg.

Doch unabhängig davon, wie man die Tragfähigkeit dieses rechtstheoretischen Überbaus im einzelnen beurteilt, ist im vorliegenden Zusammenhang letztlich entscheidend, daß auf der Grundlage von *Wieackers* Funktionsstufenmodell in jedem Fall nur *deskriptive*, dagegen grundsätzlich keine *normativen* Aussagen über den Gehalt von Treu und Glauben möglich sind.⁸⁰ So folgt namentlich aus der Anerkennung der zuletzt erörterten »*praeter*«- und »*contra legem*«-Funktionen gerade nicht, daß die Rechtsfindung auf ihrer Grundlage stets auch methodologisch zulässig wäre. Insbesondere ist – wie *Wieacker* selbst betont⁸¹ – die vielzitierte »Eselsbrückenfunktion« nicht als Ermächtigung zur freien richterlichen Rechtsschöpfung zu verstehen, sondern stellt sich in erster Linie als *deskriptiver* Versuch dar, dem Phänomen der Rechtsschöpfungsfunktion der Generalklauseln gerecht zu werden, das *Wieacker* selbst als »Einbruch der Geschichtlichkeit in das Recht«⁸² bezeichnet. Insgesamt bedeutet dies jedoch, daß sich das Ziel einer *normativen* Konkretisierung von § 242 BGB – also der Bestimmung des nicht nur faktischen, sondern *legitimen* Anwendungsbereichs dieser Generalklausel – auf der Grundlage dieses Modells gerade nicht verwirklichen läßt.⁸³

b) Funktionstheorien der Guten Sitten

Ein ähnliches Bild bieten die zur Konkretisierung der Guten Sitten vertretenen Funktionstheorien. Betrachtet man etwa die Kommentarliteratur zu § 138 Abs. 1 BGB, so stehen auch hier differenzierende Funktionsbeschreibungen im Mittelpunkt, die meist zwischen den Bereichen sittenwidrigen Verhaltens gegenüber dem Geschäftspartner sowie gegenüber der Allgemeinheit oder Dritten unterscheiden und dabei einerseits etwa die Fälle des wucherähnlichen

⁸⁰ So zutreffend Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 125 f.; allgemein auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 323 ff. Damit kommt es also letztlich nicht wesentlich darauf an, ob man *Wieackers* Funktionszuordnungen tatsächlich im einzelnen folgt oder diesen – mit inzwischen wohl überwiegender Ansicht – lediglich bildhafte Bedeutung als typische »Schwerpunktlagen« der Anwendung von § 242 BGB zuerkennt; vgl. in diesem Sinne etwa *Merz*, ZSR 80 (1961), 335 ff. Kritisch auch MünchKomm-*Roth*, 3. Aufl. 1994, § 242 Rz. 93 im Hinblick auf die »dogmatische Überhöhung« von *Wieackers* Unterscheidung; anders nun jedoch *ders.* in der 4. Aufl., § 242 Rz. 119.

⁸¹ Vgl. die brillante Analyse bei *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 41 ff., die ausdrücklich davon ausgeht, daß § 242 BGB *nicht* die Funktion besitzt, den Richter zu rechtsethischen Gesetzeskorrekturen zu ermächtigen.

⁸² *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 40. Zu einer deutlich restriktiveren Interpretation des legitimen Anwendungsbereichs der Lehre von der Geschäftsgrundlage vgl. allerdings *ders.*, in: Festschrift Wilburg, S. 229, 236, 241 ff.

⁸³ So zutreffend Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 125 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 323 ff.

Rechtsgeschäfts und der Schuldnerüberforderung, andererseits vor allem Verstöße gegen die Ehe-, Familien-, Sexual- und Standesordnung umfassen.⁸⁴ Wiederum andere Funktionen werden den Guten Sitten im Bereich von § 826 BGB sowie im Wettbewerbsrecht zugeschrieben.⁸⁵ Insgesamt tritt dabei der deskriptive, äußerliche Charakter derartiger Fallgruppen mangels Herausbildung einer allgemein herrschenden Funktionsaufteilung im Bereich der Guten Sitten noch deutlicher hervor als im Rahmen von Treu und Glauben.⁸⁶ Damit scheint also allgemein zu gelten, daß die normative Aussagekraft derartiger Konkretisierungstheorien nachläßt, je mehr sie sich auf rein deskriptiver Ebene als fruchtbar erweisen und umgekehrt.⁸⁷

Eine Sonderstellung nimmt insoweit lediglich der bereits erörterte Ansatz *Teubners*⁸⁸ ein, der sich dadurch auszeichnet, daß er eine Funktionstheorie der Guten Sitten mit einer zugleich *normativen* Inhaltstheorie verbindet. *Teubner* differenziert, wie gesehen, zwischen drei Funktionsschichten der Guten Sitten, ordnet diesen aber jeweils zugleich inhaltlichen Verweisungscharakter auf soziale Normen bzw. die richterliche Eigenwertung zu: so steht im Bereich der Rezeptionsfunktion der Maßstab sozialer Normen im Mittelpunkt, neben dem sich die richterliche Mitwirkung auf eine bloße rechtliche Kontrollfunktion beschränkt; im Rahmen der Transformationsfunktion kommt der eigenständigen richterlichen Gestaltungsbefugnis nach Ansicht *Teubners* hingegen schon

⁸⁴ Vgl. etwa Staudinger-Sack, Neubearbeitung 2003, § 138 Rz. 227 ff., 333 ff. sowie Palandt-Heinrichs, § 138 Rz. 24 ff., 40 ff. (Differenzierung zwischen Sittenverstößen gegenüber dem Geschäftspartner sowie gegenüber der Allgemeinheit oder Dritten); ferner Soergel-Hefermehl, 13. Aufl. 1999, § 138 Rz. 70 ff., 168 ff., 206 ff. (Sittenverstoß gegenüber dem Geschäftspartner, Sittenverstoß beider Geschäftspartner sowie sonstige Verstöße, etwa im Bereich der Ehe-, Familien- und Standesmoral). Auf abstrakterer Ebene angesiedelt ist hingegen die von MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster, § 138 Rz. 33 ff. getroffene Unterscheidung zwischen insgesamt sieben Funktionskreisen der Guten Sitten. Vgl. zusammenfassend und kritisch zur Vielfalt der möglichen Einteilungen auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 373 f.

⁸⁵ Vgl. zu § 826 BGB etwa *Deutsch*, Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände, JZ 1963, 385, 389 f. (»Ergänzungs«- und »Entwicklungsfunktion«; d.h. Ergänzung sonstiger Haftungsnormen in Fällen gesteigerter Rechtswidrigkeit sowie Rechtsfortbildung in Fällen, in denen noch kein eindeutiges Unwerturteil besteht); ähnlich auch Staudinger-Oechsler, 13. Aufl. 1998, § 826 Rz. 145 ff., 149 ff. (»Ergänzungs«- und »Fortbildungsfunktion«); zu weiteren Einteilungsgesichtspunkten auch Soergel-Hönn/Dönneweg, 12. Aufl. 1998, § 826 Rz. 97 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 51. Zu § 1 UWG a.F. vgl. die bereits erwähnte Funktionsgliederung bei *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz. 113 ff.; dazu oben § 4 II 1 c) mit Fn. 71.

⁸⁶ Eindringlich in diesem Sinne auch *Esser*, in: *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel, S. 5, 28 ff.

⁸⁷ Ähnlich auch *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 50; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 323 ff.

⁸⁸ Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 61; im Anschluß daran auch *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 368 f.

ebenbürtige Bedeutung zu, die sich im Rahmen der Delegationsfunktion nochmals weiter zu einer vollen Ermächtigung zur richterlichen Rechtsschöpfung verdichtet.⁸⁹ Wesentlich an *Teubners* Ansatz ist also die Verknüpfung zwischen einer deskriptiv-rechtstheoretischen – und insoweit dem Vorbild der Theorie *Wieackers* nicht unähnlichen – Funktionstheorie der Guten Sitten mit dem normativen Anspruch, innerhalb der verschiedenen Funktionskreise jeweils Maßstäbe zur inhaltlich bindenden Konkretisierung der Generalklausel angeben zu können.

Doch kann dieser Ansatz überzeugen? Nach allem bisher Gesagten ist auch dies wieder nur bedingt der Fall. Denn zum einen ist der Ansatz *Teubners* im Hinblick auf seine inhaltlichen Aspekte denselben Einwänden wie den bereits erörterten Inhaltstheorien zur Konkretisierung auf der Grundlage sozialer Normen bzw. richterlicher Eigenwertung ausgesetzt.⁹⁰ Zum anderen zeigt sich jedoch auch hier wieder, daß eine Konkretisierungstheorie um so mehr an deskriptiver Erklärungseignung verliert, je mehr sie ihren normativen Anspruch in den Vordergrund stellt und umgekehrt. Betrachtet man den Ansatz *Teubners*, so ist dessen normativer Gehalt offenbar um den Preis erheblicher Abstraktion von der tatsächlichen Anwendungspraxis der Guten Sitten erkaufte und konnte sich wohl nicht zuletzt deshalb im Schrifttum kaum behaupten.⁹¹

II. Die Theorien zur Konkretisierung der Generalklauseln als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Faßt man also die Ergebnisse der bisherigen Ausführungen nochmals zusammen, so war es auf der Grundlage keiner der erörterten Inhalts-, Verfahrens- und Funktionstheorien möglich, zu einer Konkretisierung der Generalklauseln

⁸⁹ Vgl. zu diesen drei Funktionsschichten *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 61, 65 ff., 99 ff., 106 ff. Zu einer näheren Erläuterung dieser Funktionstrias vgl. oben § 5 I 2 mit Fn. 43.

⁹⁰ Kritisch speziell zum Ansatz *Teubners* im Hinblick auf die Tragfähigkeit einer Konkretisierung der Guten Sitten durch soziale Normen auch *Ott*, Systemwandel im Wettbewerbsrecht, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 403, 413 ff.

⁹¹ So findet *Teubners* Ansatz zwar gelegentlich durchaus zustimmende Erwähnung im Zusammenhang allgemeiner Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklauseln; vgl. etwa *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, S. 368 f.; *Soergel-Hefermehl*, 13. Aufl. 1999, § 138 Rz. 5; *MünchKomm-Mayer-Maly/Armbrüster*, § 138 Rz. 3; *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 122. *Teubners* eigentliches Anliegen, durch Verweisung auf empirisch feststellbare soziale Normen zu einer methodisch tragfähigen Konkretisierungstheorie zu gelangen, hat jedoch infolge seiner Abstraktheit und der Unmöglichkeit, dadurch sämtlichen Anwendungsfällen der Generalklauseln gerecht zu werden, kaum praktische Bedeutung erlangt. Vgl. insoweit die treffende Kritik bei *Ott*, in: Festschrift Raiser, 1974, S. 403, 413 ff. (»soziologisches Mißverständnis«) sowie *Heldrich*, AcP 186 (1986), 74, 93 ff. (allgemein zu den Grenzen empirischer Sozialforschung im Privatrecht).

zu gelangen, die nicht entweder in Dilemmata und Wertungswidersprüche mündete oder notwendig unvollständig oder auf rein deskriptiver Ebene angesiedelt blieb. Im folgenden soll nun gezeigt werden, daß auch diese Schwierigkeiten Folge der verdeckten Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens sind. Dabei liegt, wie wir sehen werden, die besondere Schwäche der Konkretisierungsdebatte darin, daß sie durch ihren Anspruch methodologischer *Lösbarkeit* der Generalklauselproblematik den Blick auf die nach hier vertretener Ansicht gerade entscheidende *Unauflösbarkeit* der drei Grundwidersprüche verstellt.

1. Die materielle Dimension der Konkretisierungsdebatte

Betrachtet man zunächst den materiellen Wertungsgegensatz zwischen Individualismus und Kollektivismus, so tritt dieser vor allem im Bereich der Inhalts- und Funktionstheorien zutage.

a) Verweisung auf außerrechtliche Maßstäbe

Deutlich wird dies einerseits im Zusammenhang der Ansätze, die sich zur Konkretisierung der Generalklauseln maßgeblich auf außerrechtliche, d.h. sittliche oder soziale Normen stützen.⁹² Wie bereits im Rahmen der Debatte über den Begriff der Generalklausel gesehen, impliziert die Berücksichtigung derartiger Wertordnungen fast notwendig auch eine gesteigerte Bedeutung fremdverantwortlicher, also kollektivistischer Rücksichtnahme innerhalb des Privatrechtsdenkens: die Berufung auf außerrechtliche Wertordnungen dient also letztlich als *Chiffre*, um das im Privatrechtsverkehr geschuldete Maß an interpersonaler Verantwortlichkeit zu erhöhen.

Wesentlich ist jedoch, daß die Berufung auf derartige Wertordnungen damit auch der Unauflösbarkeit des Wertungsgegensatzes zwischen Individualismus und Kollektivismus nicht entgehen kann. Diese Unauflösbarkeit spiegelt sich in der Berufung auf den Grundsatz der Trennung zwischen Recht und Moral, vor dessen Hintergrund – wie gesehen – stets eine Relativierung der Verbindlichkeit außerrechtlicher Normen möglich ist:⁹³ denn ebenso, wie sich in der Heranziehung außerrechtlicher Werte der Gedanke des Kollektivismus verwirklicht, tritt in ihrer Infragestellung immer zugleich der entgegengesetzte Gedanke des Individualismus in den Vordergrund. Mit Hilfe des relativierenden Hebels der Trennungsthese läßt sich das konkrete Verhältnis zwischen individualistischen und kollektivistischen Wertungsstrukturen im Privatrechtsdenken also stets

⁹² Oben § 6 I 1 a).

⁹³ Vgl. oben § 6 I 1 a).

den jeweils herrschenden gesellschaftlichen Anschauungen anpassen, ohne daß sich *jemals* eine allgemeine Antwort auf die Frage geben läßt, in welchem Fall außerrechtliche Wertungen nun verbindlich sind und in welchem stattdessen die Trennungsthese Vorrang genießt.

Entscheidend ist damit, daß die Trennungsthese im Rahmen der Konkretisierungsdebatte letztlich *unabhängig* von ihrem rechtsethischen Gehalt *ebenfalls* als bloße Chiffre, und zwar als solche zur Begrenzung der Relevanz kollektivistischer Wertungsstrukturen auf der Grundlage der Generalklauseln fungiert. Denn geht man mit hier vertretener Ansicht davon aus, daß die Berücksichtigung »außerrechtlicher« Wertungen letztlich Abbild der in der Privatrechtsordnung *selbst* angelegten kollektivistischen Wertungstendenz ist,⁹⁴ dann geht es im Rahmen der Konkretisierung von Generalklauseln in Wirklichkeit gar nicht um die Frage der »Trennung« oder »Verbindung« zwischen Recht und Moral, sondern vielmehr darum, *welche Moral im konkreten Fall rechtsethisch vorzugswürdig ist: die der – kollektivistischen – Berücksichtigung sozialetischer Schutzgebote oder die ihrer – individualistischen – Nichtberücksichtigung.*⁹⁵ Dabei entbehrt es nicht der Ironie, daß sich die individualistische Wertordnung ausgerechnet in der Berufung auf die *Trennung* zwischen Recht und Moral verwirklicht und damit den Anschein ihrer ethischen Neutralität bekräftigt.⁹⁶

b) Verweisung auf innerrechtliche Maßstäbe

Daneben äußert sich der materielle Grundwiderspruch auch in der Heranziehung innerrechtlicher Maßstäbe als Grundlage der Konkretisierung von Gene-

⁹⁴ Dies wird meist nicht hinreichend beachtet; so etwa von *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 23 ff. und *passim*, der übersieht, daß Gebote der Sozialmoral bzw. soziale Normen trotz ihrer außerrechtlichen Genese, d.h. ihres nur außerrechtlichen *Geltungsanspruchs* jedenfalls auf der *Rechtsanwendungsebene* nicht von rechtlichen Argumenten zu trennen sind und damit unabhängig von der »Ermächtigung« durch die Generalklauseln den kollektivistischen Gerechtigkeitsgehalt des Privatrechtsdenkens vermitteln; vgl. in diesem Sinne zurecht *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 7 sowie oben § 3 II 2 a) und noch näher unten § 9. Der Begriff der »außerrechtlichen« Wertung wird vorliegend stets unter diesem Vorbehalt gebraucht.

⁹⁵ Die »Trennungsthese« ist also in ihrer eigentlichen rechtsethischen Bedeutung hier gar nicht einschlägig; versteht man sie im Sinne *Kants* als Unvereinbarkeit von autonomer Sittlichkeit mit rechtllichem Zwang (dazu oben § 6 I 1 a) mit Fn. 9), folgt dies – jedenfalls diesseits der Entartung der Generalklauseln zu Mitteln des »Gewissensterrors« – bereits daraus, daß die in diesen enthaltene *äußerliche* Verweisung auf »moralische« Normen die sittliche Autonomie des einzelnen schon begrifflich unberührt läßt.

⁹⁶ Zur politischen Wirkung dieses Anscheins vgl. treffend *Roellecke*, in: Festschrift Müller, S. 323, 329. Auf die Frage, ob die Trennungsthese – versteht man sie in ihrem eigentlichen, rechtsethischen Sinne – innerhalb der Privatrechtstheorie unter diesen Umständen überhaupt eine legitime Funktion besitzen kann, ist dabei im folgenden nochmals zurückzukommen; vgl. unten § 9.

ralklauseln.⁹⁷ Dabei wirkt die Berufung auf innerrechtliche Maßstäbe – anders als die auf außerrechtliche – jedoch meist nicht nur in eine, sondern in beide Richtungen, kann also sowohl der verdeckten Verwirklichung individualistischer als auch kollektivistischer Werte dienen; eine »Janusköpfigkeit«, die etwa im Zusammenhang der Drittwirkung von Grundrechten deutlich zutage tritt.⁹⁸

So liegt beispielsweise der Bürgschaftsrechtsprechung eine Kollision zwischen der wirtschaftlichen Selbstbestimmungsfreiheit des Bürgen in ihrer Schutzgebotsfunktion und der entgegengesetzten Abwehrfunktion der Privatautonomie der Bank zugrunde, also ein Konflikt zwischen Schutz und Freiheit, der für die Struktur der meisten Drittwirkungsprobleme paradigmatisch ist und an dem sich der unauflösbare Gegensatz zwischen Rücksichtnahme und Freiheit im Privatrechtsverkehr unmittelbar offenbart.⁹⁹

Damit dient also auch die Berufung auf rechtliche, insbesondere verfassungsrechtliche Wertungen letztlich als Chiffre, um den beiden entgegengesetzten Anforderungen des materiellen Grundwiderspruchs im Rahmen der Generalklauseln gerecht zu werden.¹⁰⁰ Das heißt jedoch, daß die Konkretisierung von Generalklauseln durch rechtliche Wertungen damit ebenfalls mit der Unauflösbarkeit des materiellen Grundwiderspruchs konfrontiert ist, die – wie gesehen – zur Folge hat, daß Abwägungsentscheidungen zwischen kollidierenden rechtlichen Wertungen stets unter dem Vorbehalt des Wandels des zugrundeliegenden Spannungsverhältnisses zwischen Individualismus und Kollektivismus stehen.¹⁰¹

⁹⁷ Dazu oben § 6 I 1 b).

⁹⁸ Vgl. etwa *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 154 ff., 552; *Auer*, EzA § 118 BetrVG 1972 Nr. 73, S. 27 f.; allgemein auch *Steindorff*, in: *Summum ius summa iniuria*, S. 58, 59. Zur Grundstruktur der mittelbaren Drittwirkung vgl. auch oben § 3 I 1 a) mit Fn. 15.

⁹⁹ Die Beispiele lassen sich noch vermehren: so kollidiert etwa im Bereich des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes die Schutzgebotsfunktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts mit der entgegengesetzten Abwehrfunktion der Presse-, Meinungs- oder Kunstfreiheit (vgl. etwa BGHZ 39, 124, 127 ff.; 131, 332, 337 ff.; 139, 95, 101 ff.; 143, 199, 202 ff.; BVerfGE 99, 185, 193 ff.; BVerfG NJW 1973, 1226 ff.; NJW 2000, 1859, 1860 f.; NJW 2000, 2189 ff.) sowie im Bereich des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs der Schutz von Eigentum und Beruf mit der Abwehrfunktion der Eigentums-, Berufs-, Presse- oder Meinungsfreiheit (vgl. etwa BVerfGE 25, 256, 264 ff.; BGHZ 91, 117, 120 ff.; 138, 311, 314 ff.; OLG Rostock ZIP 2001, 793 ff.).

¹⁰⁰ Dies bedeutet also, daß sich die rechtstheoretische Funktion der Generalklauseln letztlich trotz deren vielbeschworenen »Funktionswandels« von einem Anknüpfungspunkt der Sittlichkeit hin zu einem Instrument der Rechtskontrolle jedenfalls im Grundsätzlichen nicht gewandelt hat.

¹⁰¹ Vgl. oben § 3 II 3 b).

c) Die materielle Dimension der Funktionstheorien

Deutlich äußert sich der materielle Grundwiderspruch schließlich auch im Rahmen von Funktionstheorien wie vor allem *Sieberts* bzw. *Wieackers* Dreischichten-Modell zu Treu und Glauben.¹⁰² Führt man sich die darin enthaltenen Fallgruppen – die Begründung vertraglicher Nebenpflichten, das Verbot unzulässiger Rechtsausübung sowie die richterliche Vertragsanpassung – nochmals vor Augen, so geht es, wie *Fikentscher* treffend erkannt hat, letztlich stets um zwei Konstellationen: nämlich entweder darum, »daß der Schuldner ›nach Treu und Glauben‹ weniger leisten muß, als er eigentlich schuldig ist«, oder »daß der Gläubiger ›nach Treu und Glauben‹ mehr fordern darf, als der Vertrag eigentlich hergibt.«¹⁰³ Mit anderen Worten zielt die Anwendung von § 242 BGB also stets darauf, einer Partei entweder durch die Einschränkung von Rechten oder durch die Begründung zusätzlicher Pflichten eine fremdnützige Verantwortlichkeit für die im Vertrag nicht ausreichend zum Ausdruck gekommenen Interessen der anderen Partei, also kurz: eine kollektivistische Pflicht zur Rücksichtnahme aufzuerlegen.

Nichts anderes gilt auch für die im Rahmen von § 138 Abs. 1 BGB diskutierten Fallgruppen, besonders plastisch etwa für den Gedanken der Schuldnerüberforderung, sowie schließlich auch für die wettbewerbsrechtliche Generalklausel des § 3 UWG bzw. deren Vorläufervorschrift in § 1 UWG a.F., die ebenfalls ihrem ganzen Sinn und Zweck nach auf die kollektivistische Erwägung zielt, die Wettbewerbsfreiheit insoweit einzuschränken, als ihre Ausübung andere Mitbewerber und die übrigen Marktbeteiligten in anstößiger Weise benachteiligt oder schädigt.¹⁰⁴

Dabei tritt auch in diesem Zusammenhang wieder die Unauflösbarkeit des materiellen Grundwiderspruchs zutage, und zwar in der oben festgestellten Unmöglichkeit, auf der Grundlage derartiger Funktionstheorien über rein deskriptive Aussagen hinaus zu gelangen.¹⁰⁵ Denn infolge der Wandelbarkeit des Spannungsverhältnisses zwischen Individualismus und Kollektivismus läßt sich aus bereits entschiedenen Fällen nur mit Einschränkungen darauf schließen, was im Rahmen der Generalklauseln künftig als zulässig angesehen werden

¹⁰² Oben § 6 I 3 a).

¹⁰³ So treffend *Fikentscher*, Schuldrecht, 9. Aufl. 1997, Rz. 167, S. 134. Kritisch dazu andererseits *Flume*, in: Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135, 207 ff., 237: »Das Denken in der Lehre von der Geschäftsgrundlage ist eine ständige Versuchung, sich Vertragspflichten zu entziehen.« Ähnlich auch *Wieacker*, in: Festschrift Wilburg, S. 229, 230 ff.

¹⁰⁴ Vgl. zu dieser auch nach der UWG-Novelle 2004 im wesentlichen unveränderten »Schutzzwecktrias« des Wettbewerbsrechts etwa *Sosnitza*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland, GRUR 105 (2003), 739, 742; *Köhler*, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 105 (2003), 265; *Hefermehl*, in: Festschrift Universität Heidelberg, S. 331, 332; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz. 40 ff., insbes. Rz. 42 f.

¹⁰⁵ Dazu oben § 6 I 3 a), b).

wird. So ist es etwa kaum möglich, aus der bisherigen Entwicklung der Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften normative Aussagen über deren künftige zulässige Reichweite abzuleiten: ob sie in demselben Umfang aufrechterhalten, noch weiter ausgedehnt oder gerade im Gegenteil künftig wieder eingeschränkt werden wird,¹⁰⁶ hängt vielmehr wesentlich von der unvorhersehbaren Verschiebung des zugrundeliegenden Spannungsverhältnisses zwischen privatrechtlicher Freiheit und privatrechtlicher Rücksichtnahme ab und ist insoweit keiner normativen Konkretisierung zugänglich.¹⁰⁷

2. Die formale Dimension der Konkretisierungsdebatte

Insgesamt prägt also bereits der materielle Grundwiderspruch fast die gesamte Konkretisierungsdebatte als verdeckte Wertungsstruktur. Entsprechendes gilt, wie nun zu zeigen ist, auch für den formalen Grundwiderspruch.

a) Die formale Dimension der Inhaltstheorien

Zunächst ist es wesentlich, sich vor Augen zu führen, daß die meisten Inhaltstheorien – unabhängig davon, ob sie auf innerrechtlichen, außerrechtlichen oder einer Kombination verschiedener Wertungskriterien beruhen – stets auch Konsequenzen auf der Ebene des formalen Wertungsgegensatzes auslösen, denn jede inhaltliche Präzisierung der Generalklauseln führt zugleich zur Reduktion von deren Unbestimmtheit und bewirkt damit eine Gewichtsverlagerung in die Richtung größerer Rechtssicherheit und geringerer Einzelfallgerechtigkeit.¹⁰⁸

Mit anderen Worten enthält jede Konkretisierung der Generalklauseln also zugleich eine verdeckte Entscheidung über das Verhältnis zwischen den beiden formalen Gerechtigkeitsdimensionen des Privatrechtsdenkens: je mehr man das Bedürfnis nach Konkretisierung betont, desto mehr stellt man in der Regel auch das Interesse der Rechtssicherheit und generalisierenden Gerechtigkeit in den Vordergrund; je mehr man hingegen umgekehrt die Bedeutung der verbleibenden Offenheit der Generalklausel hervorhebt, desto mehr gewinnt stattdessen der Gedanke der Einzelfallgerechtigkeit die Oberhand.

¹⁰⁶ Vgl. zu deren gerade in jüngerer Zeit starken Expansion, die letzteres als nicht ausgeschlossen erscheinen läßt, bereits oben einleitend zu § 1 mit Fn. 6.

¹⁰⁷ Treffend dazu auch *Esser*, in: *Esser/Stein*, Werte und Wertewandel, S. 5, 28.

¹⁰⁸ Ähnlich im Hinblick auf die *prozedurale* Konkretisierung von Generalklauseln durch Typus, bewegliches System usw. auch *Canaris*, Systemdenken, S. 82 ff., 152 f. Entsprechendes gilt jedoch auch für die Inhaltstheorien mit der einzigen Ausnahme der zu inhaltlicher Präzisierung letztlich ungeeigneten Delegationstheorien; vgl. dazu oben § 6 I 1 c).

Damit prägt jedoch indirekt auch die Unauflösbarkeit des formalen Wertungsgegensatzes die gesamte Debatte im Rahmen der Inhaltstheorien. Dies zeigt sich vor allem an dem Problem, daß das Ziel der Konkretisierung, die Generalklauseln möglichst weitgehend mit konkretem Inhalt zu füllen, mit ihrer charakteristischen Offenheit bzw. »Wertausfüllungsbedürftigkeit« nicht vereinbar ist;¹⁰⁹ ein Gedanke, der unmittelbarer Ausdruck des dem Interesse der Rechtssicherheit entgegengesetzten Bedürfnisses nach Einzelfallgerechtigkeit ist. Wie gesehen, wurde dieser Einwand vor allem im Rahmen der Verbindungstheorien relevant,¹¹⁰ die darauf zielten, die Entscheidungsfindung auf der Grundlage von Generalklauseln durch Zwischenschaltung mehrerer Konkretisierungsebenen so weit zu determinieren, daß die Ausübung richterlicher Eigenwertung und damit die Möglichkeit ermessensgeleiteter Einzelfallentscheidungen nur noch subsidiär »zur letzten Zuspitzung«¹¹¹ in Betracht kommen sollte.

b) Die formale Dimension der Verfahrens- und Funktionstheorien

Entsprechendes gilt auch für die Verfahrens- und Funktionstheorien, insbesondere für diejenigen Ansätze, die auf Argumentations-, Abwägungs- und Richterrechtstheorien beruhen.¹¹² Auch diese führen im Wege prozeduraler bzw. funktionaler Konkretisierung stets zugleich zur Reduktion der formalen Unbestimmtheit der Generalklauseln und sind damit Abbild der unausgesprochen zugrundeliegenden Antinomie zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit.

Deutlich wird dies etwa anhand des beweglichen Systems als »Zwischenstellung« zwischen festem Tatbestand und Generalklausel¹¹³ sowie an den Ansätzen zur Konkretisierung der Generalklauseln durch die Heranziehung typischer Verhaltensstandards oder durch Fallgruppenbildung: stets ist mit der Entstehung solcher Strukturen auch eine Entscheidung über das konkrete Verhältnis zwischen der Verwirklichung von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in der Generalklauselanwendung verbunden, wobei es niemals möglich ist, das Spannungsverhältnis zwischen beiden entgegengesetzten Grundwertungen endgültig aufzuheben.

¹⁰⁹ So vor allem AK-BGB-*Teubner*, § 242 Rz. 5; *Weber*, AcP 192 (1992), 516 ff.

¹¹⁰ Insbesondere im Rahmen der Ansätze von *Canaris*, ZAS 1970, 147 sowie *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 203.

¹¹¹ So sogar ausdrücklich *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposion*, S. 189, 203; ähnlich auch *Heinrich*, *Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit*, S. 335.

¹¹² Oben § 6 I 2 b).

¹¹³ Vgl. *Canaris*, *Systemdenken*, S. 82.

3. Die institutionelle Dimension der Konkretisierungsdebatte

Betrachtet man abschließend den institutionellen Grundwiderspruch zwischen Richterbindung und Richterfreiheit, so zieht sich auch dieser wie ein roter Faden durch die Debatte. Dies beruht zunächst auf der bereits erläuterten engen Verbindung zwischen allen drei Grundwidersprüchen, wobei das oben Gesagte zur Wechselwirkung zwischen materiellem und formalem Grundwiderspruch auch hier entsprechend gilt.¹¹⁴ Darüber hinaus tritt der Wertungsgegensatz zwischen Richterbindung und Richterfreiheit vor allem in drei Zusammenhängen besonders deutlich hervor:

a) Verweisung auf die richterliche Eigenwertung

Dies gilt zunächst für den Gedanken, die Generalklauseln als Verweisungen auf die richterliche Eigenwertung, als »Delegations«- oder »Ermächtigungsnormen« anzusehen.¹¹⁵ Zwar ist diesen Ansätzen immerhin zugute zu halten, daß sie die *Existenz* der Antinomie zwischen Richterbindung und Richterfreiheit offen eingestehen, indem sie unmittelbar darauf zielen, die Bedeutung der Generalklauseln als Ausgangspunkt freier richterlicher Rechtsschöpfung mit dem entgegengesetzten Richterbindungsideal in Einklang zu bringen. Doch dadurch, daß sie nicht auch die *Unauflösbarkeit* dieses Wertungskonflikts hinnehmen, sondern stattdessen versuchen, ihn aufzuheben, indem sie *jede* Rechtsschöpfung auf der Grundlage der Generalklauseln als formal gerechtfertigt erscheinen lassen, entsteht die beschriebene Leere des Delegationsgedankens, die ihn als Grundlage der Konkretisierung von Generalklauseln unbrauchbar macht.

Denn entgegen seinem Anspruch »löst« der Delegationsgedanke den Wertungsgegensatz zwischen Richterbindung und Richterfreiheit nicht, sondern führt den Gedanken der Richterbindung letztlich ad absurdum: »Begründung aller Urteile auf Gesetz! ... Freilich: »dem ausdrücklichen, staatlichen Befehle folgend«, sagt der beliebte Einwand, – der demnach staatlichen Willen noch in seiner Selbstverneinung zu erkennen vermag. Oder würde man vielleicht auch dann noch sagen, daß der Richter nur nach Gesetz urteile, wenn unser Gesetz nur den einen Paragraphen hätte: der Richter entscheide nach billigem Ermessen?!«¹¹⁶ Diese groteske Konsequenz läßt sich erst dann vermeiden, wenn man offen anerkennt, daß die Ausübung richterlicher Freiheit keiner wie auch immer gearteten Rechtfertigung durch einen vagen Anknüpfungspunkt im Gesetz

¹¹⁴ Vgl. soeben § 6 II 2a).

¹¹⁵ Oben § 6 I 1 c).

¹¹⁶ So die treffende Kritik von *Kantorowicz*, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 39 f., an der nur scheinbaren Rechtfertigungseignung der Generalklauseln und – so ausdrücklich – ähnlicher »Gesetzessurrogate«. Vgl. dazu schon oben § 6 I 1 c).

bedarf, sondern zu den unabdingbaren institutionellen Grundstrukturen der Privatrechtsordnung selbst gehört.

b) Anwendung der allgemeinen Grenzen der Rechtsfortbildung

Ein zweiter Aspekt der Konkretisierungsdebatte, anhand dessen das Spannungsverhältnis zwischen Richterbindung und Richterfreiheit unmittelbar zutage tritt, ist *Bydlinskis* »systematischer Test« bzw. der Gedanke der Anwendung der allgemeinen Rechtsfortbildungsschranken auf die Generalklauseln.¹¹⁷ Dabei handelt es sich, wie bereits gesehen, um einen seiner Struktur nach dem soeben erörterten Delegationsgedanken genau entgegengesetzten Ansatz: während der Delegationsgedanke die Legitimationswirkung der Generalklauseln verabsolutiert, zielt die Anwendung der allgemeinen Rechtsfortbildungsgrenzen gerade umgekehrt auf deren völlige Negierung.¹¹⁸ Nach hier vertretener Ansicht löst sich jedoch auch dieses Dilemma auf, sobald man anerkennt, daß sich die richterliche Rechtsschöpfung gerade *nicht* vollständig in den Rahmen der hergebrachten Rechtsfortbildungsgrenzen einfügt, so daß es eben doch der Generalklauseln als – rein *faktisch*, *nicht normativ* wirkender – »Eselsbrücke« bedarf, um die verbleibende Legitimationslücke auszufüllen.

c) Die institutionelle Dimension der Funktionstheorien

Schließlich tritt der institutionelle Wertungsgegensatz auch im Rahmen der zuletzt erörterten Funktionstheorien *Wieackers* und *Teubners* deutlich zutage.¹¹⁹ *Wieackers* Theorie ist vorliegend von besonderem Interesse, weil sie nicht nur den materiellen und formalen, sondern auch den institutionellen Wertungsgegensatz mit bemerkenswerter Offenheit behandelt. Dies ist vor allem an der *contra-legem*- bzw. »Eselsbrückenfunktion« von Treu und Glauben erkennbar, die – wie gesehen – keine Ermächtigung zur freien richterlichen Rechtsschöpfung, sondern lediglich das schlichte Anerkenntnis enthält, daß sich der auf der Grundlage der Generalklauseln nie ganz ausgeschlossene »Einbruch der Geschichtlichkeit ins positive Recht« nicht dem Maß der hergebrachten Rechtsdogmatik und -methodik unterwerfen läßt.¹²⁰ Nach hier vertretener Ansicht reicht *Wieackers* Ansatz damit – unabhängig davon, ob man seinen Funk-

¹¹⁷ Oben § 6 I 2 a).

¹¹⁸ Um so bemerkenswerter ist es, daß namentlich *Bydlinski* sowohl den Gedanken der Anwendung der allgemeinen Rechtsfortbildungsgrenzen als auch den diesem entgegengesetzten Delegationsgedanken vertritt, ohne den darin liegenden Widerspruch zu erkennen; vgl. einerseits *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 584; andererseits *ders.*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 199.

¹¹⁹ Oben § 6 I 3 a), b).

¹²⁰ Dazu vgl. oben § 6 I 3 a).

tionszuordnungen im einzelnen folgt – näher an die eigentliche Funktion der Generalklauseln heran als alle anderen bisher erörterten Theorien. Der Preis für diese deskriptive Präzision liegt allerdings im zumindest teilweisen Verzicht auf *normative* Aussagen über die zulässige Reichweite von Treu und Glauben – worin sich wiederum die zugrundeliegenden Wertungskonflikte spiegeln.

Vergleicht man dies mit *Teubners* Funktionstheorie der Guten Sitten, so fällt auch an dieser das auf ein zumindest verdecktes Bewußtsein für die Bedeutung der drei privatrechtlichen Grundwidersprüche hindeutende Bestreben ins Auge, materielle, formale und institutionelle Aspekte der Konkretisierung von Generalklauseln zu verbinden.¹²¹ Doch gibt *Teubner* diese Einsicht wieder preis, indem er versucht, diese Konflikte auf der Grundlage der Verweisung auf soziale Normen bzw. auf die richterliche Eigenwertung doch noch zu lösen – ein Versuch, der infolge der Leere des Delegationsgedankens letztlich zum Scheitern verurteilt ist.¹²²

III. Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung von Generalklauseln unter dem Blickwinkel der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Insgesamt ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen also, daß die drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens auch der Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln als verdeckte Wertungsstruktur zugrundeliegen und in ihrer Unauflösbarkeit die Ursache dafür bilden, daß diese ihrem Anspruch letztlich nicht gerecht werden kann. Inwieweit kann der Versuch einer »Konkretisierung« der Generalklauseln also überhaupt sinnvoll und erfolgversprechend sein?

Nach allem bisher Gesagten setzt dies vor allem eines voraus: die Aufgabe des »positivistischen« Konkretisierungsziels, die Anwendung der Generalklauseln durch Ausfüllung mit konkretem Norminhalt den hergebrachten Rechtsanwendungsregeln unterstellen zu wollen.¹²³ Dieser Anspruch ist unerfüllbar. Die gegenwärtigen Generalklauseln werden – solange sie Generalklauseln blei-

¹²¹ Dabei tritt die materielle Dimension in *Teubners* Versuch zutage, die Konkretisierung der Generalklauseln auf außerrechtliche soziale Normen zu stützen, während sich die formale Dimension in dem Bestreben äußert, einen Ausgleich zwischen Konkretisierung und verbleibender Offenheit der Generalklauseln herbeizuführen. Charakteristisch für die institutionelle Dimension ist schließlich die – wenn auch nicht überzeugende – Berufung auf den Delegationsgedanken. Vgl. *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, S. 61, 116 ff.

¹²² Im Vergleich mit *Wieackers* Behandlung der institutionellen Dimension des Problems der Generalklauseln stellt sich der Ansatz *Teubners* also im Ergebnis als Rückschritt dar. Zur Kritik vgl. bereits oben § 5 I 1 c) sowie § 6 I 1 c).

¹²³ So etwa *Bydlinski*, in: *Wieacker-Symposium*, S. 189, 196 ff.

ben und diese Funktion nicht an andere Tatbestände verlieren – neben sich zunehmend normativ verfestigenden Bereichen stets auch die Fähigkeit besitzen, als Ansatzpunkt freier richterlicher Rechtsschöpfung zu fungieren: es ist also *unmöglich*, die Offenheit der Generalklauseln durch Konkretisierung zu erschöpfen. Stattdessen verhält es sich eher so, daß jeder konkrete Rechtssatz auf der Grundlage der Generalklauseln seinerseits wieder *unkonkretisierte* Bereiche erschließt – also Bereiche, in denen alle drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens wieder völlig neue Wertungskompromisse erfordern.

Eine »Konkretisierung«, die der wirklichen Bedeutung der Generalklauseln gerecht werden will, muß also vor allem drei Bedingungen genügen: erstens muß sie akzeptieren, daß es nur bedingt möglich ist, über den künftigen zulässigen Anwendungsbereich der Generalklauseln normativ bindende Aussagen zu treffen. Normative Aussagen sind vor allem im Hinblick auf die *gegenwärtige* Zulässigkeit bestimmter Einzelentscheidungen möglich, stehen jedoch auch insoweit stets unter dem Vorbehalt einer Neugewichtung des Spannungsverhältnisses zwischen den zugrundeliegenden Grundwertungen. Darüber hinaus kommen im Hinblick auf Funktion und Entwicklung einer bestimmten Generalklausel allenfalls deskriptive Aussagen in Betracht.¹²⁴ So lassen sich, wie gesehen, etwa auf der Grundlage der derzeitigen Rechtsprechung zu § 138 Abs. 1 BGB kaum tragfähige Aussagen über die künftige legitime Reichweite der Rechtsprechung zu Angehörigenbürgschaften treffen.

Zweitens ist eine tragfähige Konkretisierung der Generalklauseln nur unter Berücksichtigung *aller drei* Grundwidersprüche in ihrer Unauflösbarkeit und wechselseitigen Abhängigkeit möglich. Es ist also nicht ausreichend, nur Teile des bisher erörterten Wertungsgefüges oder gar nur einzelne Wertungen zum Ausgangspunkt von Konkretisierungsüberlegungen zu machen.¹²⁵ So greift etwa der Delegationsgedanke unabhängig von seiner inhaltlichen Schwäche bereits deshalb zu kurz, weil er sich ausschließlich auf die institutionelle Dimension des Generalklauselproblems bezieht und die beiden anderen Dimensionen völlig außer Betracht läßt.¹²⁶

¹²⁴ Die daran von Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 125 geübte Kritik greift in Anbetracht der Unmöglichkeit vollständiger normativer Durchdringung der Generalklauselproblematik zu kurz.

¹²⁵ Dieser Einwand betrifft nicht nur sämtliche »Einheitstheorien« der Konkretisierung (so zurecht *Teubner*, Standards und Direktiven, S. 50 ff., 115 ff.; *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 189, 202), sondern auch Kombinationstheorien wie die von *Larenz* vertretene (JJb. 7 (1966/7), 98, 104 ff., 109 ff.), die zwar mehrere materielle Wertungskriterien berücksichtigen, daneben jedoch die formalen und institutionellen Funktionsschichten der Generalklauseln vernachlässigen, sowie schließlich *mutatis mutandis* auch die rein formal bzw. institutionell ansetzenden Verfahrenstheorien.

¹²⁶ Diese Schwäche vermeidet hingegen etwa *Wieackers* Funktionstheorie zu § 242 BGB; vgl. oben § 6 II 3 c). Ähnliches gilt auch für *Teubners* Ansatz.

Drittens und abschließend setzt eine tragfähige Konkretisierungstheorie eine Auseinandersetzung mit der *faktischen* Bedeutung der Generalklauseln innerhalb des Rechtsentstehungsvorgangs voraus. Dies betrifft einerseits deren Rolle als Ausgangspunkt der Entstehung neuer konkreter Rechtssätze, andererseits jedoch auch den umgekehrten Prozeß der induktiven Verfestigung und Verallgemeinerung dieser Rechtssätze zu Fallgruppen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insgesamt also: die Bedeutung der Generalklauseln als Ansatzpunkt der ständigen Wechselwirkung zwischen Grundsatz und Norm, Prinzip und Einzelfall, Rechtsneuschöpfung und präjudizieller Verfestigung, die die Essenz praktischer Richterkunst bildet.¹²⁷ Dabei wird eine solche Theorie allerdings den Fehler zu vermeiden haben, dieser »Richterkunst« etwa mit Hilfe des Gedankens der Präjudizienbindung *normative* – und damit wiederum nur von einem positivistischen Standpunkt aus aussagekräftige – Verbindlichkeit beizumessen. Stattdessen wird sie eingestehen, daß sich Rechtsschöpfung und Richterbindung im Rahmen der Anwendung der Generalklauseln oft zwangsläufig erst nachträglich zur Deckung bringen lassen.¹²⁸

Zusammenfassung

Ziel des zweiten Kapitels war es, die theoretische Debatte über Generalklauseln im deutschen Schrifttum vor dem Hintergrund der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens einer kritischen Würdigung zu unterziehen.

Dabei zeigte sich zunächst, daß die Entwicklung der Generalklauseln während des 20. Jahrhunderts in vielerlei Hinsicht Folge des kontinuierlichen Wandels des zugrundeliegenden privatrechtlichen Wertungsgefüges war. So stellten sich nicht nur einzelne dogmatische Figuren wie die Aufwertungsrechtsprechung, das wucherähnliche Rechtsgeschäft oder die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, sondern gerade auch die übergreifende Entwicklungstendenz der Generalklauselanwendung einschließlich ihrer Entartung während der NS-Diktatur als Ausprägung paralleler Wertverschiebungen in die Richtung kollektivistischen Wertedenkens, größerer Einzelfallbezogenheit und größerer richterlicher Freiheit bei gleichzeitig geminderter Bedeutung der gegenläufigen

¹²⁷ Vgl. grundlegend *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 267 ff. und *passim*; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl, S. 174 ff., 189 ff.; *ders.*, in: Festschrift F. v. Hippel, S. 95, 113 ff., 117; *ders.*, in: Festschrift Rittler, S. 13, 19 f.; *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 42 ff.; *F. v. Hippel*, Richtlinie und Kasuistik, S. 29; zustimmend auch *A. Kaufmann*, Über Gerechtigkeit, S. 145 ff.

¹²⁸ Vgl. *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 42: »Den geschehenen Durchbruch aber kann und soll der Gesetzgeber kodifizieren ...; die Rechtsdogmatik institutionell durchdringen. Beide verwandeln damit in einer Art Systole der Rechtsgeschichte den Zustand der Rechtsdurchbrechung unter Aufopferung des alten Rechts wieder in Ordnung.« Ähnlich auch *Esser*, in: Festschrift Rittler, S. 13, 17.

Wertungen des Individualismus, der Rechtssicherheit und der Richterbindung dar.

Damit lag der Schluß nahe, daß ohne Berücksichtigung dieses Wertungshintergrunds auch eine angemessene rechtstheoretische Behandlung des Problems der Generalklauseln nicht möglich ist. Dies zeigte sich zunächst anhand der im Schrifttum vertretenen Ansätze zur Definition des Begriffs der »Generalklauseln«, die allesamt auf deren historische Entwicklung vor dem Hintergrund der privatrechtlichen Grundantinomien rekurrieren mußten, um zu einer tragfähigen Abgrenzung zu bloßen unbestimmten Rechtsbegriffen zu gelangen. Noch deutlicher trat der Einfluß der drei Grundwidersprüche schließlich im Rahmen der Debatte über die Konkretisierung von Generalklauseln zutage: in diesem Zusammenhang gelang es keiner der erörterten Theorien, ihrem Anspruch gerecht zu werden, ohne in Wertungswidersprüche zu münden, die sich ebenfalls als Folge der Unauflösbarkeit der zugrundeliegenden Antinomien darstellten. Damit erwies sich der Gedanke der zeitlich wandelbaren Funktion der Generalklauseln als Ansatzpunkt der Vermittlung zwischen den Grundwidersprüchen des Privatrechtsdenkens letztlich als entscheidender Schlüssel zum Verständnis von deren rechtstheoretischer Funktion.

3. Kapitel

Funktion und Theorie von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken

Im folgenden sollen die bisherigen Ausführungen zum deutschen Recht nun durch eine vergleichende Betrachtung des *good faith*-Prinzips im amerikanischen Privatrecht ergänzt werden. Auch dabei ist wiederum von besonderem Interesse, wie sich die historische Entwicklung und theoretische Behandlung dieses Prinzips zum Wertungshintergrund der drei privatrechtlichen Grundantinomien verhält. Dabei wird sich zeigen, daß auch in der amerikanischen Debatte über Treu und Glauben zahlreiche Wertungswidersprüche und Dilemmata auftreten, die sich ganz entsprechend wie in der deutschen Diskussion als Abbild dieses Wertungshintergrunds deuten lassen.

Der Erkenntniswert einer vergleichenden Betrachtung der amerikanischen Privatrechtsentwicklung, die mit der deutschen auf den ersten Blick so wenig Gemeinsamkeiten aufzuweisen scheint, besteht dabei darin, daß sie die *systemübergreifende* Bedeutung der im Zusammenhang der Generalklauselfrage auftretenden Wertungskonflikte, also deren Unabhängigkeit von den jeweils systemgebundenen Rechtsanwendungsmethoden des Common Law oder Civil Law, eindrucksvoll belegt.¹ Daneben weisen beide Rechtsordnungen speziell im Hinblick auf Treu und Glauben jedoch auch einige besondere Berührungspunkte auf, die einen Vergleich – wie zu zeigen sein wird – als lohnend erscheinen lassen.²

¹ Dies gilt, wie zu zeigen sein wird, gerade in Anbetracht der geringeren Verbreitung von Generalklauseln im Common Law. Vgl. dazu etwa *Teubner*, Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61 Mod. L. Rev. 11 f. (1998); *Kötz*, Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith, in: Festschrift Fleming, 1998, S. 243, 245 ff.; *Farnsworth*, Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, 3 Tul. J. Int'l. & Comp. L. 47 ff. (1995); *Ohly*, Richterrecht und Generalklausel, S. 19, 73 ff., 99 f., 165 ff.; *Staudinger-J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 158; allgemein zum Ziel des hier vorgenommenen rechtstheoretischen Funktionsvergleichs ferner *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33 ff.; *Kötz*, Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, 493 ff., 505; *Watson*, Legal Transplants, 2. Aufl. 1993, S. 6.

² Davon unabhängig wäre ein entsprechender Vergleich prinzipiell jedoch auch mit einer anderen Generalklausel des amerikanischen Privatrechts möglich, so insbesondere mit dem in UCC § 2–302 kodifizierten Prinzip der »unconscionability«, das ähnliche Funktionen erfüllt wie § 138 Abs. 1 BGB. Vgl. zusammenfassend *Dawson*, Unconscionable Coercion: The Ger-

§ 7 Die Entwicklung von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht

Das Prinzip von Treu und Glauben geht im amerikanischen Privatrecht auf zwei Rechtsquellen zurück. Im Common Law, d.h. im Präjudizienrecht einiger amerikanischer Bundesstaaten, ist es bereits seit Beginn des 20. Jahrhunderts nachweisbar.¹ Seine heutige Bedeutung als allgemein anerkanntes Grundprinzip des amerikanischen Vertragsrechts erlangte es jedoch erst durch Kodifikation im *Uniform Commercial Code* (UCC),² von der wiederum Rückwirkungen auf das allgemeine Common Law ausgingen. Die folgenden Ausführungen untersuchen diese beiden Entwicklungslinien vor dem Hintergrund der nunmehr bereits vertrauten drei Antinomien des Privatrechtsdenkens.

I. Die Entstehung des Prinzips von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht

1. Die Grundlagen des Prinzips von Treu und Glauben im Common Law

Ein allgemeines Prinzip von Treu und Glauben wurde im amerikanischen Rechtsdenken erstmals zu Beginn des 20. Jahrhunderts im Fallrecht einzelner Bundesstaaten wie New York und Kalifornien diskutiert. Gegenstand dieser frühen Entscheidungen waren meist Fallkonstellationen, in denen unvollstän-

man Version, 89 Harv. L. Rev. 1041 ff. (1976); zur »typischen« Generalklauselkritik insoweit etwa *Leff*, Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause, 115 U. Penn. L. Rev. 485 ff. (1967) sowie zum entgegengesetzten Standpunkt der Verteidigung richterlicher Flexibilität *Ellinghaus*, In Defense of Unconscionability, 78 Yale L. J. 757 ff. (1969).

¹ Vgl. zusammenfassend etwa *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, 1995, S. 21 ff.; *Summers*, »Good Faith« in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 Va. L. Rev. 195, 216 ff. (1968); *ders.*, The General Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 ff. (1982); *Jerry*, The Wrong Side of the Mountain: A Comment on Bad Faith's Unnatural History, 72 Tex. L. Rev. 1317, 1331 ff. (1994).

² Vgl. etwa *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 114 ff.; *Braucher*, The Legislative History of the Uniform Commercial Code, 58 Colum. L. Rev. 798 ff. (1958); *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 ff. (1982); dazu noch unten § 7 I 2 a) m.w.N.

dige vertragliche Regelungen es einer Partei erlaubten, sich unter Verstoß gegen den Vertragszweck auf Kosten der anderen zu bereichern. Ein wichtiges Beispiel stellte die Problematik der sogenannten *output and requirement contracts* dar, die die Lieferung eines bestimmten Wirtschaftsguts zu einem feststehenden Preis, jedoch in variablen Mengen je nach dem produktionsabhängigen Bedarf des Bestellers zum Gegenstand hatten.³ In diesen Fällen handelte der Besteller nach allgemeiner Ansicht treuwidrig, wenn er das Steigen oder Sinken des Marktpreises für das Gut dazu ausnutzte, »gegen seinen Vertragspartner zu spekulieren«, also seinen Bedarf ohne produktionsbezogenen Grund und aus bloßer Absicht, sich auf Kosten des Vertragspartners zu bereichern, zu erhöhen oder herabzusetzen.⁴ In derartigen Fällen diente Treu und Glauben mit Hilfe eines *implied covenant*, also ergänzender Vertragsauslegung, als Grundlage einer angemessenen Anpassung des Bedarfs, ermöglichte also im Ergebnis eine Billigkeitskontrolle der Ausübung des einseitigen Leistungsbestimmungsrechts durch den Besteller:⁵

»In the last analysis those cases only apply the principle that in every contract there is an implied covenant that neither party shall do anything which will have the effect of destroying or injuring the right of the other party to receive the fruits of the contract, which means that in every contract there exists an implied covenant of good faith and fair dealing.«⁶

Dennoch versagte sich die Mehrzahl der amerikanischen Einzelstaaten zu diesem Zeitpunkt noch einer allgemeinen Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben; ein Umstand, der vor allem darin zum Ausdruck kam, daß das 1932 erschienene erste »*Restatement of Contracts*« des von Wissenschaft und Praxis getragenen American Law Institute⁷ – der erste große Versuch, den Bestand der

³ Vgl. etwa *Loudenback Fertilizer Co. v. Tennessee Phosphate Co.*, 121 F. 298 (6th Cir. 1903); *Wigand v. Bachmann-Bechtel Brewing Co.*, 222 N.Y. 272, 118 N.E. 618 (1918); dazu auch *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 25 ff.; *Kessler/Gilmore/Kronman*, Contracts, 3. Aufl. 1986, S. 418 ff.; *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 379 f., 395 ff. (1980); jeweils m.w.N.

⁴ Vgl. etwa *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 25; *Farnsworth*, Contracts, § 7.17, S. 509.

⁵ Vgl. zu diesem dogmatischen Anknüpfungspunkt *Farnsworth*, Contracts, § 7.15 ff., S. 494 ff.; dieser ist inzwischen allerdings zum Teil durch die ausdrückliche Verweisung auf Treu und Glauben in UCC § 2–306 (1) überlagert. Eine äquivalente Funktion besitzen im deutschen Privatrecht die mit dem allgemeinen Prinzip von Treu und Glauben nahe verwandten Vorschriften über die einseitige Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen, §§ 315 ff. BGB.

⁶ So die klassische Formulierung des Prinzips durch *Kirke La Shelle Co. v. Paul Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79, 188 N.E. 163, 167 (1933); vgl. dazu auch *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 379 f. (1980).

⁷ Bei den *Restatements* handelt es sich um vom American Law Institute (A.L.I.), einer privaten Vereinigung von Richtern, Professoren und Anwälten, herausgegebene Kompilationen der allgemein anerkannten Regeln des Common Law; vgl. dazu etwa *Hay*, US-amerikanisches Recht, 2. Aufl. 2002, Rz. 32. Vgl. *Kessler*, JZ 1988, 109, 112 zum »begriffsjuristischen« Charak-

allgemein anerkannten Regeln des Common Law zum Vertragsrecht staatenübergreifend zusammenzufassen und zu systematisieren – sich noch an keiner Stelle mit diesem Prinzip auseinandersetzte.⁸

2. Die Kodifikation des Prinzips von Treu und Glauben durch den Uniform Commercial Code

Dies änderte sich jedoch mit der in den Zeitraum zwischen 1940 und 1962 fallenden Entstehung des UCC, der nicht nur äußerlich zu einer Annäherung des amerikanischen Kauf- und Handelsrechts an kontinentale Kodifikationsstandards führte, sondern auch in der Sache eine deutliche Hinwendung zu kontinentaleuropäisch geprägten Rechtsprinzipien wie Treu und Glauben bewirkte. Hintergrund dieser Entwicklung bildete nicht zuletzt der Einfluß europäischen und vor allem deutschen Rechtsdenkens auf den zeitgenössischen amerikanischen Legal Realism, namentlich auf dessen Hauptvertreter *Karl N. Llewellyn*, der zugleich der maßgebliche Vordenker und Entwurfsverfasser des UCC war.⁹

a) Die Entstehung des UCC und der Einfluß kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens

Um den Einfluß des UCC und damit auch *Llewellyns* auf das amerikanische Privatrecht zu verstehen, ist es zunächst notwendig, sich die erhebliche Bedeutung dieses Modellgesetzes vor Augen zu führen. Seinem Anwendungsbereich nach ist der UCC die umfassendste Warenkauf- und Handelsrechtskodifikation, die je in einem dem Rechtskreis des Common Law zugehörigen Land erschaffen wurde.¹⁰ Er umfaßt – über seine Bezeichnung hinaus – nicht nur im engeren Sinne handelsrechtliche Materien, sondern vor allem das gesamte Recht des Warenkaufs und findet insoweit nicht nur auf Transaktionen unter Kaufleu-

ter des ersten Restatement of Contracts (1932), das den Grundsatz von Treu und Glauben noch nicht anerkannte.

⁸ Vgl. *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982); *ders.*, Good Faith in General Contract Law, in: Wieacker-Symposion, 1990, S. 127, 130.

⁹ Der Einfluß der deutschen Rechtswissenschaft und Kultur auf das Denken *Llewellyns* sowie auf den Stil des UCC ist häufig beschrieben worden; vgl. etwa *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 1973, S. 108 f. und *passim*; *Herman*, Llewellyn the Civilian: Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code, 56 Tul. L. Rev. 1125, 1130 f. (1982); *Whitman*, Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code, 97 Yale L. J. 156 ff. (1987); *Minuth*, Der amerikanische Uniform Commercial Code und deutsches Recht, 2000, S. 5 ff., 30 ff. und *passim*; vgl. dazu noch näher sogleich unten § 7 I 2 a) mit Fn. 16 und 19.

¹⁰ Vgl. *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 12 m.w.N.

ten, sondern auch unter Privaten Anwendung.¹¹ Auf der Grundlage des UCC gelang es also, ein ganzes Rechtsgebiet nahezu einheitlicher Regelung zuzuführen, das zuvor nur in einzelnen Staaten durch Gesetze, zumeist jedoch nur durch divergierendes Präjudizienrecht geregelt war. Dabei stellt der UCC als solcher allerdings lediglich ein sogenanntes »Uniform Law«, d.h. ein zu Zwecken der Rechtsvereinheitlichung ausgearbeitetes Modellgesetz dar. Inzwischen wurde er jedoch mit einer Ausnahme in allen Staaten in identischer oder nur geringfügig abweichender Form als Gesetz verabschiedet.¹²

Die ersten Ansätze zur Entwicklung des UCC entstanden bereits während der dreißiger Jahre aus Überlegungen der für den Entwurf von Modellgesetzen zuständigen *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. Als die Conference im Jahre 1940 schließlich übereinkam, alle bisher erlassenen Uniform State Laws zu revidieren und zu einem umfassenden neuen Gesetz zusammenzufassen, wurde *Llewellyn* zum »Chief Reporter« (Hauptberichterstatter) für den neuen UCC ernannt und unterbreitete der Conference auch sogleich einen von ihm selbst erarbeiteten Entwurf zu einem einheitlichen Warenkaufrecht. Auf dieser Grundlage wurde zwischen 1945 und 1950 der erste Entwurf des UCC erarbeitet, der 1952 als »1952 Official Text« veröffentlicht und bereits ab diesem Zeitpunkt von einigen Staaten in Kraft gesetzt wurde. 1957, 1958 und 1962 folgten weitere Überarbeitungen, die schließlich die Grundlage des »1962 Official Text« bildeten, der in den meisten Staaten den Durchbruch hin zur Kodifikation des UCC bewirkte.¹³

Insgesamt ist die Entstehung des UCC also untrennbar mit Person und Denken *Llewellyns* verknüpft.¹⁴ Von Interesse ist dies vor allem insoweit, als

¹¹ Der UCC besteht in seiner heutigen – mehrfach revidierten – Fassung aus folgenden Abschnitten: Art. 1: General Provisions; Art. 2: Sales; Art. 2A: Leases; Art. 3: Negotiable Instruments; Art. 4: Bank Deposits and Collections; Art. 4A: Funds Transfers; Art. 5: Letters of Credit; Art. 6: Bulk Sales; Art. 7: Warehouse Receipts, Bills of Lading and Other Documents of Title; Art. 8: Investment Securities; Art. 9: Secured Transactions. Er enthält zum Teil zwingendes, zum Teil dispositives Recht und besitzt auch außerhalb seines unmittelbaren Anwendungsbereichs Ausstrahlungswirkung. Nach UCC § 1–103 finden die Prinzipien des Common Law ergänzende Anwendung. Vgl. zusammenfassend etwa *Kessler*, JZ 1988, 109, 113; *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 12 f.

¹² Vgl. *Hay*, US-amerikanisches Recht, Rz. 18; dort auch zur Regelungstechnik der »Uniform Laws« im allgemeinen.

¹³ Vgl. zur Entstehungsgeschichte zusammenfassend *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 13 ff.; *Wiseman*, The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules, 100 Harv. L. Rev. 465, 477 ff. (1987); *Braucher*, 58 Colum. L. Rev. 798 ff. (1958); *Schnader*, A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code, 22 U. Miami L. Rev. 1, 2 ff. (1967). *W. A. Schnader* war 1940 Präsident der *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* und wohl gedanklicher Urheber des Plans zur Ausarbeitung eines einheitlichen Handelsgesetzbuchs.

¹⁴ Vgl. etwa *Franklin*, On the Legal Method of the Uniform Commercial Code, 16 Law & Contemp. Probs. 330 (1951) (»Lex Llewellyn«); ähnlich auch *Mooney*, Old Kontract Principles and Karl's New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law, 11

Llewellyn, wie bereits erwähnt, zu den profiliertesten Vertretern der amerikanischen Realist School gehörte, die nur wenig später als die deutsche Richter- und Freirechtsschule auch in Amerika das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts zu unterminieren begann.¹⁵ Daß die Freirechtsschule dabei teils sogar unmittelbaren Einfluß auf die Entstehung des Realism nahm, ist unter anderem gerade auf *Llewellyn* zurückzuführen, der – aufgrund einer außergewöhnlichen Biographie, die ihn zeitlebens immer wieder nach Deutschland geführt hatte¹⁶ – hervorragende Kenntnisse der damals bahnbrechenden kontinentaleuropäischen Rechtstheorie besaß und seine Begeisterung für deren Umbruch zu einer Zeit, als das amerikanische Rechtsdenken noch von späten Ausläufern des klassischen »Formalismus« geprägt war, vielfach zum Ausdruck brachte: »What has been done in the last decades that has some touch of novelty, is for theorizers to go beyond theorizing, to move ... into the gathering and interpretation of facts about legal behavior: Ehrlich, Nussbaum, Hedemann ... I name only enough to show that neither a single country nor a single school is involved...«¹⁷ – »Ferment is abroad in the law...«¹⁸

Es liegt also nahe, daß dieser durch die Person *Llewellyns* vermittelte Einfluß deutschen und kontinentaleuropäischen Rechtsdenkens auf den amerikanischen Realism auch Auswirkungen auf die Entstehung des UCC und insbesondere das darin enthaltene Gebot von Treu und Glauben hatte.¹⁹ Betrachtet man

Vill. L. Rev. 213 (1966); *Gilmore*, In Memoriam: Karl Llewellyn, 71 Yale L. J. 813, 814 (1962): »Make no mistake: this Code was Llewellyn's Code; there is not a section, there is hardly a line, which does not bear his stamp and impress; from beginning to end he inspired, directed, controlled it.« Vgl. dazu auch *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 300 f.

¹⁵ Dazu oben § 3 I 2 c).

¹⁶ *Llewellyn*, Jahrgang 1893, verbrachte bereits während seiner Schulzeit mehrere Jahre in Deutschland, kämpfte später als Freiwilliger für Deutschland im ersten Weltkrieg und lehrte mehrmals als Gastprofessor in Leipzig. 1933 veröffentlichte er dort das in deutscher Sprache abgefaßte Buch »Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika«. Seine wissenschaftlichen und persönlichen Kontakte zu Deutschland brachen auch nach dem zweiten Weltkrieg nicht ab. Vgl. zu *Llewellyns* Biographie ausführlich *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 87 ff.; *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 5 ff.; jeweils m.w.N.

¹⁷ *Llewellyn*, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, 30 Colum. L. Rev. 431, 454 f. (1930); speziell zu dessen Auseinandersetzung mit dem deutschen Rechtsdenken vgl. ferner *ders.*, Die deutsche Justiz: Vom Standpunkt eines amerikanischen Juristen, JW 1932, 556 ff.

¹⁸ So *Llewellyn*, 44 Harv. L. Rev. 1222 (1931) in für seinen provokanten, eigenwilligen Stil äußerst charakteristischer Anspielung auf die amerikanische Prohibition; ein Wortspiel, das sich in zahlreichen Varianten durch den gesamten Aufsatz zieht; dazu erläuternd *Fisher/Horwitz/Reed* (Hrsg.), American Legal Realism, S. 52.

¹⁹ Ebenso *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 33 ff., 47 ff., 57 ff., 72, 76 ff., 211 ff. im Anschluß an *Whitman*, 97 Yale L. J. 156, 157 ff. (1987); *Corbin*, A Tribute to Karl Llewellyn, 71 Yale L. J. 805, 811 f. (1962), die die Haupteinflüsse auf *Llewellyns* Denken in der Volksgeistlehre der historischen Rechtsschule sowie der damit verwandten Vorstellung eines in den natürlichen Rechtsverhältnissen »immanenten Rechts« im Sinne *Levin Goldschmidts* sehen; vgl. dazu *Sinzheimer*, Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft, 1953, S. 56 ff. Vorsichtiger dagegen *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 312, der den Einfluß *Eu-*

die rechtstheoretische Struktur des UCC in ihrer Gesamtheit, so zeichnet sie sich vor allem durch ein Charakteristikum aus: durch die gegenüber dem klassischen Common Law wesentlich weitergehende Berücksichtigung von Verkehrssitte und Handelsbrauch, die *Llewellyns* Grundüberzeugung zeigt, daß sich die vertraglichen Erwartungen der Parteien nur auf der Grundlage eines *verkehrstypischen* Verständnisses ihrer vertraglichen Vereinbarungen adäquat auslegen und schützen lassen.²⁰ Zum Ausdruck kommt dies nicht nur in den zahlreichen offenen Verweisungen und Typusbegriffen wie »usage of trade«, »course of dealing« oder »reasonable commercial standards of fair dealing«, deren sich der Code bedient,²¹ sondern auch in dem nicht Gesetz gewordenen Plan *Llewellyns*, die Handelsgerichtsbarkeit nach deutschem Vorbild mit sachkundigen Handelsschöffen besetzten Handelskammern zu übertragen.²² Insgesamt zielte *Llewellyn* also auf eine völlige Erneuerung der Rechtsfindungsmethode im Handelsrecht: an die Stelle starrer Regeln sollten flexible, an den tatsächlichen Gepflogenheiten des Handelsverkehrs orientierte Standards und damit konsequenterweise auch eine Rechtsprechung auf der Grundlage derselben Maßstäbe treten.

gen *Ehrlichs* in den Vordergrund stellt. Vgl. ferner *Herman*, 56 Tul. L. Rev. 1125, 1135 ff. (1982) zum Einfluß *Génys* und *Jherings*.

²⁰ Vgl. *Patterson*, Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code, 68 Tex. L. Rev. 169, 191 ff. (1989); *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 321 ff.; *Herman*, 56 Tul. L. Rev. 1125, 1134 ff. (1982); *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 493 ff. (1987).

²¹ Vgl. zu diesem mit dem üblichen Gesetzgebungsstil des Common Law brechenden Charakteristikum des UCC etwa *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 335 ff.; *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 73 ff.; *Herman*, 56 Tul. L. Rev. 1125, 1144 ff. (1982); *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 493 ff. (1987); aus dem umfangreichen älteren Schrifttum etwa *Mentschikoff*, Highlights of the Uniform Commercial Code, 27 Mod. L. Rev. 167, 168 ff. (1964); *Kripke*, The Principles Underlying the Drafting of the Uniform Commercial Code, 1962 U. Ill. L. F. 321, 329 ff.; *Hawkland*, Uniform Commercial »Code« Methodology, 1962 U. Ill. L. F. 291, 299 ff.; *Franklin*, 16 Law & Contemp. Probs. 330, 333 (1951); *Mooney*, 11 Vill. L. Rev. 213, 220 ff. (1966); *Note*, The Uniform Commercial Code as a Premise for Judicial Reasoning, 65 Colum. L. Rev. 880, 886 f. (1965); *Webster*, A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform and Enforce Contracts in Good Faith, 75 Or. L. Rev. 493, 512 ff. (1996); kritisch *Danzig*, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, 27 Stan. L. Rev. 621, 627 ff. (1975); *Hillmann*, Policing Contract Modifications under the UCC: Good Faith and the Doctrine of Economic Duress, 64 Iowa L. Rev. 849, 851 ff. (1979).

²² Vgl. §§ 93 ff. GVG. Gerade an diesem Vorhaben zeigt sich nach Ansicht *Whitmans* und *Minuths* der Einfluß *Goldschmidts*; vgl. *Whitman*, 97 Yale L. J. 156, 161 ff. (1987); *Minuth*, Uniform Commercial Code, S. 62 f., 68 ff., 80 ff. (übereinstimmend zur engen Verbindung zwischen »Volksgeist«, »immanentem Recht« und dem Gedanken »volkstümlicher« Schöffengerichte); dazu ferner *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 512 ff. (1987).

b) Treu und Glauben als Leitgedanke des UCC und das Problem sachgerechter Definition

In dieses Bild fügt sich auch der Umstand ein, daß UCC § 1–203, also eine mit §§ 242, 157 BGB vergleichbare Vorschrift des allgemeinen Teils, das gesamte Vertragsrecht dem Gebot von Treu und Glauben unterstellt: »Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.« Das Gebot von Treu und Glauben bildete in *Llewellyns* Konzeption also eine der wesentlichen Grundlagen, um Verträge im Sinne des »Erwarteten«, des »Verkehrstypischen« auszulegen und damit den eigentlichen Interessen der Parteien gerecht zu werden.²³ Dem entspricht es auch, daß der Code vor allem im kaufrechtlichen Artikel 2 zahlreiche weitere Verweisungen auf »good faith« enthält.²⁴

Trotz ihrer konzeptionellen Bedeutung leidet die konkrete Ausgestaltung dieser Klauseln, vor allem aber der im UCC unternommene Versuch einer Definition des Begriffs von Treu und Glauben jedoch unter erheblichen Ungeheimheiten, deren Hauptursache in einer begrifflichen Doppeldeutigkeit liegt: »good faith« kann im hergebrachten amerikanischen Vertragsrecht sowohl die Bedeutung von »Treu und Glauben« als auch – speziell im Wertpapierrecht – die wesentlich engere von »Gutgläubigkeit« als Voraussetzung des gutgläubigen Erwerbs besitzen.²⁵ Nur im Zusammenhang der zuletzt genannten, hier nicht einschlägigen Bedeutung kommt es dabei auf den Streit an, ob »good faith« nur bei positiver Kenntnis (»honesty in fact«²⁶) oder schon bei fahrlässiger Unkenntnis (»negligence«) entfällt.²⁷ Die erhebliche Schwäche der Verweisungen des UCC auf »good faith« liegt nun darin, daß diese nicht zwischen beiden Bedeutungen differenzieren bzw. sogar den vom Standpunkt der europäischen Kodifikationen aus geradezu abwegigen Versuch unternehmen, »good faith«

²³ In diesem Sinne insbesondere auch *Mentschikoff*, 27 Mod. L. Rev. 167, 168 (1964); ferner *Mooney*, 11 Vill. L. Rev. 213, 220 ff. (1966); *Patterson*, 68 Tex. L. Rev. 169, 191 ff. (1989). *Soia Mentschikoff*, Rechtslehrerin an der Columbia Law School und spätere Ehefrau *Llewellyns*, war als Berichterstatteerin für Art. 8 (Investment Securities) ebenfalls an der Entstehung des UCC beteiligt.

²⁴ Vgl. etwa UCC §§ 1–208; 2–305 (2); 2–306 (1); 2–311 (1); 2–712 (1). Vgl. zu weiteren, teils jedoch inhaltlich abweichenden Begriffsverwendungen von »good faith« im UCC auch *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 114 ff., 117 ff.; *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 210 Fn. 61 (1968).

²⁵ Vgl. etwa *Farnsworth*, Contracts, § 7.17 Fn. 3, S. 504; *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 117.

²⁶ Gelegentlich auch treffend als »rule of the pure heart and the empty head« bezeichnet; vgl. *Farnsworth*, 30 U. Chi. L. Rev. 666, 670 (1963); *Braucher*, 58 Colum. L. Rev. 798, 812 (1958).

²⁷ Vgl. dazu sowie allgemein zum Problem des gutgläubigen Erwerbs im Wertpapierrecht etwa *Gilmore*, The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase, 63 Yale L. J. 1057 ff. (1954); *Littlefield*, Good Faith Purchase of Consumer Paper: The Failure of the Subjective Test, 39 S. Cal. L. Rev. 48 ff. (1966).

auch in seiner *ersten* Bedeutung – als Prinzip von Treu und Glauben – der engen Definition des Gutgläubensbegriffs zu unterwerfen.²⁸

So expliziert UCC § 1–201 (19) den Begriff »good faith« allgemein und damit grundsätzlich auch mit Wirkung für UCC § 1–203 als »honesty in fact in the conduct or transaction concerned«, beschränkt sich also auf den ungeeigneten Maßstab der »honesty in fact«, während UCC § 2–103 (1) (b) im Bereich des Warenkaufs bei Beteiligung von Kaufleuten mit der kumulativen Begriffsbestimmung »honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade« einen zwar geringfügig weiteren, im Ergebnis aber ebenfalls nicht überzeugenden Ansatz zugrundelegt.²⁹ Im Ergebnis wird also keine dieser Begriffsbestimmungen der ursprünglichen Absicht *Llewellyns* gerecht, Treu und Glauben als allgemeinen Grundsatz vertraglicher Redlichkeit im UCC zu verankern; ein Umstand, der in der Literatur unter dem Aspekt der »Schwächung« oder »Entwertung« dieses Prinzips zurecht deutlich kritisiert wurde.³⁰

Andererseits änderten die engen Definitionen nichts daran, daß die General Klausel des UCC § 1–203 eine grundsätzliche Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben enthielt und damit jedenfalls insoweit eine deutliche Änderung gegenüber dem vorher geltenden Rechtszustand bewirkte, als sie den individualistischen Grundstrukturen des hergebrachten Vertragsrechts des Common Law (»*caveat emptor*«, »*arm's length dealing*«) erstmals ein ebenbürtiges Gegenprinzip vertraglicher Redlichkeit entgensetzte.³¹ Die eigentliche Bedeutung dieser Leistung wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß die mißglückten Definitionen des Code die Entwicklung des Prinzips von Treu und Glauben jedenfalls im Ergebnis nicht beeinträchtigen konnten: soweit feststellbar, hinderen sie die Rechtsprechung der einzelnen Staaten nicht daran, Treu und Glauben im Rahmen des UCC über den engen honesty-Begriff hinaus schließlich doch im Sinne eines allgemeinen Grundsatzes vertraglicher Redlichkeit anzuwenden.³²

²⁸ Kritisch dazu auch *Farnsworth*, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code, 30 U. Chi. L. Rev. 666, 667 ff., 673 (1963) (»one of the major casualties during the drafting of the Code«); *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 208 (1968); relativierend *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 122 ff.; *Burton*, 67 Iowa L. Rev. 1, 17 (1981).

²⁹ Historisch-kritisch dazu auch *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 209 ff. (1968) sowie *Mellinkoff*, The Language of the Uniform Commercial Code, 77 Yale L. J. 185, 215 (1967) mit folgender Parodie einer ähnlich mißglückten Definition des Code: »A mouse is what is eaten or caught by a trap or a cat.«

³⁰ Deutlich *Farnsworth*, 30 U. Chi. L. Rev. 666, 674 (1963) (»enfeebled«); im Anschluß daran auch *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 211 (1968). Vgl. auch *Llewellyn*, Why a Commercial Code?, 22 Tenn. L. Rev. 779, 784 (1953) zu dessen eigener Klage darüber, daß er zahlreiche Pläne nicht verwirklichen konnte.

³¹ Ebenso auch *Mentschikoff*, 27 Mod. L. Rev. 167, 168 (1964); *Mooney*, 11 Vill. L. Rev. 213, 220 ff. (1966); *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 (1982); *Burton*, Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code, 67 Iowa L. Rev. 1 (1981).

³² Vgl. *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 122 m.w.N.; *Burton*, 67 Iowa L. Rev. 1, 17 (1981).

3. Die allgemeine Anerkennung von Treu und Glauben als Prinzip des Common Law

Durch die Entstehung des UCC war damit die Grundlage gelegt, um Treu und Glauben schließlich auch darüber hinaus als allgemeinen Rechtsgedanken des Common Law anzuerkennen. Dieser letzte Schritt wurde in den auf die Entstehung des UCC folgenden Jahrzehnten vollzogen und durch Niederlegung des Prinzips von Treu und Glauben im zweiten *Restatement of Contracts* vollendet.³³

a) Das Prinzip von Treu und Glauben im Schrifttum

Zunächst weckte die Entstehung des UCC jedoch das wissenschaftliche Interesse an der Bedeutung von Treu und Glauben. Maßgebliche Bedeutung kam insoweit vor allem einer Abhandlung *Summers'* aus dem Jahre 1968 zu.³⁴ *Summers* gelang es erstmals, das gesamte im amerikanischen Common Law existierende Fallmaterial zu Treu und Glauben in systematische Fallgruppen zu ordnen und damit zu zeigen, daß dessen Substanz gewichtig genug war, um die Anerkennung eines allgemeinen Prinzips zu rechtfertigen.³⁵

Im einzelnen unterscheidet *Summers* zwischen den verschiedenen Funktionen von Treu und Glauben im Abschlußstadium, im Erfüllungsstadium sowie im Bereich der prozessualen Durchsetzung vertraglicher (Sekundär-)Ansprüche.³⁶ Dabei besitzt Treu und Glauben im Abschlußstadium zahlreiche der deutschen culpa in contrahendo ähnliche Funktionen, bildet also in Fällen wie dem treuwidrigen Abbruch von Vertragsverhandlungen oder der Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten die maßgebliche Wertungsgrundlage.³⁷

³³ Vgl. *Restatement (Second) of Contracts*, § 205 (1981); dazu etwa *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810 ff., 836 ff. (1982) (Abdruck der Vorschrift und des begleitenden Kommentars im Anhang); *ders.*, in: Wieacker-Symposium, S. 127, 131 f.

³⁴ 54 Va. L. Rev. 195 ff. (1968).

³⁵ Vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 266 (1968): »We now have a considerable body of law. If all the cases cited here were on the books of a single state, that state would have a rather fully developed doctrine of good faith.«

³⁶ »Bad faith in negotiation and formation of contracts«, »bad faith in performance«, »bad faith in raising and resolving contract disputes« sowie »bad faith in taking remedial action«; vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 220 ff., 232 ff., 243 ff. (1968). Speziell zu Treu und Glauben im Erfüllungs- und Durchsetzungsstadium auch *Andersen*, Good Faith in the Enforcement of Contracts, 73 Iowa L. Rev. 299, 301 ff. (1988). Außer Betracht läßt *Summers* die erst in jüngerer Zeit in einigen Bundesstaaten vollzogene Entwicklung von Treu und Glauben als Grundlage deliktischer Schadensersatzpflichten, die hier keiner näheren Darlegung bedarf; dazu etwa *Farnsworth*, Developments in Contract Law During the 1980's: The Top Ten, 41 Case W. Res. L. Rev. 203 ff. (1990); *Gergen*, A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas, 72 Tex. L. Rev. 1235 ff. (1994).

³⁷ Vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 220 ff., insbes. 223 ff., 228 ff. (1968); davor bereits grundlegend *Kessler/Fine*, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of

Im Erfüllungsstadium unterscheidet *Summers* zwischen Fallgruppen wie »evasion of the spirit of the deal«, »abuse of a power to specify terms« und »failure to cooperate with the other party's performance«,³⁸ die an die bereits erörterte ursprüngliche Bedeutung von Treu und Glauben im frühen Fallrecht New Yorks und Kaliforniens anknüpfen und sich – sucht man nach deutschen Funktionsäquivalenten – am ehesten mit einzelnen Fallgruppen leistungs- und treuebezogener Nebenpflichten im Rahmen der Konkretisierungsfunktion von § 242 BGB sowie mit verwandten Sonderregelungen wie §§ 315 ff. BGB vergleichen lassen. Die Fälle, die *Summers* schließlich im Zusammenhang der treuwidrigen Durchsetzung vertraglicher Ansprüche erörtert, entsprechen vielfach Fallgruppen, die im Rahmen der Dogmatik zu § 242 BGB im Bereich der unzulässigen Rechtsausübung angesiedelt sind.³⁹

b) Die Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben im zweiten Restatement of Contracts

Diese Fallgruppenanalyse bildete schließlich die Grundlage der Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben durch das 1981 erschienene zweite *Restatement of Contracts*.⁴⁰ Dessen § 205 lautet in enger Anlehnung an UCC § 1–203 wie folgt: »Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement.« Auch das zweite Restatement zielte dabei ebenso wie das bereits erwähnte erste aus dem Jahre 1932 darauf, den staatenübergreifend anerkannten Bestand des Common Law in systematischer Regelform darzustellen. Die Tatsache, daß es Treu und Glauben erstmals

Contract: A Comparative Study, 77 Harv. L. Rev. 401, 423 ff. (1964). Die meisten einschlägigen Entscheidungen in diesem Bereich beruhen zwar nicht unmittelbar auf dem Prinzip von Treu und Glauben, sondern bedienen sich naher Funktionsäquivalente wie der Figur des *promissory estoppel* in Fällen schutzwürdigen Vertrauens auf das Zustandekommen eines Vertrags, was jedoch an ihrem sachlichen Gehalt als Ausfluß von Treu und Glauben nichts ändert; vgl. etwa *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal.2d 409, 333 P.2d 757 (1958); *Hoffmann v. Red Owl Stores, Inc.*, 26 Wis.2d 683, 133 N.W.2d 267 (1965). Ähnlich auch *Farnsworth*, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev. 217 ff. (1987); *Palmieri*, Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations, 24 Seton Hall L. Rev. 70 ff. (1993); *Nedzel*, A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, 12 Tul. Eur. & Civ. L. F. 97 ff. (1997).

³⁸ Vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 234 ff., 239 ff., 241 ff. (1968).

³⁹ Vgl. die Fallgruppen des »wrongful refusal to accept the other's performance«, also der treuwidrigen Annahmeverweigerung, der »willful failure to mitigate damages«, also des Verstoßes gegen die Schadensminderungsobliegenheit (vgl. UCC § 2–706 (1); Funktionsäquivalent im deutschen Recht ist § 254 Abs. 2 BGB als Ausfluß von § 242 BGB; vgl. BGHZ 34, 355, 363 f.; Palandt-*Heinrichs*, § 254 Rz. 2 m.w.N.), sowie schließlich des »abuse of a power to terminate«, also der mißbräuchlichen Ausübung eines Kündigungsrechts; vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 249 ff. (1968).

⁴⁰ Zur Institution der durch das *American Law Institute* herausgegebenen »Restatements« vgl. bereits oben Fn. 7.

als allgemeinen Grundsatz des amerikanischen Vertragsrechts anerkennt, widerspiegelt also eine erkennbare Wertverschiebung weg von den individualistischen Grundprinzipien des Common Law hin zur stärkeren Berücksichtigung vertraglicher Redlichkeit und prinzipienorientierter Rechtsfindung.⁴¹

Die Bedeutung dieses Wandels wird auch in den Materialien zum zweiten Restatement und in der seine Entstehung begleitenden Literatur hervorgehoben. *Summers* bezeichnet § 205 des Restatement beispielsweise als »one of the truly major advances in American contract law during the past fifty years«,⁴² und zwar »for several reasons«:

»First, the sheer volume of case law and statutory development it reflects is vast. Second, the section symbolizes a commitment to the most fundamental objectives a legal system can have – justice, and justice according to law. Thus, it is of a piece with explicit requirements of ›contractual morality‹ such as the unconscionability doctrine and various general equitable principles. The increasing recognition of such principles is one of the hallmarks of the law of our time. Third, although the general duty of good faith and fair dealing is no more than a minimal requirement (rather than a high ideal), its relevance in contractual matters is peculiarly wide-ranging (...). Fourth, section 205 embodies a general requirement that has a distinctively significant role to play in the law. It is a kind of ›safety valve‹ to which judges may turn to fill gaps and qualify or limit rights and duties otherwise arising under rules of law and specific contract language. Finally, as an explicit general requirement, it has all the advantages of a direct and overt tool rather than an indirect and covert one. In the long history of contract, judges who have not had such a tool ready to hand have either had to leave bad faith unredressed or resort to indirect and covert means, thereby fictionalizing the law or otherwise begetting unclarity, unpredictability, or inequity.«⁴³

An diesen Ausführungen fällt vor allem eines ins Auge: ihre frappierende Ähnlichkeit mit den materiellen, formalen und institutionellen Argumenten zugunsten von Generalklauseln innerhalb der deutschen Debatte, die die strukturelle Ähnlichkeit des Wertungshintergrunds der Anerkennung von Treu und Glauben im amerikanischen Recht anschaulich belegt.⁴⁴ Darüber hinaus enthalten die Materialien zur Entstehung des Restatement sogar einen ausdrücklichen

⁴¹ Ähnlich auch *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810 ff. (1982); grundlegend zur parallelen Wertverschiebung aus englischer Perspektive ferner *Atiyah*, *Rise and Fall*, S. 681 ff., 716 ff.; vorsichtiger hingegen *Braucher*, *Freedom of Contract and the Second Restatement*, 78 Yale L. J. 598 ff., 615 f. (1969), der – als an der Entstehung des zweiten Restatement beteiligter Berichtersteller, der unter anderem für das Prinzip von Treu und Glauben in § 205 zuständig war – auch die verbleibende Bedeutung der Vertragsfreiheit betont.

⁴² *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982).

⁴³ *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 811 f. (1982).

⁴⁴ Dies zeigt die zitierte Stelle bei *Summers* sehr plastisch. So äußert sich die materielle Dimension der Generalklauselproblematik auch hier wieder in der Verbindung von good faith und »contractual morality« sowie »justice«, also materialer Gerechtigkeit, während der formale Wertungsgegensatz in dem Verweis auf die Vorzüge von Treu und Glauben als »overt tool« zum Ausdruck kommt. Paradigmatisch für den institutionellen Grundwiderspruch ist schließlich das Bild des »safety valve«, also der Funktion von Treu und Glauben als »Sicherheitsventil« richterlicher Freiheit zur Rechtsfortbildung. Insgesamt enthält also praktisch je-

Hinweis auf die historische Entwicklung von Treu und Glauben im deutschen Recht.⁴⁵

Dies legt es nun abschließend nahe, Treu und Glauben auch im amerikanischen Privatrecht unter dem Blickwinkel der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens zu untersuchen und damit die Wertungsähnlichkeit dieser Entwicklung mit derjenigen der deutschen Generalklauseln nochmals zu unterstreichen.

II. Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht vor dem Hintergrund der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Im wesentlichen ergibt sich diese Wertungsähnlichkeit bereits aus den bisherigen Ausführungen. Betrachtet man zunächst die frühen Anwendungsfälle von Treu und Glauben in Konstellationen wie den erörterten *output and requirement contracts*, so diente die Berufung auf dieses Prinzip bereits damals dazu, die strikte Bindung an den Wortlaut des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags, der der einseitigen Bestimmung der Abnahmemenge keine Grenzen setzte, im Interesse fremdnütziger, d.h. *kollektivistischer* Rücksichtnahme auf die andere Partei zu durchbrechen.⁴⁶ Dabei ermöglichte es die dogmatische Einkleidung dieser Wertung als *implied covenant* bzw. als ergänzende Vertragsauslegung sogar, die entgegengesetzten Anforderungen von Individualismus und Kollektivismus scheinbar bruchlos innerhalb der anerkannten Vertragsrechtsdogmatik des Common Law zum Ausgleich zu bringen.⁴⁷ Darüber hinaus stellte sich die Berufung auf Treu und Glauben in derartigen Konstellationen stets auch als Schritt in die Richtung einzelfallbezogener Gerechtigkeit sowie – als richterliche Vertragsergänzung – in die größerer Richterfreiheit dar.

der einzelne Satz des zitierten Abschnitts eine der bereits aus der deutschen Generalklauseldebate bekannten Grundwertungen.

⁴⁵ In der Diskussion über die Vorläuferfassung von § 205 des zweiten Restatement bezog sich dessen Verfasser *R. Braucher* ausdrücklich auf die deutsche Entwicklung, um die potentiellen Gefahren der allgemeinen Anerkennung von Treu und Glauben zu verdeutlichen; vgl. *Summers*, 67 *Cornell L. Rev.* 810, 815 (1982): »It became, in the days of the great inflation following World War One, a license for judicial remaking of contracts way beyond anything that ever happened in the United States. Now, I suppose if we got to a place where you had 25 per cent inflation every month that you might find some judicial activism here too. Hopefully, we don't have to face that problem.« Dies änderte jedoch nichts an der unveränderten Annahme der Vorschrift.

⁴⁶ Vgl. *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1721 (1976).

⁴⁷ Zur Kritik dieses Mechanismus vgl. bereits *O. W. Holmes*, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 466 (1897).

In entsprechender Weise lassen sich auch die späteren Entwicklungsstufen des amerikanischen good faith-Prinzips interpretieren. *Llewellyns* Gedanke des Schutzes vertraglicher Vertrauensinvestitionen durch Treu und Glauben ist auch Ausdruck der Abkehr der Realists von der individualistischen Vertragsrechtsdogmatik des Common Law und damit als Ausfluß der übergreifenden Tendenz in die Richtung materialen und einzelfallbezogenen Gerechtigkeitsdenkens zu deuten, die seit 1929 die gesamte Rechtsentwicklung der Depressionszeit prägte und schließlich ab 1937 in der Sozialgesetzgebung des New Deal kulminierte.⁴⁸ Daß Entsprechendes schließlich auch für die endgültige Anerkennung des Prinzips von Treu und Glauben in den sechziger und siebziger Jahren gilt, die ebenfalls Ausdruck einer international synchron verlaufenden Materialisierungstendenz war, haben bereits die oben zitierten Ausführungen *Summers'* gezeigt.

Insgesamt stellt sich die Entwicklung von Treu und Glauben also auch im amerikanischen Rechtsdenken als Ausdruck einer kontinuierlichen Wertverschiebung in die Richtung kollektivistischen und einzelfallbezogenen Gerechtigkeitsdenkens sowie größerer richterlicher Freiheitsgrade dar.⁴⁹ Wesentlich ist es aber auch in diesem Zusammenhang wieder, sich über das Verhältnis von Ursache und Wirkung im klaren zu sein: wie in Deutschland stellte die Entwicklung und sukzessive Anerkennung von Treu und Glauben auch in Amerika nicht *Grund*, sondern *Folge* des in der Rechtsordnung *von vornherein* angelegten Spannungsverhältnisses zwischen den drei privatrechtlichen Grundwidersprüchen und dessen historischen Wandels dar.⁵⁰

⁴⁸ Vgl. dazu *Horwitz*, Transformation of American Law, S. 193 ff., 213 ff. Ausdrücklich zu dem der Entwicklung von Treu und Glauben zugrundeliegenden Wertewandel etwa auch *Kessler/Fine*, 77 Harv. L. Rev. 401, 448 (1964): »The classical ideas of freedom of contract and arm's length dealings are constantly being challenged and modified in response to the demands of good faith and fair dealing.« Ähnlich auch *DiMatteo*, Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law, 33 New Eng. L. Rev. 265 ff. (1999).

⁴⁹ Vgl. ähnlich aus englischer Perspektive bereits *Atiyah*, Rise and Fall, S. 681 ff., 716 ff.

⁵⁰ Ähnlich auch *Kennedy*, Rise and Fall, S. 100 ff., 109 ff., 246 f. und *passim*.

§ 8 Die Debatte über Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken

Insgesamt folgt aus den bisherigen Ausführungen also, daß es auch im amerikanischen Privatrechtsdenken nicht möglich ist, der Funktion von Treu und Glauben ohne Berücksichtigung des Hintergrunds der privatrechtlichen Grundwidersprüche gerecht zu werden. Diese Einsicht soll nun abschließend anhand der im amerikanischen Schrifttum geführten Debatte über Treu und Glauben belegt werden, die trotz ihrer im Vergleich mit der deutschen Diskussion teilweise unterschiedlichen Schwerpunktsetzung bemerkenswert ähnliche Fragestellungen und Probleme aufwirft.

I. Rechtfertigung und Begriff von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrechtsdenken

Gegenstand der amerikanischen Debatte sind vor allem die Fragen der rechtspolitischen Rechtfertigung sowie der »Bedeutung« bzw. analytischen Präzisierung des Prinzips von Treu und Glauben.¹ Dabei weist auf den ersten Blick vor allem die zweite Fragestellung Ähnlichkeiten mit der Frage nach dem Begriff bzw. der Konkretisierung von Generalklauseln im deutschen Schrifttum auf. Bei näherem Zusehen existieren elaborierte Ansätze zur Definition des Begriffs von Treu und Glauben in der amerikanischen Diskussion allerdings nur auf der Grundlage einiger weniger Kriterien, während die typische Wertungsstruktur der Debatte über Generalklauseln – der generell größeren Offenheit des amerikanischen Rechtsdenkens im Hinblick auf rechtspolitische bzw. »policy«-Argumentation entsprechend² – vor allem im Zusammenhang der zuerst genannten Problematik der rechtspolitischen Grundlagen von Treu und Glauben zutage tritt. Die folgenden Ausführungen werden daher mit dieser Frage beginnen.

¹ Zu ersterem vgl. etwa *Burton*, 95 Harv. L. Rev. 369, 392 ff. (1980) (»justification« of the good faith performance doctrine); zu letzterem etwa *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 196, 199 ff. (1968); *Litvinoff*, Good Faith, 71 Tul. L. Rev. 1645, 1648 ff. (1997) (»meaning« of good faith).

² In der bis in die Gegenwart hinein der Einfluß des Realismus nachwirkt; vgl. etwa *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 243 ff.

1. Zur rechtspolitischen Rechtfertigung von Treu und Glauben

Weshalb ist die Anerkennung eines Prinzips von Treu und Glauben im Privatrecht wünschenswert? Betrachtet man die insoweit im amerikanischen Schrifttum vertretenen Erklärungsansätze, so werden – mit der einzigen Ausnahme des Versuchs ökonomischer Rechtfertigung – bereits auf den ersten Blick Ähnlichkeiten mit der deutschen Generalklauseldebatte erkennbar.

a) Treu und Glauben und Vertragsmoral

Zunächst wird Treu und Glauben auch im amerikanischen Rechtsdenken immer wieder als »moralisches« Korrektiv der »liberalen« Privatrechtsordnung diskutiert.³ Ruft man sich etwa nochmals die zitierten Ausführungen *Summers'* vor Augen, daß Treu und Glauben Ausdruck des Gerechtigkeitsgehalts des Privatrechts – »justice according to law« – und deshalb »of a piece with explicit requirements of contractual ›morality‹«⁴ sei, so liegt die Parallelität mit dem im deutschen Schrifttum vertretenen Gedanken der Konkretisierung der Generalklauseln durch Grundsätze der Verkehrssitte oder Sozialmoral auf der Hand; dies vor allem in Anbetracht dessen, daß sich auch *Summers* der Tatsache bewußt ist, daß Treu und Glauben insoweit nicht mehr als »a minimal standard rather than a high ideal«⁵ darstellen kann. Dies entspricht also in jeder Hinsicht der im deutschen Recht üblichen Interpretation von Treu und Glauben bzw. der Guten Sitten als Verweisung auf das ethische Minimum einer allgemein geteilten Sozialmoral.

Dementsprechend ist es naheliegend, daß der Anerkennung von Treu und Glauben auch im amerikanischen Rechtsdenken immer wieder der Einwand unzulässiger Vermischung von Recht und Moral entgegengehalten wird.⁶ »You have already mentioned other factors which presumably have impeded accep-

³ Dabei herrscht fast allgemeine Übereinstimmung darüber, daß das Prinzip von Treu und Glauben rein *faktisch* zu den Grundlagen vertraglicher »Moralität« gehört; vgl. in diesem Sinne etwa *Stankiewicz*, Good Faith Obligation in the Uniform Commercial Code, 7 Val. U. L. Rev. 389, 400 ff., insbes. 409 (1973) (der sogar auf dem Standpunkt steht, daß Treu und Glauben im Schrifttum bisher einseitig *nur* unter moralischen Aspekten behandelt wurde); *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1721 (1976). Eine explizit moralische Zwecksetzung von Treu und Glauben befürworten dagegen – ähnlich wie in der deutschen Debatte – nur wenige Autoren, darunter insbesondere *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 265 f. (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 826 ff., 834 f. (1982); *ders.*, in: Wieacker-Symposion, S. 127, 130 f. sowie *Eisenberg*, Good Faith Under the Uniform Commercial Code – A New Look at an Old Problem, 54 Marq. L. Rev. 1, 2 (1971). Kritisch dagegen *Gillette*, Limitations on the Obligation of Good Faith, 1981 Duke L. J. 619, 620 ff. (1981).

⁴ *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 811 (1982).

⁵ *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 266 (1968).

⁶ So etwa von *Gillette*, 1981 Duke L. J. 619, 631 ff., der Treu und Glauben als Grundlage von »judicially compelled altruism« ausdrücklich ablehnt.

tance of good faith in our contract law – ... fear of judicial moralism. Anti-paternalism, the ideology of free contract, and regard for ›arms-length‹ bargaining have no doubt played a part, too.«⁷ Dabei besitzt der Gedanke der Trennung von Recht und Moral in der angloamerikanischen *Analytical Jurisprudence* in der Tradition *Benthams*, *Austins*, *O. W. Holmes'* und *H.L.A. Harts* eine zweite, sogar besonders einflußreiche Wurzel. So übte vor allem *Harts* dezidierte Verteidigung der positivistischen »distinction between what the law is and what it ought to be« seit Mitte des 20. Jahrhunderts prägenden Einfluß auf das angloamerikanische Rechtsanwendungsverständnis aus und hemmte die Bereitschaft, sich im Rahmen von Termini wie »good faith« offen auf moralische Gebote zu berufen.⁸

Nun haben allerdings bereits die Erörterungen zur auf *Kant* zurückgehenden deutschen Version der Trennungsthese gezeigt, daß deren eigentliche, legitime Bedeutung durch die Berücksichtigung moralischer Argumente im Rahmen der Generalklauseln gar nicht tangiert wird;⁹ und Entsprechendes gilt nach hier vertretener Ansicht auch für die Trennungsthese des englischen Rechtspositivismus. Denn richtig verstanden beschränkt sich deren Anspruch allein auf die zutreffende, ja geradezu selbstverständliche Einsicht, daß eine Norm noch nicht deshalb zur Rechtsnorm wird oder umgekehrt ihren Rechtsnormcharakter verliert, weil sie ethischen Geboten entspricht oder widerspricht.¹⁰ Daraus folgt jedoch gerade *nicht*, daß das *Recht* nicht *selbst* in vielfacher Hinsicht den Bestand moralischer Wertungen in der Gesellschaft widerspiegelt und in Generalklauseln wie Treu und Glauben zum Ausdruck bringt.¹¹ Damit stellt sich der Verweis auf die Trennung zwischen Recht und Moral jedoch auch im Rahmen der amerikanischen Debatte letztlich als Scheinargument, als bloße Chiffre dar, hinter der sich in Wirklichkeit das Bestreben verbirgt, kollektivistische Rücksichtnahmegebote möglichst weitgehend zugunsten der individualistischen Grundprinzipien des Vertragsrechts zurückzudrängen.

Im Ergebnis bedeutet dies jedoch, daß damit auch die amerikanische Debatte zwangsläufig in ein entsprechendes Dilemma zwischen vertraglicher Moralität und Unzulässigkeit moralischer Rechtsbegründung mündet wie die deutsche Generalklauseldiskussion. *Summers'* Ausführungen, die einerseits den moralischen Zweck der Anerkennung von Treu und Glauben in den Mittelpunkt stel-

⁷ *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 266 (1968).

⁸ Grundlegend *H.L.A. Hart*, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 Harv. L. Rev. 593, 595 ff., insbes. 599 (1958); *ders.*, *The Concept of Law*, S. 185 ff., 200 ff.; vgl. auch *MacCormick*, *H.L.A. Hart*, 1981, S. 24 ff.; *Summers*, *The New Analytical Jurists*, 41 N.Y.U. L. Rev. 861, 889 f. (1966); dazu noch näher unten § 9 m.w.N.

⁹ Dazu oben § 6 II 1 a) mit Fn. 95.

¹⁰ Vgl. *H.L.A. Hart*, 71 Harv. L. Rev. 593, 599 (1958); *ders.*, *The Concept of Law*, S. 185 f.

¹¹ So *H.L.A. Hart* ausdrücklich selbst; vgl. 71 Harv. L. Rev. 593, 598 f. (1958) sowie *ders.*, *The Concept of Law*, S. 203 f. Dazu noch unten § 9.

len, sich aber andererseits stets des relativierenden Einwands des »judicial moralism« bewußt bleiben, bieten hierfür ein anschauliches Beispiel.¹²

b) Schutz sozialtypischer Vertragserwartungen durch Treu und Glauben

In Anbetracht dieses Dilemmas wird auch in der amerikanischen Diskussion oft nicht der moralische, sondern stattdessen der empirisch-soziale Gehalt von Treu und Glauben in den Vordergrund gestellt. Große Bedeutung besitzt dabei insbesondere der Gedanke, daß Treu und Glauben als Anknüpfungspunkt von Handelsbrauch und Verkehrssitte erforderlich sei, um die Sensibilität des Vertragsrechts gegenüber den realen Gegebenheiten des Privatrechtsverkehrs zu erhöhen und damit den wahren Interessen der Parteien gerecht zu werden.

Dabei handelte es sich, wie gesehen, um einen der Grundgedanken des UCC,¹³ der enge Parallelen mit den in der deutschen Debatte vertretenen Theorien zur Konkretisierung der Generalklauseln durch soziale Normen oder sozialtypische Maßstäbe als Inbegriff des »Typischen«, »Erwarteten« oder »Üblichen« aufweist. Der Rationalitätsanspruch derartiger Ansätze reichte in der deutschen Debatte nun zwar nicht über eine auf »mittlerer Ebene« zwischen den Extremen völliger Offenheit und strikter Bindung angesiedelte Konkretisierung der Generalklauseln hinaus.¹⁴ Die Besonderheit von *Llewellyns* Konzeption des UCC liegt jedoch in dem Gedanken, daß sich die Rechtsfindung auf der Grundlage von Handelsbrauch und Verkehrssitte eben doch weitestgehend rationalisieren läßt, ja daß deren Heranziehung sogar zu einer *Steigerung* der Rechtssicherheit führt, indem sie die offene Berücksichtigung der betroffenen Interessen im Kontext ihrer verkehrüblichen Bedeutung erlaubt.¹⁵ Nach *Llewellyn* bietet ein derartiger »Grand Style« der Rechtsfindung also gerade *infolge* seiner Flexibilität mehr Gewähr für Berechenbarkeit und Rechtssicherheit als ein reines Regelsystem.¹⁶

Doch diesem Ansatz stehen auch in der amerikanischen Debatte die bereits aus der deutschen Diskussion bekannten Einwände entgegen. So erwies sich

¹² Vgl. einerseits *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 811 (1982); andererseits *ders.*, 54 Va. L. Rev. 195, 266 (1968).

¹³ Vgl. etwa *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 335 ff.; *Herman*, 56 Tul. L. Rev. 1125, 1144 ff. (1982); *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 493 ff. (1987); *Patterson*, 68 Tex. L. Rev. 169, 191 ff. (1989); *Mentschikoff*, 27 Mod. L. Rev. 167, 168 ff. (1964); *Mooney*, 11 Vill. L. Rev. 213, 220 ff. (1966); ähnlich wie *Llewellyn* auch bereits *Powell*, Good Faith in Contracts, 9 Current Leg. Probs. 16 ff., 37 f. (1956). Vgl. auch oben § 7 I 2 a), b).

¹⁴ Vgl. bereits oben § 6 I 2 b).

¹⁵ Vgl. dazu etwa *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 495 (1987); *Mentschikoff*, 27 Mod. L. Rev. 167, 170 (1964).

¹⁶ Zu *Llewellyns* Konzept eines »Grand Style« im Sinne des beschriebenen Ideals teleologischer, rechtstatsachenbewußter Rechtsfindung vgl. etwa *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, S. 210 ff.; *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 495 ff. (1987); *Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, 1967, S. 19 ff.

der Gedanke einer Konkretisierung auf »mittlerer Ebene« in der deutschen Debatte – wie gesehen – als stets unter dem Aspekt notwendig verbleibender Rechtsunsicherheit angreifbar. Entsprechend wurde auch in der amerikanischen Debatte gegen *Llewellyns* Ansatz geltend gemacht, daß die Erwartung gesteigerter Rechtssicherheit zumindest dann illusorisch sei, wenn keine gesicherten sozialen Normen existieren oder nachweisbar sind, so daß sich folglich auch die Gefahr richterlichen Mißbrauchs auf dieser Grundlage niemals ganz ausschließen lasse.¹⁷ Darüber hinaus wurde *Llewellyn* zurecht entgegengehalten, daß die rechtliche Festschreibung sozialer Normen zu deren zunehmender »Versteinerung« führen, also im Ergebnis deren Entwicklungsfähigkeit und Flexibilität zerstören und damit sogar völlig kontraproduktiv wirken könne. Im Ergebnis eignet sich damit auch der Gedanke der Einbeziehung sozialer Normen nicht als abschließende Grundlage der Rechtfertigung von Treu und Glauben.¹⁸

c) Treu und Glauben als Ansatzpunkt von Einzelfallgerechtigkeit und das Problem der Ökonomie der Form

Fragt man weiter, ob sich die Anerkennung von Treu und Glauben unter dem Aspekt der Gewährleistung richterlicher Einzelfallgerechtigkeit rechtfertigen läßt, so existiert im amerikanischen Privatrechtsdenken auch insoweit wieder eine Debatte, die in vielfacher Hinsicht der deutschen gleicht. So wird für die Anerkennung von Treu und Glauben auch im amerikanischen Schrifttum das Interesse der Einzelfallgerechtigkeit und Flexibilität angeführt,¹⁹ dem ebenfalls der Einwand der Rechtsunsicherheit und Richterwillkür durch den Mißbrauch von Treu und Glauben als beliebige »license for the exercise of judicial or juror intuition« entgegensteht.²⁰ Dem läßt sich zwar mit *Llewellyn* wiederum entgegengehalten, daß ein gewisser Bestand an Prinzipien innerhalb der Privatrechtsordnung sogar im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich sein kann, um die offene Berücksichtigung der betroffenen Interessen zu ermöglichen und die Gefahr zweckentfremdender Regelanwendung zu bannen;²¹ doch auch dieses

¹⁷ So insbesondere *Malcolm*, *The Proposed Commercial Code*, 6 Bus. Law. 113, 128 (1951).

¹⁸ Vgl. *Malcolm*, 6 Bus. Law. 113, 128 (1951).

¹⁹ Vgl. etwa *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 215, 265 (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 (1982); *Note*, 65 Colum. L. Rev. 880, 886 f., 892 f. (1965); in ähnlichem Zusammenhang auch *Ellinghaus*, 78 Yale L. J. 757 ff., 814 f. (1969).

²⁰ Zitat bei *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369 f. (1980); ähnlich auch *Gillette*, 1981 Duke L. J. 619, 643 ff.

²¹ Vgl. *Llewellyn*, 52 Harv. L. Rev. 700, 703 (1939): »Covert tools are never reliable tools.« Dazu auch *Wiseman*, 100 Harv. L. Rev. 465, 495 (1987); *Mentschikoff*, 27 Mod. L. Rev. 167, 170 (1964); *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 (1982) sowie bereits oben bei Fn. 16.

Argument besitzt, wie die Einwände gegen *Llewellyns* Ansatz gezeigt haben, allenfalls begrenzte Tragfähigkeit.²²

Zudem berufen sich Teile des amerikanischen Schrifttums auf die bereits diskutierte ökonomische Effizienz der durch die Anerkennung von Treu und Glauben möglichen Entlastung des Vertragsrechts und der Vertragspraxis. Danach tragen Treu und Glauben und ähnliche Prinzipien dazu bei, Transaktionskosten zu vermeiden, indem sie einen Ansatzpunkt für die Berücksichtigung der im Vertrag nicht explizit zum Ausdruck gekommenen Interessen schaffen und die Parteien dadurch von der kostspieligen Notwendigkeit befreien, jede Eventualität bis ins einzelne regeln zu müssen.²³ So zutreffend dies in Anbetracht der Ergänzungsbedürftigkeit der meisten Verträge im Regelfall auch sein mag, gilt jedoch wiederum, daß durch die Unsicherheit, mit der Prinzipien wie Treu und Glauben die Durchsetzbarkeit vertraglicher Vereinbarungen belasten, neue Transaktionskosten entstehen, die den Nutzen flexiblerer Vertragsgestaltung aufwiegen oder sogar übertreffen können²⁴ und daß die dadurch bewirkte Aufweichung der Vertragsrechtsordnung längerfristig die Anreize zu regelkonformem Verhalten im Privatrechtsverkehr zerstören kann.²⁵ Daraus folgt, daß sich die Anerkennung von Treu und Glauben auch auf ökonomischer Grundlage nicht zweifelsfrei rechtfertigen läßt.²⁶

d) Treu und Glauben als »Ventil« richterlicher Rechtsfortbildung

Entsprechendes gilt schließlich auch für die letzte große Wertungsfrage, die im Rahmen der rechtspolitischen Rechtfertigung des Prinzips von Treu und Glauben begegnet: dessen Bedeutung als Ansatzpunkt richterlicher Rechtsfortbildung. Einerseits wird Treu und Glauben, wie bereits anhand der Ausführungen *Summers'* gesehen, auch in der amerikanischen Diskussion als

²² Vgl. bereits oben bei Fn. 17 und 18 sowie *Leff*, 115 U. Penn. L. Rev. 485, 558 f. (1967), der *Llewellyns* Argument hinsichtlich »covert tools« gerade umgekehrt auf die unbestimmten Generalklauseln des UCC bezieht.

²³ So etwa *Posner*, *Economic Analysis*, S. 95, 114, 555 ff.; *Ehrlich/Posner*, 3 J. Leg. Stud. 257, 267 ff. (1974) sowie vor allem *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 393 f. (1980): »The alternatives to detailed planning are (1) relying on legal rules that supply a set of normal terms that otherwise would be negotiated, or (2) in the absence of such terms, bearing the cost of uncertainty. The good faith performance doctrine provides such a set of legal rules and gives parties who wish to reduce uncertainty the choice of engaging in more detailed planning or substituting good faith at the margin. The good faith performance doctrine thus makes the short contract, one that requires relatively more interpretation and implication, less risky and therefore less costly.«

²⁴ Vgl. etwa *Gillette*, 1981 Duke L. J. 619, 632 ff.; dazu auch *Posner*, *Economic Analysis*, S. 555 ff.; *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 (1976); jeweils unter Auseinandersetzung mit beiden Ansichten.

²⁵ Dazu instruktiv *Kennedy*, 89 Harv. L. Rev. 1685, 1689 (1976) sowie schon oben § 2 I 3 b).

²⁶ So insbesondere auch *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 827 (1982).

»safety valve«, also als »Sicherheitsventil« zur einzelfallbezogenen Rechtskorrektur wahrgenommen.²⁷ Zudem spielt auch insoweit der Gedanke eine Rolle, daß der Richter oft eher als der Gesetzgeber in der Lage ist, flexibel auf neu auftretende Rechtsprobleme zu reagieren und damit künftiges gesetzgeberisches Handeln vorzubereiten: »Judges, situated as they are in the midst of the relevant circumstantial detail, are in the best position to know when to turn this valve.«²⁸ Andererseits wird aber auch in der amerikanischen – nicht anders als in der deutschen – Debatte immer wieder das Bedenken geäußert, daß freie richterliche Rechtsschöpfung als unzulässige »judicial legislation«, also als Anmaßung quasi »legislativer« Kompetenzen durch die Judikative abzulehnen sei und daß Treu und Glauben dem Richter keine Befugnis gebe, in die dem Gesetzgeber vorbehaltene Sphäre rechtspolitischer Entscheidungen vorzudringen:²⁹ »It has even been said that courts are not free to require good faith; only the legislature can.«³⁰

Damit gleicht die amerikanische Diskussion auch im Hinblick auf ihre institutionelle Dimension, also das Dilemma zwischen Richterbindung und Richterfreiheit, der deutschen Generalklauseldebatte. Bemerkenswert ist dabei wiederum, daß die methodologischen Differenzen zwischen Civil Law und Common Law darauf keinen Einfluß haben: so spielt es für die Wahrnehmung der Gefahr richterlichen Mißbrauchs der Generalklausel von Treu und Glauben durch das Schrifttum offenbar keine Rolle, ob der Richter – wie im Common Law – zur präjudiziellen Fortbildung des Rechts ermächtigt ist oder nicht.

²⁷ Vgl. etwa *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 215 f. (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 812 (1982); *Ellinghaus*, 78 Yale L. J. 757 ff., 814 f. (1969).

²⁸ *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 216 (1968).

²⁹ So etwa *Gillette*, 1981 Duke L. J. 619, 649 ff.; ferner *Danzig*, 27 Stan. L. Rev. 621, 622 ff. (1975). Vgl. auch *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 815 (1982) zu den von *R. Braucher* im Zusammenhang der Entstehung von § 205 des *Restatement (Second) of Contracts* geäußerten Bedenken; dazu bereits oben § 7 I 3 b) mit Fn. 45.

³⁰ So *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 266 (1968) unter Verweis auf *Bushwick-Decatur Motors, Inc. v. Ford Motor Co.*, 116 F.2d 675, 677 (2d Cir. 1940): »Such a limitation [of good faith] can be read into the agreement only as an overriding requirement of public policy. This seems an extreme step for judges to take. ... To attempt to redress this balance by judicial action without legislative authority appears to us a doubtful policy. We have no proper facilities to weigh economic factors, nor have we before us a showing of the supposed needs which may lead the manufacturers to require these seemingly harsh bargains.« Kritisch im Hinblick auf die richterliche Sachkompetenz auch *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 426 ff.; dagegen oben § 3 II 2 b) mit Fn. 68.

2. Zur Möglichkeit begrifflicher Konkretisierung von Treu und Glauben

Vor diesem Hintergrund zielen nun manche Stimmen darauf, die legitime Funktion von Treu und Glauben stattdessen aus der begrifflich-analytischen »Bedeutung« dieser Generalklausel herzuleiten.³¹ Dabei ist das amerikanische Schrifttum allerdings in theoretischer Hinsicht weniger weit gediehen als das deutsche: während dieses aus fast jeder Wertung, die im Rahmen der Generalklauseldebatte eine Rolle spielt, stets zugleich auch eine Begriffs- oder Konkretisierungstheorie herzuleiten versucht, sind die in der amerikanischen Literatur vertretenen Theorien zum Begriff von Treu und Glauben nicht nur weniger zahlreich, sondern vor allem auch inhaltlich enger begrenzt. Daher beschränken sich die folgenden Ausführungen exemplarisch auf die drei bedeutsamsten Definitionsansätze.

a) Die Definitionsversuche des UCC

Zum Kreis dieser Ansätze zählen zunächst die Definitionen von Treu und Glauben durch den UCC als »honesty in fact in the conduct or transaction concerned« (UCC § 1–201 (19)) bzw. als »honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing in the trade« (UCC § 2–103 (1) (b)).³² Wie gesehen, versuchte *Llewellyn* in diesen Begriffsbestimmungen seine Konzeption von Treu und Glauben als Ansatzpunkt von Handelsbrauch und Verkehrssitte umzusetzen, konnte diesen Plan allerdings nur im Zusammenhang der zweiten, ihrem Anwendungsbereich nach auf den Sales-Artikel des UCC beschränkten Definition ansatzweise verwirklichen, während sich die erste, zentrale Definition in sachwidriger Weise auf das nur im Kontext des gutgläubigen Erwerbs relevante Kriterium der »honesty in fact« beschränkt. Die Frage, ob auf dieser Grundlage eine tragfähige Begriffsbestimmung von Treu und Glauben möglich ist, beantwortet sich in Anbetracht der Unbrauchbarkeit dieses Kriteriums also bereits von selbst.

Darüber hinaus wäre der Versuch des UCC, Treu und Glauben positiv zu definieren, jedoch auch unabhängig von der Problematik des »honesty«-Begriffs zum Scheitern verurteilt. Denn selbst wenn man stattdessen *Llewellyns*

³¹ So vor allem *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195 f., 199 ff. (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 816 ff. (1982); *ders.*, in: Wieacker-Symposium, S. 127, 133 ff.; ein Ausgangspunkt, in dem offenbar *Summers'* eigene Affinität zur *Analytical Jurisprudence* und deren Beschäftigung mit Begriffsanalyse zum Tragen kommt; vgl. *Summers*, 41 N.Y.U. L. Rev. 816, 866 ff. (1966). Im Ergebnis gelangt *Summers* jedoch zu der zutreffenden Einsicht, daß sich Treu und Glauben gerade *nicht* auf eine einheitliche »Bedeutung« reduzieren läßt; vgl. deutlich 67 Cornell L. Rev. 810, 829 f. (1982). Dazu noch näher unten § 8 I 2 c).

³² Dazu oben § 7 I 2 b).

Kriterium der »reasonable commercial standards« in den Mittelpunkt rückt und von den dagegen bereits erhobenen Einwänden absieht,³³ wäre es nicht möglich, auf dieser Grundlage dem *gesamten* ethischen, sozialen, ökonomischen, formalen und institutionellen Bedeutungsumfang gerecht zu werden, den Treu und Glauben auch im amerikanischen Rechtsdenken besitzt. Dem Gedanken, den Begriff »Treu und Glauben« stets *ausschließlich* als Verweisung auf Handelsbrauch und Verkehrssitte zu definieren, wäre also auch im amerikanischen Rechtsdenken nicht anders als den entsprechenden Einheitstheorien im Rahmen der deutschen Konkretisierungsdebatte der Einwand entgegenzuhalten, daß er der charakteristischen Offenheit der Generalklauseln nicht gerecht werden kann: »If an obligation of good faith is to do its job, it must be open-ended rather than sealed off in a definition. Courts should be left free, under the aegis of a statutory green light, to deal with any and all significant forms of contractual bad faith, familiar and unfamiliar. The legislature should only grant power; it should not try to guide through definitions – a fact Code draftsmen have recognized in other, analogous contexts.«³⁴

b) Burtons Versuch einer Präzisierung der Erwartungsschutzfunktion von Treu und Glauben

Daneben existiert auch im amerikanischen – nicht anders als im deutschen – Rechtsdenken eine Debatte darüber, ob das Prinzip von Treu und Glauben wenn schon keiner inhaltlichen, so doch wenigstens näherer funktioneller Konkretisierung zugänglich ist. Von exemplarischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang vor allem der Versuch *Burtons*, aus der »Erwartungsschutzfunktion« von Treu und Glauben eine präzisere Konkretisierungstheorie herzuleiten. Danach handelt der Schuldner nicht schon dann treuwidrig, wenn er die mit dem Vertrag verbundenen berechtigten Erwartungen des Gläubigers enttäuscht, sondern erst dann, wenn er dies in der Absicht tut, durch den Vertragschluß aufgegebene anderweitige Investitionschancen doch noch zu nutzen – wenn der Schuldner also nicht nur den mit dem Vertrag verbundenen *Nutzen* des Gläubigers vereitelt, sondern zugleich versucht, die *Kosten* seiner eigenen Leistungspflicht zu umgehen, die im Ausschluß alternativer Investitionsmöglichkeiten liegen.³⁵ »Bad faith performance occurs precisely when discretion is used to recapture opportunities forgone upon contracting – when the discretion-exercising party refuses to pay the expected cost of performance.«³⁶

³³ Vgl. oben § 7 I 2 b) sowie zur Kritik § 8 I 1 b).

³⁴ *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 215 (1968); dazu noch unten § 8 I 2 c).

³⁵ Vgl. *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 372 f., 387 ff. (1980); *ders.*, 67 Iowa L. Rev. 1, 3 ff. (1981); *ders.*, More on Good Faith Performance – A Reply to Professor Summers, 69 Iowa L. Rev. 497, 504 ff. (1984); *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 42 ff.

³⁶ *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 373 (1980).

Grundlage dieses äußerlich in die Sprache der Mikroökonomik gekleideten »Kosten-Nutzen-Modells« der Funktion von Treu und Glauben ist also erkennbar die klassische Konstellation des »speculating against the other party« im Fall der *output and requirement contracts*, d.h. der treuwidrigen Ausübung eines einseitigen Rechts zur Bestimmung der geschuldeten Leistungsmenge in der Absicht, zulasten des Vertragspartners anderweitige günstigere Marktkonditionen auszunutzen.³⁷

Daraus folgt jedoch bereits, daß *Burtons* Ansatz jedenfalls im Hinblick auf seinen Allgemeingültigkeitsanspruch zu widersprechen ist, denn die Problematik der treuwidrigen Ausübung eines einseitigen Leistungsbestimmungsrechts stellt auch im amerikanischen Privatrecht nur einen kleinen Ausschnitt aus dem Bereich der von Treu und Glauben erfaßten Konstellationen dar.³⁸ Darüber hinaus ermöglicht *Burtons* Ansatz bei genauerem Zusehen aber selbst in dieser Konstellation keine tragfähige Konkretisierung der Anforderungen von Treu und Glauben, da er durch das Kriterium der »Absicht« der Rückgewinnung anderweitiger Investitionschancen zu Unrecht den Aspekt der subjektiven Willensrichtung des treuwidrig Handelnden verabsolutiert, obwohl auch im amerikanischen Recht anerkannt ist, daß es sich dabei grundsätzlich nur um einen von mehreren relevanten Gesichtspunkten zur Konkretisierung von Treu und Glauben handeln kann.³⁹ Insgesamt eignet sich damit auch *Burtons* Ansatz nicht als Grundlage einer tragfähigen Begriffsbestimmung von Treu und Glauben.

*c) Summers' Kritik an den üblichen Definitionsversuchen:
Treu und Glauben als »Excluder«*

Ist eine solche also überhaupt möglich? Diese Frage ist nun abschließend Anlaß für eine Auseinandersetzung mit *Summers'* These, daß sich der Begriff »Treu und Glauben« nur als »excluder«, d.h. als rein negative Ausschlußbezeichnung ohne definierbaren positiven Sachgehalt verstehen lasse.⁴⁰

Auf den ersten Blick wirkt dieser – in der amerikanischen Debatte äußerst einflußreiche⁴¹ – Gedanke allerdings überraschend; war es doch gerade *Sum-*

³⁷ Ähnlich bereits zutreffend *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 834 (1982).

³⁸ Zutreffend daher die entsprechende Kritik von *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 834 (1982).

³⁹ Vgl. treffend *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 834 (1982); dagegen – allerdings wenig stichhaltig – *Burton*, 69 Iowa L. Rev. 497 ff. (1984).

⁴⁰ Vgl. *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 201 ff. (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 818 ff. (1982); *ders.*, in: Wieacker-Symposium, S. 127, 132 ff.; zur Bedeutung dieses »excluder«-Begriffs im einzelnen sogleich im Text. Zu einer (knappen) Diskussion vom Standpunkt der deutschen Generalklauseldebate aus vgl. Staudinger-*J. Schmidt*, 13. Aufl. 1995, § 242 Rz. 158.

⁴¹ Wie *Summers* zurecht beansprucht, hatte die von ihm seit 1968 (erstmalig in 54 Va. L. Rev. 195, 201 ff. (1968)) vertretene »excluder«-Analyse erheblichen Einfluß auf die Ausgestal-

mers' eigene Fallgruppenanalyse gewesen, die Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht erstmals mit nachvollziehbarem *positiven* Gehalt versehen und damit den Boden für die allgemeine Anerkennung dieses Prinzips bereitet hatte.⁴² *Summers* versuchte jedoch, über diese rein deskriptive Fallgruppenanalyse hinaus einen theoretischen Ansatz zur Bedeutung von Treu und Glauben zu formulieren und machte sich dabei den auf *J. L. Austin* zurückgehenden Gedanken zunutze, daß manche qualifizierenden Begriffe wie etwa »echt« (»real«) keinen unmittelbaren beschreibenden Gehalt, sondern nur negative Ausschlußwirkung gegenüber Objekten besitzen, denen diese Eigenschaft je nach dem Kontext nicht zukommt.⁴³ Auf dieser Grundlage interpretierte *Summers* auch Treu und Glauben als »excluder«, d.h. als Rechtsbegriff, dessen Gehalt sich nicht positiv definieren, sondern nur indirekt durch Negation dessen beschreiben lasse, was je nach Kontext als *treuwidriges* Verhalten erscheint: »good faith is an ›excluder‹. It is a phrase without general meaning (or meanings) on its own and serves to exclude a wide range of heterogeneous forms of bad faith. In a particular context the phrase takes on specific meaning, but usually this is only by way of contrast with the specific form of bad faith actually or hypothetically ruled out.«⁴⁴

In der Literatur wurde der Erkenntniswert einer derartigen indirekten Vorgehensweise bezweifelt;⁴⁵ vor allem wurde gegen *Summers'* Ansatz aber – im

tung des Prinzips von Treu und Glauben in § 205 des *Restatement (Second) of Contracts*, das im Gegensatz zum UCC auf jede weitere Definition verzichtet. *R. Braucher*, der zuständige Entwurfsverfasser, bezog sich im Zusammenhang der Beratung von § 205 ausdrücklich auf *Summers'* Abhandlung; auf dieser beruhen zudem erhebliche Teile des die Vorschrift begleitenden offiziellen Kommentars. Vgl. dazu *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 814 ff., 820 ff., 836 ff. (1982) (Abdruck der Materialien und des Kommentars); *ders.*, in: Wieacker-Symposion, S. 127, 132 ff.; zustimmend auch *Burton/Andersen*, Contractual Good Faith, S. 40 m.w.N.

⁴² Dazu oben § 7 I 3 a).

⁴³ Um auf das von *J. L. Austin* selbst gebrauchte Beispiel zurückzugreifen, ist es etwa unmöglich, eindeutig zu definieren, wodurch sich eine »echte« Ente von allen anderen Enten unterscheidet, da der Begriff der »Echtheit« je nach dem Kontext variiert. So ist etwa eine Spielzeugente in manchen Zusammenhängen »echt« (als Originalwerk eines bestimmten Künstlers), in anderen dagegen »unecht« (»echt« im Sinne von »lebendig«), woraus *Austin* schließt, daß »echt« keinen eigenen positiven Bedeutungsgehalt, sondern nur jeweils vom Kontext abhängige Ausschlußwirkung gegenüber allem, was jeweils *nicht* »echt« ist, besitzen könne: »The function of ›real‹ is not to contribute positively to the characterization of anything, but to exclude possible ways of being *not* real.« Vgl. *J. L. Austin*, Sense and Sensibilia, 1962, S. 70 f.; dazu *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 201 ff., insbes. 202 (1968); *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 818 ff. (1982); *ders.*, in: Wieacker-Symposion, S. 127, 132 ff.

⁴⁴ Zitat bei *Summers*, 54 Va. L. Rev. 195, 201 (1968); ebenso auch *ders.*, 67 Cornell L. Rev. 810, 818 ff. (1982); *ders.*, in: Wieacker-Symposion, S. 127, 132 ff.

⁴⁵ Nimmt man *Summers* beim Wort, scheint aus seiner Theorie zu folgen, daß sich zwar nicht der Gehalt von Treu und Glauben selbst, wohl aber der seines Gegenteils bestimmen und damit in eine äquivalente Aussage zur positiven Bedeutung von Treu und Glauben umformulieren läßt. Damit stellt sich jedoch die Frage, worin der Nutzen dieses indirekten Vorgehens bestehen soll. Vgl. in ähnlichem Zusammenhang treffend *F. v. Hippel*, Richtlinie und Kasuistik,

Ausgangspunkt zurecht – geltend gemacht, daß er in mißverständlicher Weise zu weit geht, da er bei wörtlichem Verständnis *jede* Form der Konkretisierung von Treu und Glauben, also sogar *Summers'* eigene Fallgruppentheorie ausschließen würde.⁴⁶ Daß ein solches Verständnis allerdings der von *Summers* intendierten Bedeutung der »excluder«-Theorie nicht gerecht werden kann, liegt auf der Hand. Richtigerweise zielt deren eigentlicher Kerngehalt daher nicht auf den Ausschluß jeder Art von Konkretisierung, sondern lediglich auf die zutreffende Einsicht, daß eine *einheitliche* analytische Definition des Begriffs von Treu und Glauben angesichts dessen Offenheit nicht möglich ist. Damit liegt *Summers'* Verdienst letztlich in einer Leistung, die mit derjenigen der oben erörterten Verbindungstheorien innerhalb der deutschen Generalklauseldebatte vergleichbar ist: in der Widerlegung aller »Einheitstheorien« zu Begriff und Konkretisierung von Treu und Glauben, die dem Bedeutungsumfang dieses Prinzips im amerikanischen Rechtsdenken ebensowenig gerecht werden wie im deutschen.⁴⁷

Erst vor diesem Hintergrund ist schließlich auch *Summers'* Fallgruppenmodell voll verständlich, denn auch dieses zielt in Anbetracht der offenbaren Unmöglichkeit vollständiger normativer Durchdringung der Bedeutung von Treu und Glauben – nicht anders als die entsprechenden Ansätze innerhalb der deutschen Diskussion – auf ein in erster Linie *deskriptives* Funktionsschichtenmodell auf der Grundlage richterlichen Präjudizienrechts.⁴⁸ Andererseits folgt daraus jedoch, daß auch *Summers'* Ansatz letztlich derselbe Einwand entgegenzuhalten ist wie den Funktionstheorien der deutschen Konkretisie-

S. 40: »Bald lag er oben, bald lag ich unten«, schildert uns ein Junge einen Ringkampf, der nicht sonderlich abwechslungsreich gewesen sein dürfte.« Entsprechende Kritik an *Summers'* Theorie üben etwa *Burton*, 69 Iowa L. Rev. 497, 508 (1984) sowie *Eisenberg*, 54 Marq. L. Rev. 1, 7 (1971).

⁴⁶ So scheint aus der »excluder«-Theorie weiter zu folgen, daß sich über den konkreten Einzelfall hinaus *keinerlei* allgemeine Regeln über den Inhalt des Gebots von Treu und Glauben aufstellen lassen, so daß diese also gerade in neu auftretenden, bisher noch nicht entschiedenen Fällen versagt. Kritisch in diesem Sinne insbesondere *Burton*, 67 Iowa L. Rev. 1, 21 Fn. 136 (1981); *ders.*, 69 Iowa L. Rev. 497, 508 (1984); ähnlich auch *Eisenberg*, 54 Marq. L. Rev. 1, 7 f. (1971); *Stankiewicz*, 7 Val. U. L. Rev. 389, 400 f. (1973).

⁴⁷ Dieser zutreffende Grundgedanke spiegelt sich schließlich auch in dem begrüßenswerten Verzicht des *Restatement (Second) of Contracts* auf jede weitergehende Definition von Treu und Glauben; vgl. dazu oben Fn. 41. Insoweit hat die »excluder«-Theorie ihren Zweck also durchaus erfüllt.

⁴⁸ Hierin liegt schließlich die eigentliche Bedeutung der »excluder«-Theorie: den Weg für die Anerkennung dieser offenen Struktur des Gebots von Treu und Glauben bereitet zu haben. Die Durchsetzung dieses – vom Standpunkt der deutschen Generalklauseltheorie aus scheinbar selbstverständlichen – Gedankens geht im amerikanischen Vertragsrecht maßgeblich auf *Summers* zurück. Zu kritisieren ist dessen »excluder«-Analyse damit allein unter dem – allerdings gewichtigen – Aspekt, daß sie diesen Gedanken wieder verunklart, indem sie ihn in die in dieser Form tatsächlich nicht haltbare Behauptung kleidet, daß Treu und Glauben selbst *keinerlei* positive »Bedeutung« besitzen könne. Vgl. insoweit einschränkend auch *Summers* selbst, in: Wieacker-Symposion, S. 127, 136.

rungsdebatte: daß eine normative Konkretisierung von Treu und Glauben nur unter zumindest teilweisem Verzicht auf deskriptive, tatsächliche Fruchtbarkeit möglich ist und umgekehrt.⁴⁹

Faßt man die bisherigen Ausführungen zusammen, so bietet die amerikanische Debatte also trotz ihres teilweise unterschiedlichen Ausgangspunkts ein in vielfacher Hinsicht ähnliches Bild wie die deutsche Generalklauseldiskussion. Auf der einen Seite finden sich Äußerungen zur rechtspolitischen Rechtfertigung des Gebots von Treu und Glauben, die in nahezu dieselben Wertungsgegensätze münden wie die deutsche Debatte, während auf der anderen Seite die allenfalls zum Teil erfolgreichen Versuche des Schrifttums stehen, den Gehalt dieses Prinzips im Wege analytischer Definition näher zu konkretisieren.

II. Die Debatte über Treu und Glauben als Ausdruck der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens

Damit soll nun abschließend gefragt werden, inwieweit sich diese in der amerikanischen Debatte zutage tretenden Schwierigkeiten der Begriffs- und Funktionsbestimmung von Treu und Glauben ebenfalls als Ausdruck der drei unauflösbaren Grundkonflikte des Privatrechtsdenkens beschreiben lassen. An dieser Stelle fügen sich also alle bisher erarbeiteten Ergebnisse zusammen: gelingt es, zu zeigen, daß sich auch die Probleme der amerikanischen Debatte trotz deren unterschiedlicher methodologischer Ausgangsposition letztlich als Ausdruck derselben Wertungsstrukturen darstellen lassen wie die Dilemmata der deutschen Generalklauseldebatte, dann wäre dies als ein letzter Beleg für die These dieser Untersuchung zu werten, daß es eines der jeweils systemgebundenen Methodenlehre übergeordneten externen Blickwinkels bedarf, um dem Generalklauselproblem gerecht zu werden.

1. Die materielle Dimension der Debatte über Treu und Glauben

Betrachtet man zunächst den materiellen Grundwiderspruch zwischen Individualismus und Kollektivismus, so treten dessen Auswirkungen offensichtlich im Rahmen derjenigen Ansätze zutage, die sich zur Begründung von Treu und Glauben auf moralische oder sozialetische Rechtfertigungsgründe stützen.⁵⁰ Wie im Zusammenhang der deutschen Diskussion indiziert dabei die Heranziehung von Grundsätzen der Vertragsmoral, Verkehrssitte oder Sozialethik auch hier die verdeckte Relevanz kollektivistischer Rücksichtnahme- und Schutzge-

⁴⁹ Dazu oben § 6 I 3 a), b).

⁵⁰ Oben § 8 I 1 a), b).

bote, während die Berufung auf die Trennung zwischen Recht und Moral wieder entgegen ihrem Anschein ethischer Neutralität als Chiffre für die komplementären individualistischen Grundwertungen fungiert.

Darüber hinaus spielt der materielle Grundwiderspruch aber auch im Rahmen von Ansätzen wie denjenigen *Llewellyns*, *Burtons* oder *Summers'* eine Rolle. Bei *Llewellyn* äußert sich die Bedeutung kollektivistischen Vertragsdenkens in dem Anspruch, den wahren Interessen der Parteien unter Berücksichtigung der im Vertragsinhalt nicht zum Ausdruck gekommenen verkehrstypischen Bedeutung ihrer Erklärungen gerecht werden zu wollen, denn auch dies impliziert notwendig, der jeweils anderen Partei ein für sie nachteiliges, also *fremdnütziges* Rücksichtnahmegebot auf eben diese verkehrstypische Bedeutung aufzuerlegen.⁵¹ Bei *Burton* erfüllt der Gedanke, daß Treu und Glauben das Ermessen der zur Leistungsbestimmung berechtigten Partei im Interesse der anderen beschränke, eine ähnliche Funktion,⁵² während *Summers* nicht nur ausdrücklich eine »moralische« Funktion von Treu und Glauben anerkennt, sondern dem darin verkörperten Gedanken fremdnütziger Rücksichtnahme auch im Rahmen seiner Fallgruppentheorie wesentliche Bedeutung zumißt.⁵³

2. Die formale Dimension der Debatte über Treu und Glauben

Auch der formale Grundwiderspruch tritt im Rahmen der amerikanischen Debatte fast unmittelbar im Zusammenhang der rechtspolitischen Diskussion über Treu und Glauben unter dem Aspekt der Antinomie zwischen Rechtsicherheit und Einzelfallgerechtigkeit zutage.⁵⁴ Entsprechendes gilt für den Versuch einer ökonomischen Rechtfertigung von Treu und Glauben, denn auch die Frage, ob die Anerkennung dieses Prinzips die Effizienz des Vertragsrechts steigert, indem sie die Vertragsgestaltung entlastet, oder ob sie durch die dadurch entstehenden neuen Unsicherheiten nicht vielmehr genau das Gegenteil bewirkt, stellt sich als Ausprägung des formalen Grundwider-

⁵¹ Vgl. zu *Llewellyns* Theorie insoweit oben § 7 I 2 a), b).

⁵² Zu *Burtons* Ansatz vgl. oben § 8 I 2 b). Bemerkenswert sind an diesem im Zusammenhang des materialen Wertungsgegensatzes auch folgende Ausführungen zur unauflösbaren »Janusköpfigkeit« des Rechtsbegriffs zwischen Freiheit und Sicherheit; vgl. oben § 6 I 1 b) mit Fn. 98: »In traditional legal terms, it can be argued that the security of contractual transactions is enhanced by the good faith performance doctrine The security argument, however, is incomplete because of the countervailing policy of allowing contracting parties great freedom of action The real question ... is which party is in a better position to protect itself.« *Burton*, 94 Harv. L. Rev. 369, 392 (1980).

⁵³ Vgl. zur moralischen Funktion von Treu und Glauben bei *Summers* oben § 8 I 1 a); zu dessen Fallgruppentheorie § 7 I 3 a). Dabei stellt *Summers* ausdrücklich den Gedanken enttäuschten Vertrauens in den Mittelpunkt; vgl. 54 Va. L. Rev. 195, 263 (1968).

⁵⁴ Oben § 8 I 1 c).

spruchs dar und nimmt damit grundsätzlich an dessen Unauflösbarkeit teil. Im Hinblick auf *Burtons* Versuch, die Anforderungen von Treu und Glauben auf der Grundlage eines ökonomischen Kosten-Nutzen-Modells zu präzisieren, bedeutet dies also, daß diesem über die bisher erörterten Einwände hinaus auch die auf den formalen Grundwiderspruch zurückgehende Unentscheidbarkeit der Frage nach der ökonomischen Effizienz von Treu und Glauben entgegenzuhalten ist.⁵⁵

Deutlich äußert sich der formale Grundwiderspruch ferner im Rahmen von *Llewellyns* Konzeption von Treu und Glauben als Ansatzpunkt von Handelsbrauch und Verkehrssitte, der ebenfalls der Einwand nicht ausreichender Determination der Rechtsfindung, also mangelnder Rechtssicherheit entgegensteht.⁵⁶ Entsprechendes gilt schließlich auch für *Summers'* Theorie zur Konkretisierung von Treu und Glauben auf der Grundlage richterrechtlicher Fallgruppen, die, da sie lediglich eine deskriptive Konkretisierung auf »mittlerer Höhe« erlaubt, dem Interesse der Rechtssicherheit von vornherein nur partiell gerecht werden kann.⁵⁷

3. Die institutionelle Dimension der Debatte über Treu und Glauben

Betrachtet man abschließend den institutionellen Grundwiderspruch, so tritt auch dieser unmittelbar im Rahmen der rechtspolitischen Diskussion über die Funktion von Treu und Glauben als »Ventil« richterlicher Rechtsschöpfung zutage, der in der amerikanischen Debatte ebenfalls der Einwand unzulässiger »judicial legislation« entgegenstand.⁵⁸

Darüber hinaus liegt der institutionelle Grundwiderspruch aber auch den Ansätzen *Llewellyns*, *Summers'* und *Burtons* als verdeckte Wertungsstruktur

⁵⁵ So auch *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 827 (1982). Zu *Burtons* Ansatz vgl. oben § 8 I 2 b).

⁵⁶ Vgl. dazu sowie zu *Llewellyns* Anspruch, gerade durch die relative Unbestimmtheit von Treu und Glauben zu einer Steigerung der Rechtssicherheit beizutragen, oben § 8 I 1 b).

⁵⁷ Denn auch für *Summers'* Ansatz gilt insoweit nichts anderes als für die bereits erörterten Typen- und Fallgruppentheorien innerhalb der deutschen Generalklauseldebatte; vgl. oben § 6 I 2 b) sowie § 6 I 3 a), b). Dies erkennt auch *Summers* selbst, der infolgedessen folgendes Vorgehen vorschlägt, um zu einer möglichst weitgehenden Rationalisierung der auf Treu und Glauben gestützten Rechtsfindung zu gelangen: Zunächst sei auf *Wortlaut* und *Zweck* von § 205 *Restatement (Second) of Contracts* abzustellen. Sodann kämen im Wege der *Analogie* bereits existierende Präjudizien zum Tragen, die jedoch im Lichte der *Umstände des Einzelfalls* und des Zwecks der »excluder«-Analyse, jede abschließende Definition von Treu und Glauben auszuschließen, auf ihre Verwertbarkeit hin zu überprüfen seien; vgl. *Summers*, 67 Cornell L. Rev. 810, 823 f. (1982). Bemerkenswert ist, wie sehr dieser Ansatz in seinem Versuch, zwischen Freiheit und Bindung im Rahmen der Anwendung von Treu und Glauben zu vermitteln, den diskutierten Konkretisierungstheorien der deutschen Generalklauseldebatte gleicht; vgl. etwa *Canaris*, ZAS 1970, 147; *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposium, S. 189, 203.

⁵⁸ Oben § 8 I 1 d).

zugrunde, denn einerseits umfaßt deren Anspruch, die Anwendung von Treu und Glauben auf der Grundlage von Verkehrssitte, Präjudizienrecht bzw. ökonomischer Analyse zu rationalisieren, auch und gerade das Ziel, den Vorwurf der »judicial legislation« zu entkräften und die Anerkennung von Treu und Glauben mit dem Richterbindungsideal in Einklang zu bringen; andererseits ist dieses Ziel jedoch, wie gesehen, auf der Grundlage keines der genannten Ansätze vollständig erreichbar.⁵⁹ Das verbleibende Spannungsverhältnis zwischen Rechtsschöpfungsfunktion und Richterbindungsideal läßt sich damit auch im amerikanischen Rechtsdenken nur als Folge der Unauflösbarkeit des zugrundeliegenden institutionellen Grundwiderspruchs verstehen.

Insgesamt zeigt dies also, daß die drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens auch die amerikanische Debatte über Treu und Glauben bis in die Einzelheiten prägen und in ihrer Unauflösbarkeit den Grund dafür bilden, daß in dieser – ganz ähnlich wie in der deutschen Diskussion – keine vollständige methodologische Durchdringung des Generalklauselproblems möglich ist.

Zusammenfassung

Faßt man damit die Ergebnisse des dritten Kapitels zusammen, so zeigt sich im Rahmen der Entwicklung und theoretischen Behandlung von Treu und Glauben im amerikanischen Privatrecht ebenfalls der durchgreifende Einfluß der drei privatrechtlichen Grundwidersprüche.

So stellte sich bereits die historische Entwicklung dieses Prinzips als Ausdruck des Wandels des Spannungsverhältnisses zwischen den drei Grundwidersprüchen dar. Dabei wirkte der Grundsatz von Treu und Glauben bereits im Rahmen der frühesten Präjudizien, die seine Geltung anerkannten, als Ansatzpunkt materialen und einzelfallbezogenen Gerechtigkeitsdenkens sowie richterlicher Freiheit zu ergänzender Vertragsauslegung und gewann in dieser Funktion seit seiner allgemeinen Anerkennung durch den UCC noch zusätzliche Bedeutung. Insgesamt fungiert dieser Grundsatz im modernen amerikanischen Privatrechtsdenken damit – trotz seines begrenzteren Anwendungsbereichs – als jedenfalls partiell mit § 242 BGB vergleichbares Prinzip vertraglicher Rücksichtnahme, Einzelfallgerechtigkeit und Richterfreiheit.

Auf dieser Grundlage konnte schließlich gezeigt werden, daß auch die amerikanische Debatte über Begriff und Legitimation von Treu und Glauben trotz ihres im Verhältnis zur deutschen Diskussion abweichenden methodologischen Ausgangspunkts zu Fragestellungen und Dilemmata führt, die sich nur als Abbild der drei Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens deuten

⁵⁹ Vgl. oben § 8 I 1 c) sowie § 8 I 2 b), c).

lassen. Dies ist als abschließender Beleg dafür zu werten, daß es nicht möglich ist, der Problematik der Generalklauseln ohne Berücksichtigung des Einflusses dieser systemübergreifenden Antinomien gerecht zu werden.

4. Kapitel

Generalklauseln und Privatrechtstheorie

Um der Problematik der Generalklauseln gerecht zu werden, ist es also erforderlich, sich vom Anspruch ihrer methodologischen Lösbarkeit zu verabschieden und anzuerkennen, daß sie nur vor dem Hintergrund der normativen Grundkonflikte des Privatrechtsdenkens angemessen erfaßt werden kann. Ziel des folgenden Kapitels ist es, den rechtstheoretischen Standort dieses Ergebnisses und der auf seiner Grundlage geübten Methodenkritik nochmals näher zu präzisieren und damit die Grundannahmen dieser Arbeit abschließend ausdrücklich zur Diskussion zu stellen.

§ 9 Das Problem der Generalklauseln im Spannungsfeld zwischen Methodenlehre und Rechtsethik

Dies ist vor allem unter zwei Aspekten erforderlich. Zum einen ist nach dem Verhältnis zwischen der hier zugrundegelegten Sichtweise und der im Verlauf der Untersuchung immer wieder kritisierten rein internen, »positivistischen« Behandlung des Generalklauselproblems zu fragen. Zum anderen ist der vorliegend eingeschlagene Weg aber auch von jeder Art materialer Rechtsphilosophie abzugrenzen. Die damit verbleibende – allerdings nur in Grundzügen zu umreiße – Schnittmenge steckt nach hier vertretener Ansicht zugleich allgemein den Bereich ab, in dem eine fruchtbare Privatrechtstheorie möglich ist.¹

I. Zum Verhältnis zwischen einer privatrechtstheoretischen Sichtweise und dem »positivistischen« Standpunkt des hergebrachten Methoden- und Systemdenkens

Um zu verstehen, wodurch sich das übliche methodologische Vorgehen von der hier zugrundegelegten Sichtweise unterscheidet, sei zunächst auf die seit *H.L.A. Hart* gebräuchliche Unterscheidung zwischen einem »internen« und einem »externen« Standpunkt zurückgegriffen.² Einen internen Standpunkt innerhalb eines Rechtssystems nimmt ein, wer danach fragt, unter welchen Voraussetzungen eine Entscheidung richtig ist, während von einem externen Standpunkt aus nicht die Problematik der Richtigkeit oder Begründbarkeit, sondern die Frage, wie in einem bestimmten Rechtssystem *tatsächlich* entschieden wird, im Mittelpunkt steht.³ Paradigmatisch für den internen Standpunkt ist also die Perspektive des Richters, aus der es stets darauf ankommt, ob eine bestimmte

¹ Zum Begriff der Rechtstheorie vgl. *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 18 ff.

² Vgl. *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, S. 56 f., insbes. 88 ff. und *passim*; differenzierend *MacCormick*, *Legal Reasoning and Legal Theory*, S. 275 ff.; *ders.*, *H.L.A. Hart*, S. 36 ff.; *Pawlik*, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts*, 1993, S. 173 ff. Ähnlich auch *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl. 1994, S. 47 f. (»Teilnehmer«- und »Beobachterperspektive«).

³ Vgl. *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, S. 88 f.; *Alexy*, *Begriff und Geltung des Rechts*, S. 47 f.

Entscheidung »zutreffend« ist,⁴ während der Inbegriff eines externen Standpunkts etwa in *Holmes'* berühmtem Ausspruch zum Ausdruck kommt: »The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.«⁵

Legt man diese Unterscheidung zugrunde, wird deutlich, daß das hergebrachte Methoden- und Systemdenken stets auf einem internen Standpunkt beruht, denn Grundlage jeder Befassung mit den methodologischen Voraussetzungen der Rechtsfindung, mit der Legitimität der zugrundeliegenden Rechtsquellen und der systematischen Einheit der Rechtsordnung ist stets der für den internen Standpunkt charakteristische Richtigkeitsanspruch.⁶

Wesentlich ist es nun, daß die vorliegende Untersuchung demgegenüber den *externen* Blickwinkel einnimmt: ihr Ziel ist es nicht in erster Linie, zur Rationalität der Rechtsfindung auf der Grundlage der Generalklauseln beizutragen, sondern vielmehr, die *tatsächliche* Unzulänglichkeit der methodologischen Ansätze zur Lösung des Generalklauselproblems zu kritisieren. Ihr Anspruch ist deskriptiv, nicht normativ; sie macht sich den Richtigkeitsanspruch der hergebrachten Methodenlehre nicht zueigen, sondern hinterfragt seine Tragfähigkeit vor dem Hintergrund der Wertungen, die nach hier vertretener Ansicht den eigentlichen Beweggrund der Privatrechtsentwicklung bilden.

Nun besitzen allerdings sowohl interne als auch externe Perspektive grundsätzlich gleichrangige und voneinander unabhängige Gültigkeit.⁷ So läßt sich etwa gegen eine normative Aussage über die Voraussetzungen, denen eine richtige Entscheidung genügen *soll*, jedenfalls im Grundsatz nicht einwenden, daß diese rein *tatsächlich* in bestimmten Fällen nicht befolgt werden. Grundsätzlich besitzt demnach – was im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht in Abrede gestellt wurde – auch jede rein interne Behandlung der Generalklauselproblematik unter dem Aspekt der Methode zulässiger Konkretisierung eigenständige theoretische Legitimität und – wie gesehen – teilweise sogar erhebliche praktische Fruchtbarkeit. Ziel der vorliegenden Untersuchung war es allerdings, die Grenzen der Leistungsfähigkeit derartiger interner Ansätze aufzuzeigen, und diese sind wiederum nur von einem externen Blickwinkel aus erkennbar.⁸ Wesentlich ist es also, daß es eines solchen *externen* Blickwinkels be-

⁴ Vgl. *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 47.

⁵ *O. W. Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 461 (1897).

⁶ Dies erschließt sich, wie bereits gesehen, schon aus Stil und Aufbau der üblichen Abhandlungen zur Methodenlehre, in deren Mittelpunkt stets die »richtige«, rationale Entscheidung auf der Grundlage methodisch gebundener Auslegung und Rechtsfortbildung steht; so etwa ausdrücklich *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, S. 17 ff. und *passim*; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 8 ff. und *passim*; *Kramer*, Methodenlehre, S. 25 ff.

⁷ So implizit auch *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 63 f., der die Gültigkeit der Trennungsthese nach Teilnehmer- und Beobachterperspektive getrennt untersucht und völlig unterschiedlich bewertet.

⁸ Vgl. zu einem klassischen Beispiel einer derartigen externen Kritik etwa die eingangs zi-

darf, um die rein interne Betrachtungsweise als mit der tatsächlichen Wertungsstruktur des Privatrechtsdenkens unvereinbar zu kritisieren; und unter dieser Voraussetzung sind externe Argumente auch gegen einen internen Standpunkt gültig.

Vorliegend führte die Kritik unter diesem Blickwinkel zu einem Ergebnis, das über das Problem der Generalklauseln hinaus als allgemeine privatrechtstheoretische Einsicht fruchtbar ist: zur Ablehnung eines »positivistischen« Rechtsanwendungsverständnisses.⁹ Dabei wurde der Begriff des »Rechtspositivismus« in Anbetracht seiner Vieldeutigkeit bisher allerdings bewußt noch nicht definiert.¹⁰ Dies ist nun vor allem im Hinblick auf den Standpunkt dieser Untersuchung zur »positivistischen« These der Trennung zwischen Recht und Moral jedenfalls in Grundzügen nachzuholen.¹¹

Wesentlich ist es, zwischen zwei völlig unterschiedlichen Formen »positivistischen« Rechtsdenkens zu unterscheiden, die im folgenden als *Anwendungspositivismus* und *Geltungspositivismus* bezeichnet werden und deren mangelnde Unterscheidung nach hier vertretener Ansicht eine der Hauptursachen für die Mißverständnisse innerhalb der Positivismusdebatte bildet: während der Gedanke des Anwendungspositivismus auf ein positivistisches Verständnis des *Rechtsfindungsvorgangs*, also auf die Annahme dessen vollständiger oder weit-

tierten Ausführungen *O. W. Holmes*' in 10 Harv. L. Rev. 457, 466 (1897). Insgesamt handelt es sich bei dieser Herangehensweise um einen der charakteristischen Züge des amerikanischen Realism; vgl. *Kennedy*, A Critique of Adjudication, S. 84 ff.

⁹ Vgl. bereits die einleitend zitierte Kritik von *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 10; ähnlich auch *Esser*, in: Festschrift F. v. Hippel, S. 95, 117.

¹⁰ Zur Vielzahl der Assoziationen, die sich mit dem Begriff des Rechtspositivismus in Verbindung bringen lassen, vgl. *Frommel*, Die Kritik am »Richtigen Recht« durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz, in: Festschrift A. Kaufmann, 1989, S. 43, 57 ff.; ferner *Brockmüller*, Entstehung der Rechtstheorie, S. 35 Fn. 49; *Summers*, 41 N.Y.U. L. Rev. 861, 889 (1966). Nach hier vertretener Ansicht liegt das verbindende Element aller Erscheinungsformen des Positivismus in der Vorstellung eines *festgelegten* (d.h. »positivum« von lat. »ponere«) Kanons bindender Entscheidungsgrundlagen, wobei es jedoch im einzelnen völlig unterschiedlich sein kann, worin dieser besteht: Für den wissenschaftlichen Positivismus der historischen Rechtsschule lag er im wissenschaftlichen System des Pandektenrechts, für den angeblichen Gesetzespositivismus der Jahrhundertwende im Gedanken lückenloser Kodifikation (vgl. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 431 ff., 458 ff.; dazu kritisch oben § 3 I 1 a), für den Neukantianismus in der Trennung zwischen »Rechtsbegriff« und »Rechtsidee« (zur neuhegelianischen Kritik daran vgl. *Larenz*, Das Problem der Rechtsgeltung, 1929/1967, S. 22 ff., 43 ff.; mit eingehender Würdigung dazu *Müller*, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus, 1994, S. 179 ff.; *Gernhuber*, in: Tübinger Festschrift Kern, S. 167, 183 ff.; *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 186 ff.; *ders.*, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift Niedermeyer, 1953, S. 279 ff.; *Lepsius*, Gegensatzaufhebende Begriffsbildung, S. 271 ff., 318 ff.) und für *Kelsen* in der Rückführung der Rechtsgeltung auf eine positive »Grundnorm«. Zum Positivismusstreit zwischen *H.L.A. Hart* und *R. Dworkin* vgl. unten Fn. 19 und 20.

¹¹ Eine umfassende Diskussion und Kritik der klassischen Dichotomie »Rechtspositivismus oder Naturrecht« ist dabei im vorliegenden Zusammenhang allerdings weder möglich noch erforderlich. Vgl. dazu *v. d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 99 ff., 112 ff.

gehender Rationalisierbarkeit auf der Grundlage eines Kreises feststehender, »positiver« Rechtsquellen zielt, ist Gegenstand des Geltungspositivismus die völlig anders geartete These, daß sich der *Geltungsanspruch* des Rechts oder jedenfalls bestimmter zentraler Rechtsquellen unabhängig von »überpositiven«, d.h. vor allem material-rechtsethischen Legitimationsvoraussetzungen begründen läßt.¹² »Positivistisch« sind also beide Formen zwar insoweit zu nennen, als sie auf dem allen Spielarten des Positivismus gemeinsamen Grundgedanken eines festgesetzten, »positiven« Kanons von Entscheidungsgrundlagen beruhen, doch geht der Anspruch des Anwendungspositivismus insoweit wesentlich über den des Geltungspositivismus hinaus, als er nicht nur die Geltung eines solchen Katalogs, sondern zugleich seine *abschließende* Maßgeblichkeit als Entscheidungsgrundlage postuliert. Dennoch sind beide Annahmen grundsätzlich voneinander unabhängig: Positivismus auf der Rechtsanwendungsebene *kann*, muß aber nicht mit Positivismus auf der Rechtsgeltungsebene zusammentreffen und umgekehrt.¹³

Wesentlich für das Verständnis der in der vorliegenden Arbeit enthaltenen Positivismuskritik ist nun, daß sich diese allein gegen den *Anwendungspositivismus* in seinen verschiedenen Spielarten richtet. Dies betrifft zunächst den Gesetzespositivismus – also den Anspruch, daß das System des geschriebenen Gesetzesrechts den Inhalt richterlicher Entscheidungen abschließend determinieren könne –, der in dieser reinen Form zwar nicht mehr vertreten wird, der aber – wie gesehen – dennoch gerade in den üblichen Theorien zur Konkretisierung von Generalklauseln und deren Fixierung auf das in diesem Sinne gesetzpositivistische Subsumtionsmodell bemerkenswert deutlich nachwirkt.¹⁴ Nichts anderes gilt jedoch auch für den in Deutschland teilweise auf der Grundlage der Wertungsjurisprudenz und in Amerika vor allem von *Dworkin* vertretenen »Wertungs«- oder »Prinzipienpositivismus«, wonach zwar nicht das geschriebene Gesetz allein, wohl aber das neben dem Gesetz auch ungeschrie-

¹² Ähnlich im Ansatz auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Rz. 76.

¹³ Dies läßt sich am besten anhand von Beispielen verdeutlichen: So kombinieren nicht nur die meisten Naturrechtssysteme, sondern etwa auch die Theorien *Dworkins* und *Bydlinskis* einen *überpositiven*, neben dem Gesetz ausdrücklich auch auf ethische Wertungen gestützten Rechtsgeltungsbegriff mit einem bemerkenswert *positivistischen*, nämlich auf die abschließende Rechtfertigungseignung der anerkannten Rechtsquellen abzielenden Rechtsanwendungsverständnis (vgl. *Welzel*, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, S. 57 ff.; *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 28 ff., 105 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 248 ff.), während für *H.L.A. Hart* und *O. W. Holmes*, die zwar die unbedingte Geltung von in verbindlichen Normsetzungsverfahren erlassenen Normen, aber gerade *nicht* deren abschließende Determinationswirkung anerkannten, genau das Gegenteil gilt; vgl. *H.L.A. Hart*, 11 Ga. L. Rev. 969, 986 ff. (1977); zu *Holmes* vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. II, S. 169 ff., 175 ff., 180 ff.

¹⁴ So etwa, wie gesehen, bei *Bydlinski*, in: Wieacker-Symposion, S. 189, 196 ff. Gegen diese Sichtweise richtet sich die eingangs zitierte Kritik von *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung, S. 10.

bene Rechtsprinzipien umfassende teleologische System der Rechtsordnung eine zumindest im Idealfall abschließende Rationalisierung der Rechtsfindung ermöglichen soll.¹⁵ Insoweit wurde der Versuch unternommen, zu zeigen, daß sich die Grundwertungen des Privatrechtsdenkens gerade *nicht* auf ein einheitliches und folgerichtiges System von »Prinzipien«, sondern vielmehr auf ein Spannungsfeld unauflösbarer Wertungskonflikte zurückführen lassen und daß Entscheidungen in diesem Spannungsfeld nicht ausschließlich durch rechtliche, sondern auch durch vielfältige »außerrechtliche« – historische, moralische, ökonomische, soziale, allgemein: rechtspolitische – Erwägungen determiniert werden. »The ultimate goal is to break down the sense that legal argument is autonomous from moral, economic, and political discourse in general.«¹⁶ Wieder bedarf es also des hier zugrundegelegten externen Standpunkts, um sich zu vergegenwärtigen, daß die Behauptung der ausschließlichen »Gültigkeit« rechtlicher Argumente in Anbetracht der offenen Struktur des rechtlichen Diskurses nicht tragfähig ist.¹⁷

Damit soll nun nochmals präzisiert werden, daß die berühmte »Trennungsthese« zwischen Recht und Moral vom hier vertretenen Standpunkt aus jedenfalls insoweit abzulehnen ist, als sie in dem Sinne extensiv verstanden wird, daß sie nicht nur die Unabhängigkeit von rechtlicher und ethisch-normativer *Geltung* postuliert, sondern moralischen und anderen faktischen außerrechtlichen Wertungen darüber hinaus auch als Bestandteil des Rechtsanwendungsprozesses jede legitime Bedeutung abspricht. Eine solche Sichtweise ist mit der tatsächlichen, historisch-kulturellen Verknüpfung zwischen rechtlichem und moralischem Diskurs, die gerade in der Anwendung der Generalklauseln zutage tritt, nicht zu vereinbaren und beruht, wie sogar *H.L.A. Hart* – der profilierteste Vertreter des modernen angloamerikanischen Rechtspositivismus – betont, letztlich auf einem Mißverständnis der Theorien *Austins* und *Benthams* bzw. *Kants*: »They never denied that, as a matter of historical fact, the development of legal systems had been powerfully influenced by moral opinion, and,

¹⁵ Dies folgt bei *Dworkin*, wie bereits gesehen, aus dem Anspruch eindeutiger Lösbarkeit aller Prinzipienkollisionen; vgl. *Taking Rights Seriously*, S. 105 ff. und *passim*. Bemerkenswert ähnlich – sowohl im Hinblick auf den überpositiven Geltungsanspruch der Prinzipien als Bestandteil der »Rechtsidee« als auch hinsichtlich der Rationalität der Rechtsfindung – auch *Bydlinski*, *Methodenlehre*, S. 248 ff., 277 ff. Vgl. demgegenüber zurecht *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 173: »ebensowenig wie eine logische Geschlossenheit gibt es eine ›teleologische Geschlossenheit‹ des Rechts.«

¹⁶ *Kennedy*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1724 (1976); ähnlich auch schon *Esser*, *AcP* 172 (1972), 97, 100 ff.

¹⁷ Speziell im Hinblick auf *Dworkins* Prinzipientheorie ist damit noch anzumerken, daß deren eigene dezidierte Abgrenzung gegenüber jeder Form von »Rechtspositivismus« (vgl. *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, S. 22) vom hier vertretenen Standpunkt aus jedenfalls insoweit nicht haltbar ist, als sie durch ihren Richtigkeits- und Vollständigkeitsanspruch selbst alle Charakteristika des Anwendungspositivismus aufweist. Vgl. zur Kritik auch *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 202 f.

conversely, that moral standards had been profoundly influenced by the law, so that the content of many legal rules mirrored moral rules or principles.«¹⁸

II. Zum Verhältnis zwischen Privatrechtstheorie und materialer Rechtsethik

Folgt aus der hier zugrundegelegten Ansicht also einerseits die Unhaltbarkeit eines positivistischen Rechtsanwendungsverständnisses, so ist sie doch andererseits geradezu deckungsgleich mit dem Standpunkt *Benthams*, *Austins*, *Kants*, *H.L.A. Harts* und *Holmes'*, wonach es möglich ist, einen Kanon gültiger Rechtsquellen unabhängig von überpositiven Geltungsansprüchen zu identifizieren, also zwischen dem tatsächlichen und dem ethisch oder rechtspolitisch wünschenswerten Zustand der Privatrechtsordnung – »between the law that is and the law that ought to be« – zu unterscheiden, mit anderen Worten: sich der Versuchung zu entziehen, dem tatsächlich existierenden Recht die normative Verbindlichkeit abzuspochen, wenn es nicht zugleich dem Maßstab des rechtsethisch bzw. rechtspolitisch Angemessenen entspricht.¹⁹

Wesentlich zum Verständnis des hier vertretenen Standpunkts ist also abschließend die Einsicht, daß die positivistische Trennungsthese zwar im Bereich der *Rechtsanwendung* verfehlt, im Bereich der *Rechtsgeltung* aus der hier zugrundegelegten externen Perspektive jedoch nicht nur richtig, sondern sogar unumgänglich ist, wenn sie eng verstanden wird als Grundvoraussetzung jeder Beschreibung des tatsächlichen Zustands der Rechtsordnung und Rechtsanwendung, auf deren Grundlage eine rechtsethisch oder rechtspolitisch motivierte Kritik erst möglich ist.²⁰ Erst wenn man sich diesen Standpunkt zueigen

¹⁸ *H.L.A. Hart*, 71 Harv. L. Rev. 593, 598 (1958).

¹⁹ Vgl. *Bentham*, A Fragment on Government, 2. Aufl. 1823, Preface, S. 16 ff. (»To obey punctually, to censure freely«); *ders.*, The Theory of Legislation, Ch. XII, S. 60 ff., insbes. S. 65 mit Fußnote; *Austin*, The Province of Jurisprudence Determined, 1832/1995, S. 113 ff., 138 ff., 157 ff.; *H.L.A. Hart*, 71 Harv. L. Rev. 593, 595 ff. und *passim* (1958); *ders.*, The Concept of Law, S. 185 ff., 200 ff.; *ders.*, 11 Ga. L. Rev. 969, 985 ff. (1977); *ders.*, The Demystification of the Law, in: *ders.*, Essays on Bentham, 1982, S. 21, 28; *O. W. Holmes*, 10 Harv. L. Rev. 457, 461 ff. (1897). Ähnlich auch *Raz*, Legal Principles and the Limits of Law, 81 Yale L. J. 823 ff. (1972); *ders.*, Practical Reason and Norms, 1975, S. 162 ff.; *ders.*, Ethics in the Public Domain, 1994, S. 194 ff.; *Sartorius*, Positivism and the Foundations of Legal Authority, in: *Gavison* (Hrsg.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, 1987, S. 43 ff.; *Richards*, 11 Ga. L. Rev. 1069, 1070 ff. (1977). Vgl. gegen *Hart* aus der umfangreichen Debatte insbesondere *Dworkin*, Taking Rights Seriously, S. 16 ff., 22 ff., 46 ff.; *Fuller*, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 Harv. L. Rev. 630, 638 ff. (1958); *ders.*, The Morality of Law, 1964, S. 106 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 248 ff.

²⁰ Dabei muß vorliegend eine nähere Auseinandersetzung mit der durch *H.L.A. Harts* Theorie ausgelösten Diskussion über die Grenzen des Rechtspositivismus unterbleiben, zumal die gegen *Harts* Standpunkt erhobenen Einwände – namentlich das etwa von *Fuller* und

macht – also den »Ist«-Zustand der Privatrechtsordnung *einschließlich* des in ihm bereits enthaltenen moralischen und rechtspolitischen Wertungsgehalts als historisch-kulturelle Gegebenheit anerkennt – ist es möglich, der stets im Fluß befindlichen Struktur des Rechtsentstehungsvorgangs gerecht zu werden. Mit anderen Worten: erst die Trennung zwischen »Ist« und »Soll« der Privatrechtsentwicklung ermöglicht letztlich die Einsicht, daß moralische *und* rechtliche Wertungen *bereits auf der Ebene des »Ist« untrennbar miteinander verwoben sind*.²¹ Gerade dies zeigte sich nirgendwo deutlicher als an der Funktion der Generalklauseln im Privatrechtsdenken.

Welche Aufgabe bleibt also der Privatrechtstheorie? Faßt man die bisherigen Ausführungen nochmals zusammen, so kann sie drei Wege einschlagen: sie kann sich erstens auf einen rein internen Standpunkt zurückziehen und versuchen, den Rechtsanwendungsvorgang auf der Grundlage rechtlicher Wertungen und Schlußverfahren vollständig zu rationalisieren; ein Anspruch, der sich jedoch nur um einen hohen Preis erfüllen läßt: den der Ausklammerung der moralischen und rechtspolitischen Grundlagen des Privatrechtsdenkens. Zweitens kann sie die Existenz derartiger Wertungsstrukturen auch anerkennen und dennoch versuchen, am Anspruch der Rationalität der Rechtsfindung festzuhalten; möglich ist dies jedoch nur unter der unhaltbaren Prämisse eines über-

Radbruch formulierte »Unrechts«- oder »Totalitarismusargument«, wonach eine notwendige Beziehung zwischen Recht und Moral schon daraus folge, daß das Recht jedenfalls ab Überschreiten einer bestimmten Unrechtsschwelle der Gerechtigkeit weichen müsse (vgl. *Fuller*, 71 Harv. L. Rev. 630, 648 ff. (1958); *ders.*, The Morality of Law, S. 155; *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105, 107) sowie das von *Dworkin* betonte »Prinzipienargument«, wonach es in jeder Rechtsordnung nicht abschließend rechtlich determinierte Bereiche gebe, in denen Entscheidungen folglich nicht ohne Zuhilfenahme ethisch fundierter »Prinzipien« möglich seien (vgl. Taking Rights Seriously, S. 22 ff.) – der hier vertretenen *engen* Interpretation des Positivismus als Geltungspositivismus und als deskriptive Grundvoraussetzung wissenschaftlicher Privatrechtstheorie richtigerweise von vornherein nicht entgegenstehen. Zur Kritik im übrigen v. *d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 193 ff. Aus der umfangreichen Debatte vgl. neben den bereits Genannten (oben Fn. 19) ferner *Watkins-Bienz*, Die Hart-Dworkin Debatte, 2004, S. 28 ff.; *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 157 ff.; *A. Kaufmann*, Über Gerechtigkeit, S. 73 ff., 93 ff.; *Engisch*, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 202 ff.; *Pawlik*, Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts, S. 16 ff.; *Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, S. 64 ff., 70 ff., 117 ff.; *Koller*, Theorie des Rechts, 1992, S. 24 ff.; *Dreier*, Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890, 891 ff.; *Summers*, Positivism, Natural Law and the Theory of Legal Validity, in: *ders.*, Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning, 1992, S. 49 ff.; *Sartorius*, in: *Gavison* (Hrsg.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, 1987, S. 43 ff.; *Richards*, 11 Ga. L. Rev. 1069, 1070 ff. (1977); *Reynolds*, The Enforcement of Morals and the Rule of Law, 11 Ga. L. Rev. 1325, 1330 ff. (1977); *Blackstone*, The Relationship of Law and Morality, 11 Ga. L. Rev. 1359 ff. (1977) sowie die Beiträge von *Soper*, *Coleman* und *Lyons* in: *Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, 1983, S. 3 ff., 28 ff., 49 ff.

²¹ Ähnlich zur Inkorporation moralischer Normen in das Recht auch v. *d. Pfordten*, Rechtsethik, S. 78 ff. sowie *Hoerster*, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480, 2481 f. gegen *Dreier*, NJW 1986, 890 ff.

positiven bzw. allgemeinverbindlichen ethischen Geltungsgrunds des Rechts. Ziel der vorliegenden Untersuchung war es hingegen, die Fruchtbarkeit eines dritten Wegs zu zeigen: des der Erforschung der *tatsächlichen* Struktur des Privatrechtsdenkens in seiner Gemengelage zwischen rechtlichen und rechtspolitischen Wertungen.²² Nach hier vertretener Ansicht wird diese Sichtweise der tatsächlichen Bedeutung der Generalklauseln besser gerecht als die anderen beiden Verfahrensweisen. Zu zeigen bleibt, daß Entsprechendes auch für andere Grundlagenprobleme des Privatrechtsdenkens gilt.

²² Ähnlich auch *H.L.A. Hart*, Comment: Legal Theory and the Problem of Sense, in: *Garrison* (Hrsg.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, 1987, S. 35, 36 ff.; *v. d. Pfordten*, *Rechtsethik*, S. 18 ff.

Schlußbemerkung

Ziel dieser Untersuchung war es, zu zeigen, daß sich die Problematik der Generalklauseln auf der Grundlage eines rechtstheoretischen Modells, das nicht die Einheit, sondern die Widersprüchlichkeit der privatrechtlichen Wertungsgrundlagen in den Mittelpunkt rückt, besser erfassen läßt als auf der Grundlage der herkömmlichen Ansätze, die auf eine möglichst weitgehende methodologische Durchdringung der Generalklauselanwendung abzielen. Dieser Grundgedanke ermöglichte die Einsicht, daß sich die historische Entwicklung und theoretische Debatte über Generalklauseln sowohl im deutschen als auch im amerikanischen Privatrechtsdenken letztlich auf den kontinuierlichen Wandel des Spannungsverhältnisses dreier grundlegender privatrechtlicher Antinomien zurückführen läßt.

Insgesamt zielte die vorliegende Untersuchung damit auf einen Paradigmenwechsel, der auch über die Generalklauselproblematik hinaus von Bedeutung ist. Gefragt wurde – im Gegensatz zum Standpunkt der hergebrachten Methodenlehre – nicht nach der »Richtigkeit«, »Rationalität« oder »Legitimität«, sondern nach der *tatsächlichen* Struktur des Rechtsfindungsvorgangs auf der Grundlage der Generalklauseln. Erst dieser Blickwechsel ermöglichte die Einsicht, daß rechtliche und rechtspolitische Wertungen nicht nur im Rahmen der Anwendung der Generalklauseln, sondern im Privatrechtsdenken insgesamt untrennbar miteinander verwoben sind, daß also eine positivistische Sichtweise, die versucht, den Vorgang der Rechtsentstehung auf ein geschlossenes System rein rechtlicher Grundwertungen zurückzuführen, an dessen Wertungsstruktur vorbeigeht. Dieser Wertungsstruktur gerecht zu werden, ist jedoch das eigentliche Ziel der Privatrechtstheorie.

Summary

This book deals with the theory of general clauses, such as good faith and good morals in private law. General clauses, characterized by their extraordinary vagueness, play an increasingly important role as a means of regulation in both Civil and Common Law systems. Nevertheless, the task of determining their function, meaning, and legitimate scope of application poses considerable difficulties for both adjudication and jurisprudence.

At first view, the main difficulty seems to result from the fact that, on the one hand, general clauses are typically too vague to serve as a basis for deducing concrete rules of contract regulation while, on the other, they possess the full formal binding power of positive rules of law. This observation often leads to the conclusion that they endow judges with the authority to exercise discretion and to thereby create rules of fair dealing and contractual morals. Since, however, such an assumption would be largely incompatible with the principles of judicial restraint and separation of powers embodied in the rule of law, it has always been the goal of jurisprudence to restrict the exercise of discretion on the basis of general clauses by proposing specific rules for their correct application and »particularization«. In practice, however, none of these attempts have actually succeeded in reducing their vagueness or in rationalizing the process of their adjudication.

Against this background, this book aims at a change of paradigm in the theory of general clauses. Its goal is to show that their function in the process of adjudication cannot be rationalized on the basis of the usual methods of jurisprudence. Rather, understanding their development requires a model which takes into account the fundamental shifts in the ethics of private law in the course of the twentieth century. Some of the most important ethical foundations of private law can be described in the form of three basic conflicts of values: between individualism and collectivism, between legal certainty and equitable flexibility, and, finally, between judicial constraint and judicial freedom. It is important to understand that these basic antinomies and their immanent tensions – which are present in almost every doctrinal problem of private law – also provide the necessary background for the development of general clauses. Notions of good faith and good morals have served as a means of shifting the ethical balance of private law towards more collectivism, equitable flexibility, and judicial freedom throughout the history of modern legal thought.

In German private law, this insight has been supported not only by the actual historical development of case law on the basis of »good faith« and »good morals« since 1900, throughout the Weimar Republic and the Nazi regime, and continuing up to present day, but also by the failure of theoretical attempts to define the concept and legitimate scope of these general clauses without reference to their historical background and its ethical significance. Moreover, a remarkably similar observation can be made with respect to the development and theory of good faith in American contract law. This implies that the function of these general clauses can only be fully understood against the background of the shift towards more contractual altruism, individual justice, and judicial flexibility, a development which has led to quite similar patterns of transformation in both European and American private law in the twentieth century.

In a more general sense, this book therefore also advocates a change of perspective for legal theory as a whole. It approaches the theory of general clauses not from the point of view of legal doctrine or legal methodology, but from the external standpoint of their actual application and development. This point of view, based on a clear distinction between legal reality and ethical legitimacy or, put differently, between the law that is and the law that ought to be, entails the insight that legal principles and social policies are inseparably intertwined not only in the realm of general clauses, but in the whole process of private law adjudication. This implies that the structure of private law is fully comprehensible only against the background of its moral and political foundations. The task of legal theory is to shed light on these concealed value structures beyond the reach of both legal doctrine and philosophy.

Literaturverzeichnis

Alle Quellen wurden im Text nach ihrer erstmaligen Verwendung abgekürzt zitiert. Die für selbständige Publikationen verwendeten Kurztitel sind in eckigen Klammern angegeben.

- Aarnio, A.*, On Truth and the Acceptability of Interpretative Propositions in Legal Dogmatics, in: *A. Aarnio/I. Niiniluoto/J. Uusitalo*, Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie Beiheft 2, Berlin 1981, S. 33.
- Aarnio, A./Alexy, R./Peczenik, W.*, Grundlagen der juristischen Argumentation, in: *W. Krawietz/R. Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 9.
- Alexy, R.*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: *W. Krawietz/K. Opaterek/A. Peczenik/A. Schramm* (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie Beiheft 1, Berlin 1979, S. 59.
- , Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: *A. Aarnio/I. Niiniluoto/J. Uusitalo*, Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie Beiheft 2, Berlin 1981, S. 177.
 - , Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, ARSP Beiheft 25 (1985), 13; auch abgedruckt in: *R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kublen/H. Rießmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 217.
 - , Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1986.
 - , Ermessensfehler, JZ 1986, 701; auch abgedruckt in: *R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kublen/H. Rießmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 251.
 - , Rechtssystem und praktische Vernunft, Rechtstheorie 18 (1987), 407.
 - , Juristische Begründung, System und Kohärenz, in: *O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 95.
 - , Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., Freiburg, München 1994.
 - , Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, 3. Aufl., Frankfurt a.M. 1996.
 - , Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL Bd. 61 (2002), S. 7.
 - , Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs, in: *R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kublen/H. Rießmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 113.
 - , Die Gewichtsformel, in: *J. Jickeli/P. Kreutz/D. Reuter* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 771.
- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, bearb. von *G. Brüggemeier* u.a., Neuwied, Darmstadt 1980–90 [AK-BGB-Bearbeiter].
- Andersen, E. G.*, Good Faith in the Enforcement of Contracts, 73 Iowa L. Rev. 299 (1988).
Anwaltkommentar zum Schuldrecht. Erläuterungen der Neuregelungen zum Verjäh-

- rungsrecht, Schuldrecht, Schadensersatzrecht und Mietrecht, hrsg. von *B. Dauner-Lieb/T. Heidel/M. Lepa/G. Ring*, Bonn 2002 [AnwKomm-BGB-Bearbeiter].
- Apel, K.-O.*, Diskurs und Verantwortung. Das Problem des Übergangs zur postkonventionellen Moral, Frankfurt a.M. 1988.
- Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Ausgabe des *Akademieverlags*, übersetzt und kommentiert von *F. Dirlmeier*, Band 6, 9. Aufl., Berlin 1991.
- Arrow, K. J.*, Social Choice and Individual Values, 2. Aufl., New Haven, London 1963.
- , Some Ordinalist-Utilitarian Notes on Rawls's Theory of Justice, 70 *J. Phil.* 245 (1973).
- Arzt, G.*, Die Ansicht aller billig und gerecht Denkenden. Geschichtliche Wurzel, theoretische Begründung und praktische Auswertung, Tübingen 1962 [Ansicht aller billig und gerecht Denkenden].
- Atiyah, P. S.*, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford 1979 [Rise and Fall].
- , Promises, Morals, and Law, Oxford 1981.
- , Book Review: *C. Fried*, Contract as Promise, Cambridge (Mass.), London 1981, 95 *Harv. L. Rev.* 509 (1981).
- Auer, M.*, Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts, *ZBB* 1999, 161.
- , Willkür rechtlicher Entscheidungsverfahren? Die Auswirkungen von Arrows »General Possibility Theorem« auf Wahl- und Abstimmungsverfahren des geltenden Rechts, *ARSP* 88 (2002), 1.
- , Good Faith: A Semiotic Approach, *ERPL* 10 (2002), 279.
- , Anmerkung zum Urteil des BAG vom 19. 6. 2001, 1 *AZR* 463/00, *EzA* § 118 *BetrVG* 1972 Nr. 73 (2002).
- Austin, J.*, The Province of Jurisprudence Determined, 1832, hrsg. von *W. E. Rumble*, Cambridge 1995.
- Austin, J. L.*, Sense and Sensibilia, hrsg. von *G. J. Warnock*, Oxford 1962.
- Axster*, Die Aufnahme der Generalklausel in den § 4 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, *GRUR* 12 (1907), 94.
- Badura, P.*, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, *AcP* 176 (1976), 119.
- Balkin, J. M.*, The Crystalline Structure of Legal Thought, 39 *Rutgers L. Rev.* 1 (1986).
- Bartholomeyczik, H.*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, *AcP* 166 (1966), 30.
- Baumbach, A./Hefermehl, W.*, Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 22. Aufl., München 2001 [Baumbach/Hefermehl].
- Beater, A.*, Generalklauseln und Fallgruppen (Erwiderung auf R. Weber, *AcP* 1992, S. 516), *AcP* 194 (1994), 82.
- Becker, C.*, Die Lehre von der *laesio enormis* in der Sicht der heutigen Wucherproblematik. Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB, Köln, Berlin, Bonn, München 1993.
- Becker, M.*, Der unfaire Vertrag. Verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher Ausfüllung, Tübingen 2003.
- Bell, J.*, Policy Arguments in Judicial Decisions, Oxford 1983.
- Bender, R.*, Das »Sandhaufentheorem«. Ein Beitrag zur Regelungstechnik in der Gesetzgebungslehre, in: *U. Klug/Th. Ramm/F. Rittner/B. Schmiedel* (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin, Heidelberg, New York 1978, S. 34.

- Bentham, J.*, The Theory of Legislation, Genf 1802, übersetzt aus dem Französischen von *R. Hildreth*, hrsg. von *K. C. Ogden*, London, New York 1931.
- , A Fragment on Government; or, A Comment on the Commentaries. Being an Examination of What is Delivered on the Subject of Government in General, in the Introduction to Sir William Blackstone's Commentaries. With a Preface, in Which is Given a Critique of the Work at Large, 2. Aufl., London 1823.
- Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht, Band I/1: Einleitung, Art. 1–10 ZGB, hrsg. von *H. Becker*, Bern 1962 [Berner Kommentar].
- Bernstein, H.*, Friedrich Kessler's American Contract Scholarship and its Political Subtext, in: *M. Lutter/E. C. Stiefel/M. H. Hoeflich* (Hrsg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland. Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991, Tübingen 1993, S. 85.
- Bien, G.*, Gerechtigkeit bei Aristoteles, in: *O. Höffe* (Hrsg.), Die Nikomachische Ethik, Berlin 1995, S. 135.
- Bittner, C.*, Recht als interpretative Praxis. Zu Ronald Dworkins allgemeiner Theorie des Rechts, Berlin 1988.
- Blackstone, W. T.*, The Relationship of Law and Morality, 11 Ga. L. Rev. 1359 (1977).
- Bodenheimer, E.*, Hart, Dworkin, and the Problem of Judicial Lawmaking Discretion, 11 Ga. L. Rev. 1143 (1977).
- Böhm, F.*, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, Ordo 17 (1966), 75.
- , Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Ordo 22 (1971), 11.
- Bollnow, O. F.*, Einfache Sittlichkeit. Kleine philosophische Aufsätze, 3. Aufl., Göttingen 1962.
- Braucher, R.*, The Legislative History of the Uniform Commercial Code, 58 Colum. L. Rev. 798 (1958).
- , Freedom of Contract and the Second Restatement, 78 Yale L. J. 598 (1969).
- Brecher, F.*, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Arthur Nikisch, Tübingen 1958, S. 227.
- Breithaupt, W.*, Die guten Sitten, JZ 1964, 283.
- Brilmayer, L.*, The Institutional and Empirical Basis of the Rights Thesis, 11 Ga. L. Rev. 1173 (1977).
- Brockmüller, A.*, Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland, Baden-Baden 1997 [Entstehung der Rechtstheorie].
- Broekman, J. M.*, Die Rationalität des juristischen Diskurses, in: *W. Krawietz/R. Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 89.
- Brüggemeier, G./Herbst, U. K.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.2.1992, VIII ZR 276/90, JZ 1992, 802.
- Bueckling, A.*, Der Fluch der Generalklauseln, ZRP 1983, 190.
- Bülow, O.*, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885.
- , Ueber das Verhältnis der Rechtsprechung zum Gesetzesrecht, Das Recht 10 (1906), Sp. 769.
- Bülow, P./Artz, M.*, Verbraucherprivatrecht, Heidelberg 2003.
- Burton, S. J.*, Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith, 94 Harv. L. Rev. 369 (1980).
- , Good Faith Performance of a Contract Within Article 2 of the Uniform Commercial Code, 67 Iowa L. Rev. 1 (1981).
- , More on Good Faith Performance of a Contract: A Reply to Professor Summers, 69 Iowa L. Rev. 497 (1984).

- Burton, S. J./Andersen, E. G.*, Contractual Good Faith – Formation, Performance, Breach, Enforcement, Boston, New York, Toronto, London 1995.
- Busche, J.*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 1998.
- Bydlinski, F.*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien, New York 1967 [Privatautonomie].
- , Privatrecht und umfassende Gewaltenteilung, in: Festschrift für Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, Graz 1975, S. 53.
- , Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, 149.
- , Fundamentale Rechtsgrundsätze. Zur rechtsethischen Verfassung der Sozietät, Wien, New York 1988.
- , Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: *O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier* (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 189.
- , Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien, New York 1991 [Methodenlehre].
- , Über das Verständnis der »Guten Sitten« im österreichischen Recht, in: *H. Lange/K. W. Nörr/H. P. Westermann* (Hrsg.), Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, S. 827.
- , Das Privatrecht im Rechtssystem einer »Privatrechtsgesellschaft«, Wien, New York 1994 [Privatrechtsgesellschaft].
- , Über prinzipiell-systematische Rechtsfindung im Privatrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 17. Mai 1995, Berlin, New York 1995 [Prinzipiell-systematische Rechtsfindung].
- , System und Prinzipien des Privatrechts, 1996 [System und Prinzipien].
- , Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl. 1997, 617.
- , Über die lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, in: *I. Koller/J. Hager/M. Junker/R. Singer/J. Neuner* (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken. Symposium zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München 1998, S. 27.
- , Richterrecht über Richterrecht. Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen zur beschränkten Bindungskraft von Präjudizien, in: *C.-W. Canaris/A. Heldrich* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, München 2000, S. 3.
- Bydlinski, F./Krejci, H./Schilcher, B./Steininger, V.* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien, New York 1986.
- Canaris, C.-W.*, Anmerkung zum Urteil des OGH v. 27.6.1969, 4 Ob 46/69, ZAS 1970, 147.
- , Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 [Vertrauenshaftung].
- , Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfindung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983 [Feststellung von Lücken].
- , Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl., Berlin 1983 [Systemdenken].
- , Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201.
- , Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161.
- , Richtigkeit und Eigenwertung in der richterlichen Rechtsfindung, Graz 1993 [Richtigkeit und Eigenwertung].
- , Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft

- sellschaft, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 873.
- , Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377.
 - , Aspekte der *iustitia commutativa* und der *iustitia distributiva* im Vertragsrecht, in: *L. E. Kotsiris* (Hrsg.), *Law at the Turn of the 20th Century*, Thessaloniki 1994, S. 281.
 - , Konsens und Verfahren als Grundelemente der Rechtsordnung – Gedanken vor dem Hintergrund der »Eumeniden« des Aischylos, JuS 1996, 573.
 - , Die Bedeutung der *iustitia distributiva* im deutschen Vertragsrecht, München 1997 [*iustitia distributiva*].
 - , Die Problematik der Anwendung von § 564b BGB auf die Kündigung gegenüber dem Erben eines Wohnungsmieters gemäß § 569 BGB – ein Kapitel praktizierter Methodenlehre, in: *B. Großfeld* u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Fikentscher zum 70. Geburtstag, Tübingen 1998, S. 11.
 - , Grundrechte und Privatrecht – eine Zwischenbilanz, Berlin, New York 1999.
 - , Das Rangverhältnis der »klassischen« Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in: *V. Beuthien/M. Fuchs/H. Roth/G. Schiemann/A. Wacke* (Hrsg.), Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln 1999, S. 25.
 - , Handelsrecht. Ein Studienbuch, begründet von *K. H. Capelle*, 23. Aufl., München 2000.
 - , Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner »Materialisierung«, AcP 200 (2000), 273.
 - , Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *C.-W. Canaris/A. Heldrich* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000, S. 129.
 - , Einführung, in: *C.-W. Canaris* (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, München 2002, S. VII.
 - , Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: *H. Bauer/D. Czybulka/W. Kahl/A. Voßkuhle* (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, S. 30.
 - , Äquivalenzvermutung und Äquivalenzwahrung im Leistungsstörungenrecht, in: *R. Wank/H. Hirte/K. Frey/H. Fleischer/G. Thüsing* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 3.
 - , Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: *E. Lorenz* (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, S. 5.
 - , Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungenrechts, in: *M. Habersack/P. Hommelhoff/U. Hüffer/K. Schmidt* (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, S. 1073.
- Canaris, C.-W./Grigoleit, H. C.*, Interpretation of Contracts, in: *A. Hartkamp/M. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 3. Aufl., Nijmegen 2004.
- Carnap, R.*, Logical Foundations of Probability, Chicago, London 1951.
- Carnap, R./Stegmüller, W.*, Induktive Logik und Wahrscheinlichkeit, Wien 1959.
- Casper, G.*, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, Berlin 1967.
- Coester-Waltjen, D.*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1.
- Coing, H.*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Berlin, New York 1993 [Rechtsphilosophie].

- Coleman, J. L.*, Negative and Positive Positivism, in: *M. Cohen* (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa 1983, S. 28.
- Collini, S.*, *Liberalism and Sociology. L. T. Hobhouse and Political Argument in England 1880–1914*, Cambridge 1979.
- Corbin, A. L.*, A Tribute to Karl Llewellyn, 71 *Yale L. J.* 805 (1962).
- Danzig, R.*, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code, 27 *Stan. L. Rev.* 621 (1975).
- Dauner-Lieb, B.*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher. Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung? Berlin 1983 [Verbraucherschutz].
- Dawson, J. P.*, The Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914–1924, 33 *Mich. L. Rev.* 171 (1934).
- , Economic Duress and the Fair Exchange in French and German Law, Teil 1, 11 *Tul. L. Rev.* 345 (1937); Teil 2, 12 *Tul. L. Rev.* 42 (1937).
- , Economic Duress – An Essay in Perspective, 45 *Mich. L. Rev.* 253 (1947).
- , *The Oracles of the Law*, Ann Arbor 1968 [Oracles].
- , Unconscionable Coercion: The German Version, 89 *Harv. L. Rev.* 1041 (1976).
- , Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany, 63 *B. U. L. Rev.* 1039 (1983).
- Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs nebst drei Anlagen, Berlin 1896.
- Deutsch, E.*, Entwicklung und Entwicklungsfunktion der Deliktstatbestände. Ein Beitrag zur Abgrenzung der rechtsetzenden von der rechtsprechenden Gewalt im Zivilrecht, *JZ* 1963, 385.
- Diederichsen, U.*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, *AcP* 198 (1998), 171.
- DiMatteo, L. A.*, Equity's Modification of Contract: An Analysis of the Twentieth Century's Equitable Reformation of Contract Law, 33 *New Eng. L. Rev.* 265 (1999).
- Dreier, R.*, *Der Begriff des Rechts*, *NJW* 1986, 890.
- Drexler, J.*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998 [Wirtschaftliche Selbstbestimmung].
- , Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, *JZ* 1998, 1046.
- Drygala, T.*, Schutz der Privatautonomie durch Inhaltskontrolle von Individualverträgen – Die Bürgschaftsentscheidung des BVerfG, in: *P. Krebs* u.a. (Hrsg.), *Summum ius, summa iniuria. Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit*, Stuttgart u.a. 1995, S. 63.
- Dürig, G.*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: *T. Maunz* (Hrsg.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung. Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky*, München 1956, S. 157.
- Dworkin, R.*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.) 1977.
- , Seven Critics, 11 *Ga. L. Rev.* 1201 (1977).
- , *A Matter of Principle*, Cambridge (Mass.), London 1985.
- , *Law's Empire*, Cambridge (Mass.) 1986.
- Ebbinghaus, J.*, Deutung und Mißdeutung des kategorischen Imperativs, in: *H. Oberer/G. Geismann* (Hrsg.), *Gesammelte Schriften, Band 1: Praktische Philosophie 1929–1954*, Bonn 1986.
- Ehmke, H.*, »Staat« und »Gesellschaft« als verfassungsrechtliches Problem, in: *K. Hesse/*

- S. Reicke/U. Scheuner* (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung. Festgabe für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 23.
- Ehrlich, E.*, Die juristische Logik, 2. Aufl., Tübingen 1925.
- , Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl., hrsg. von *M. Rehbinder*, Berlin 1989.
- Ehrlich, I./Posner, R.*, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, 3 J. Leg. Stud. 257 (1974).
- Eidenmüller, H.*, Effizienz als Rechtsprinzip, 2. Aufl., Tübingen 1998.
- , Der Spinneri-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 824.
- Eisenberg, R. A.*, Good Faith Under the Uniform Commercial Code – A New Look at an Old Problem, 54 Marq. L. Rev. 1 (1971).
- Ellinghaus, M. P.*, In Defense of Unconscionability, 78 Yale L. J. 757 (1969).
- Ellscheid, G.*, Probleme der Regelbildung in der richterlichen Entscheidungspraxis, ARSP Beiheft 45 (1992), 23.
- Emmert, J.*, Auf der Suche nach den Grenzen vertraglicher Leistungspflichten. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 1914–1923, Tübingen 2001.
- Enderlein, W.*, Rechtspaternalismus und Vertragsrecht, München 1996 [Rechtspaternalismus].
- Engisch, K.*, Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 2. Aufl., Heidelberg 1968 [Idee der Konkretisierung].
- , Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie, München 1971.
- Engländer, A.*, Diskurs als Rechtsquelle? Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002.
- Ernst, W.*, Interzession. Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: *R. Zimmermann* (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 395.
- Eskridge, W. N./Frickey, P. P.*, The Making of the Legal Process, 107 Harv. L. Rev. 2031 (1994).
- Esser, J.*, Realität und Ideologie der Rechtssicherheit in positiven Systemen, in: *S. Hohlenleitner/L. Lindner/F. Nowakowski* (Hrsg.), Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, Aalen 1957, S. 13.
- , Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: *Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen 1963, S. 22.
- , Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil, Karlsruhe 1965.
- , Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung des Zivilrechts, in: *J. Esser/E. Stein*, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt a.M. 1966, S. 5 [Werte und Wertewandel].
- , Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, in: *J. Esser/H. Thieme* (Hrsg.), Festschrift für Fritz v. Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 95.
- , Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt a.M. 1970 [Vorverständnis und Methodenwahl].
- , Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97.
- , Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsverglei-

- chende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. Aufl., Tübingen 1990 [Grundsatz und Norm].
- Farnsworth, E. A.*, Good Faith Performance and Commercial Reasonableness under the Uniform Commercial Code, 30 U. Chi. L. Rev. 666 (1963).
- , Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, 87 Colum. L. Rev. 217 (1987).
- , Developments in Contract Law During the 1980's: The Top Ten, 41 Case W. Res. L. Rev. 203 (1990).
- , Duties of Good Faith and Fair Dealing under the Unidroit Principles, Relevant International Conventions, and National Laws, 3 Tul. J. Int'l. & Comp. L. 47 (1995).
- , Contracts, 3. Aufl., New York 1999.
- Fastrich, L.*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992 [Richterliche Inhaltskontrolle].
- Fikentscher, W.*, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, 5 Bände, Tübingen 1975–77 [Methoden des Rechts].
- , Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht, in: *U. Blaurock* (Hrsg.), Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht, Frankfurt a.M. 1985, S. 11.
- , Schuldrecht, 9. Aufl., Berlin, New York 1997.
- , Die Freiheit und ihr Paradox. Über Irrtümer unserer Zeit, Frankfurt, Gräfelting 1997.
- Fisher, W. W./Horwitz, M. J./Reed, T. A.* (Hrsg.), American Legal Realism, New York, Oxford 1993.
- Fleischer, H.*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten, München 2001 [Informationsasymmetrie].
- Flume, W.*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: *E. v. Caemmerer/E. Friesenbahn/R. Lange*, Hundert Jahre deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe 1960, S. 135.
- , Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band: Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg, New York 1975 [AT BGB, 2. Bd.].
- Foerste, U.*, Nochmals: Deliktische Haftung für Produktionsschäden, JZ 1999, 1046.
- Franklin, M.*, On the Legal Method of the Uniform Commercial Code, 16 Law & Contemp. Probs. 330 (1951).
- Franzen, M.*, Deliktische Haftung für Produktionsschäden, JZ 1999, 702.
- , Schlußwort: Deliktische Haftung für Produktionsschäden, JZ 1999, 1047.
- , Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin, New York 1999.
- Fried, B. H.*, The Progressive Assault on Laissez Faire. Robert Hale and the First Law and Economics Movement, Cambridge (Mass.), London 1998.
- Fried, C.*, Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation, Cambridge (Mass.), London 1981.
- Frommel, M.*, Die Kritik am »Richtigen Recht« durch Gustav Radbruch und Hermann Ulrich Kantorowicz, in: *L. Philipps/H. Scholler* (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 43.
- Fuld*, Das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb in der Praxis, GRUR 2 (1897), 58.
- , Ausverkauf und unlauterer Wettbewerb, GRUR 5 (1900), 155.
- Fuller, L. L.*, Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart, 71 Harv. L. Rev. 630 (1958).
- , The Morality of Law, New Haven, London 1964.

- Gabriel, G.*, Definitionen und Interessen. Über die praktischen Grundlagen der Definitionslehre, Stuttgart-Bad Cannstadt 1972.
- Galanter, M.*, Why the »Haves« Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change, 1974 L. & Soc. 97.
- Garstka, H.*, Generalklauseln, in: *H.-J. Koch* (Hrsg.), Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976, S. 96 [Methodenlehre].
- Garzón Valdés, E.*, Kann Rechtspaternalismus ethisch gerechtfertigt werden?, Rechtstheorie 18 (1987), 273.
- Gény, F.*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, 2. Aufl., Paris 1954.
- Gergen, M.*, A Cautionary Tale About Contractual Good Faith in Texas, 72 Tex. L. Rev. 1235 (1994).
- Germann, O. A.*, Präjudizien als Rechtsquelle. Eine Studie zu den Methoden der Rechtsfindung, Stockholm, Göteborg, Uppsala 1960.
- Gernhuber, J.*, Die Billigkeit und ihr Preis, in: *Summum ius summa iniuria*. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 205.
- , Das völkische Recht. Ein Beitrag zur Rechtstheorie des Nationalsozialismus, in: *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, Tübingen 1968, S. 167.
- v. Gierke, O.*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.
- , Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889, hrsg. von *E. Wolf*, Frankfurt a.M. 1948.
- , Recht und Sittlichkeit, 1916/17, Sonderausgabe Darmstadt 1963.
- Gillette, C. P.*, Limitations on the Obligation of Good Faith, 1981 Duke L. J. 619.
- Gilmore, G.*, The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase, 63 Yale L. J. 1057 (1954).
- , In Memoriam: Karl Llewellyn, 71 Yale L. J. 813 (1962).
- Glöckner, H. P.*, Die Gewährleistung von Rechtssicherheit im Verständnis des Reichsgerichtes – Verfahrensprägende Maxime und Elemente des Richterbildes, in: *P. Krebs* u.a. (Hrsg.), *Summum ius, summa iniuria*. Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, Stuttgart u.a. 1995, S. 23.
- Graebke, H. D.*, Das wegen Sittenverstoßes nichtige Rechtsgeschäft (§ 138 Abs. 1 BGB) im Lichte nationalsozialistischer Rechtsanschauung. Ein rechtspolitischer Beitrag zur Lehre von der Rechtsfindung und zum Streit um die Generalklauseln, Bottrop 1938.
- Greenawalt, K.*, Discretion and Judicial Decision: The Elusive Quest for the Fetters that Bind Judges, 75 Colum. L. Rev. 359 (1975).
- , Policy, Rights, and Judicial Decision, 11 Ga. L. Rev. 991 (1977).
- , The Enduring Significance of Neutral Principles, 78 Colum. L. Rev. 982 (1978).
- Grey, T. C.*, Langdell's Orthodoxy, 45 U. Pitt. L. Rev. 1 (1983).
- Grigoleit, H. C.*, Vorvertragliche Informationshaftung. Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, München 1997 [Vorvertragliche Informationshaftung].
- , Weiterfresserschäden und Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform: Der mangelhafte Traktor, ZGS 2002, 78.
- Grün, B.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 22.01.1991, XI ZR 111/90, NJW 1991, 925.
- , Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, 713.
- Grunsky, W.*, Rezension: *E. v. Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, Tübingen 1982, AcP 183 (1983), 326.

- Habermas, J.*, Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Neuwied 1962.
- , Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt a.M. 1992.
- Habersack, M.*, Vertragsfreiheit und Drittinteressen. Eine Untersuchung zu den Schranken der Privatautonomie unter besonderer Berücksichtigung der Fälle typischerweise gestörter Vertragsparität, Berlin 1992.
- Habersack, M./Giglio, F.*, Sittenwidrigkeit der Bürgschaft wegen krasser finanzieller Überforderung des Bürgen?, WM 2001, 1100.
- Haberstumpf, H.*, Die Formel vom Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Eine Untersuchung über juristische Argumentationsweisen, Berlin 1976 [Die Formel vom Anstandsgefühl].
- Haft, F./Hilgendorf, E.*, Juristische Argumentation und Dialektik. Ein Streifzug durch die Geschichte der juristischen Argumentationsmethoden, in: *F. Haft/W. Hassemer/U. Neumann/W. Schild/U. Schroth* (Hrsg.), Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 93.
- Hager, J.*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373.
- Hale, R. L.*, Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State, 38 Pol. Sc. Qu. 470 (1923), auszugsweise abgedruckt in *W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed*, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 101.
- , Bargaining, Duress, and Economic Liberty, 43 Colum. L. Rev. 603 (1943).
- Hanna, J. F.*, An Explication of »Explication«, Phil. Sci. 35 (1968), 28.
- Hart, D.*, Vom bürgerlichen Recht zur politischen Verwaltung, KJ 1974, 274.
- Hart, D./Joerges, C.*, Verbraucherrecht und Marktökonomik. Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, in: *H.-D. Assmann/G. Brüggemeier/D. Hart/C. Joerges*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein/Ts. 1980, S. 83.
- Hart, H. M./Sacks, A. M.*, The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law, 1958, hrsg. von *W. N. Eskridge/P. P. Frickey*, Westbury, New York 1994.
- Hart, H.L.A.*, Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. 593 (1958).
- , American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream, 11 Ga. L. Rev. 969 (1977).
- , The Demystification of the Law, in: *ders.*, Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory, Oxford 1982, S. 21.
- , Comment: Legal Theory and the Problem of Sense, in: *R. Gavison* (Hrsg.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, Oxford 1987, S. 35.
- , The Concept of Law, 2. Aufl., Oxford 1994.
- Hartmann, G.*, Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip und die Richterstellung, AcP 73 (1888), 309.
- Haubelt, H. W.*, Die Konkretisierung von Generalklauseln, Diss. München 1978 [Konkretisierung von Generalklauseln].
- Hawkland, W. D.*, Uniform Commercial »Code« Methodology, 1962 U. Ill. L. F. 291.
- Hay, P.*, US-Amerikanisches Recht, 2. Aufl., München 2002.
- v. Hayek, F. A.*, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl., Tübingen 1991.
- Heck, P.*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- , Das Problem der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., Tübingen 1932.
- , Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.

- , Rechtsphilosophie und Interessenjurisprudenz, AcP 143 (1937), 129.
- Hedemann, J. W.*, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, Berlin 1913 [Werden und Wachsen].
- , Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933 [Flucht in die Generalklauseln].
- Heermann, P. W.*, Die Erheblichkeitsschwelle i.S. des § 3 UWG-E, GRUR 106 (2004), 94.
- Hefermehl, W.*, Rechtsfortbildung im Wettbewerbsrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 331.
- Heinrich, C.*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit. Die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Vertragsrechts, Tübingen 2000.
- Heldrich, A.*, Das Trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts? Überlegungen zur Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die juristische Ausbildung, JuS 1974, 281.
- , Die Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, AcP 186 (1986), 74.
- Henkel, H.*, Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts, 2. Aufl., München 1977 [Rechtsphilosophie].
- Henle, R.*, Treu und Glauben im Rechtsverkehr, Berlin 1912.
- Henne, T./Kretschmann, C.*, Ein Mythos der Richterrechtsdiskussion: Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt (1885), in: *Ius Commune: Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 26 (1999), 211.
- Henning-Bodewig, F.*, Richtlinienvorschlag über unlautere Geschäftspraktiken und UWG-Reform, GRURInt 53 (2004), 183.
- Herget, J. E./Wallace, S.*, The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism, 73 Va. L. Rev. 399 (1987).
- Herman, S.*, Llewellyn the Civilian. Speculations on the Contribution of Continental Experience to the Uniform Commercial Code, 56 Tul. L. Rev. 1125 (1982).
- Herschel, W.*, Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, JZ 1967, 727.
- Herzog, H.*, Zum Begriffe der guten Sitten im B.G.B., Breslau 1910.
- Hesselink, M.*, Good Faith, in: *A. Hartkamp/M. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron* (Hrsg.), *Towards a European Civil Code*, 2. Aufl., The Hague, London, Boston 1998, S. 285.
- , De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht, Amsterdam 1999.
- , The Concept Of Good Faith, in: *ders.*, *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, London, New York 2002, S. 195.
- Heumann, H./Seckel, E.*, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11. Aufl., Graz 1971.
- Hey, F. C.*, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: *J. Hager u.a.* (Hrsg.), *Kontinuität im Wandel der Rechtsordnungen. Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag*, München 2002, S. 21.
- Hiebaum, C.*, Zur Unvermeidlichkeit von Zielsetzungen im juristischen Diskurs – ein Argument gegen Dworkin, ARSP 88 (2002), 86.
- Hillman, R. A.*, Policing Contract Modifications under the UCC: Good Faith and the Doctrine of Economic Duress, 64 Iowa L. Rev. 849 (1979).
- v. Hippel, E.*, Der Schutz des Schwächeren, Tübingen 1982.
- , Verbraucherschutz, 3. Aufl., Tübingen 1986.

- v. Hippel, F., Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung, Berlin 1930.
- , Richtlinie und Kasuistik im Aufbau von Rechtsordnungen. Ein Kapitel moderner Gesetzgebungskunst, Marburg a. L. 1942 [Richtlinie und Kasuistik].
- Hirsch, E. E., Zu einer »Methodenlehre der Rechtswissenschaft«, JZ 1962, 329.
- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von M. Schmoeckel/J. Rückert/R. Zimmermann, Band I: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Tübingen 2003 [HKK-Bearbeiter].
- Hobbes, T., Leviathan, 1651, hrsg. von R. Tuck, Cambridge 1991.
- Hoeflich, M. H., Law & Geometry: Legal Science from Leibniz to Langdell, 30 Am. J. Leg. Hist. 95 (1986).
- Hoeriger, H., Riskante Rechtsausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege, Tübingen 1917.
- Hönn, G., Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, München 1982 [Vertragsparität].
- , Der Schutz des Schwächeren in der Krise, in: G. Hönn/H. Konzen/P. Kreutz (Hrsg.), Festschrift für Alfons Kraft zum 70. Geburtstag, Neuwied, Kriftel 1998, S. 251.
- Hoerster, N., Zum Problem der Ableitung eines Sollens aus einem Sein in der analytischen Moralphilosophie, ARSP 55 (1969), 11.
- , Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480.
- Hofer, S., Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001.
- Hoffmann, R., Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit, Paderborn, München, Wien, Zürich 1992.
- Hobfeld, W. N., Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, 23 Yale L. J. 16 (1913), auszugsweise abgedruckt in W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 45.
- Holmes, O. W., The Path of the Law, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).
- Hombrecher, L., Der Begriff der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG. Eine Einführung in das Wettbewerbsrecht, Jura 2003, 153.
- Honsell, H., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 19. 1. 1989, IX ZR 124/88, JZ 1989, 495.
- , Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: M. J. Schermer/J. M. Rainer/L. C. Winkel (Hrsg.), Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln, Weimar, Wien 2002, S. 287.
- Horwitz, M. J., The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy, New York, Oxford 1992 [Transformation of American Law].
- Hubmann, H., Wertung und Abwägung im Recht, Köln, Berlin, Bonn, München 1977.
- Hume, D., A Treatise on Human Nature, Being An Attempt to introduce the experimental Method of Reasoning into Moral Subjects, London 1739/40, hrsg. von L. A. Selby-Bigge, 2. Aufl., Oxford 1978.
- Hutcheson, J. C., The Judgment Intuitive: The Function of the »Hunch« in Judicial Decision, 14 Cornell L. Qu. 274 (1929); auszugsweise abgedruckt in W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 202.
- Isay, H., Rechtsnorm und Entscheidung, Berlin 1929.
- Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 10 Bände, 2. Aufl., Heidelberg 1996 ff.; Band III: Das Handeln des Staates, 2. Aufl. 1996 [Handbuch des Staatsrechts].
- Jakobs, H. H./Schubert, W. (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, Berlin, New York 1978 ff. [Unveröffentlichte Quellen zum BGB].

- Jansen, N., Die Struktur rationaler Abwägungen, ARSP Beiheft 65 (1996), 152.
- , Die Abwägung von Grundrechten, Der Staat 36 (1997), 27.
- , Die Struktur der Gerechtigkeit, Baden-Baden 1998.
- de Jasay, A., Justice and Its Surroundings, Indianapolis 2002.
- Jerry, R. H., The Wrong Side of the Mountain: A Comment on Bad Faith's Unnatural History, 72 Tex. L. Rev. 1317 (1994).
- v. Jhering, R., Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4 Bände, 5. Aufl., Leipzig 1891–1906 [Geist des römischen Rechts].
- , Der Zweck im Recht, 2 Bände, 3. Aufl., Leipzig 1893–98.
- Joerges, C., Verbraucherschutz als Rechtsproblem. Eine Untersuchung zum Stand der Theorie und zu den Entwicklungsperspektiven des Verbraucherrechts, Heidelberg 1981 [Verbraucherschutz].
- , Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, AG 1983, 57.
- Joerges, R., Das Verfahren des RG zur Begründung des Verstoßes gegen die guten Sitten, Zeitschr. f. Rechtsphil. 1 (1914), 208.
- Jung, E., Das Problem des natürlichen Rechts, Leipzig 1912.
- Kant, I., Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, in: *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Band IV, Berlin 1903, S. 385.
- , Die Metaphysik der Sitten, Erster Theil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, in: *Königlich Preussische Akademie der Wissenschaften* (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Band VI, Berlin 1907, S. 203.
- Kantorowicz, H. U. (*Gnaeus Flavius*), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906.
- , Some Rationalism about Realism, 43 Yale L. J. 1240 (1934).
- Kaufmann, A., Über Gerechtigkeit. Dreißig Kapitel praxisorientierter Rechtsphilosophie, Köln, Berlin, Bonn, München 1993.
- , Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, in: W. Krawietz/J. Wróblewski (Hrsg.), Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts. Festgabe für Kazimierz Opalek zum 75. Geburtstag, Berlin 1993, S. 187.
- , Die Entwicklung der Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert, in: L. E. Kotsiris (Hrsg.), Law at the Turn of the 20th Century, Thessaloniki 1994, S. 25.
- Kelsen, H., Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz VI (1930/1), 576.
- , Aristotle's Doctrine of Justice, in: *ders.*, What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays by Hans Kelsen, Berkeley, Los Angeles 1960, S. 110.
- Kennedy, D., The Rise and Fall of Classical Legal Thought, 1975, unveröffentlichtes Manuskript, Boston 1998 [Rise and Fall].
- , Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv. L. Rev. 1685 (1976).
- , Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness, 3 Res. L. & Soc. 3 (1980).
- , Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power, 41 Md. L. Rev. 563 (1982).
- , A Semiotics of Legal Argument, in: *Academy of European Law* (Hrsg.), Collected Courses of the Academy of European Law, Volume III, Book 2, S. 309 (1984).
- , Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, 36 J. Leg. Ed. 518 (1986).
- , The Effect of the Warranty of Habitability on Low Income Housing: »Milking« and Class Violence, 15 Fla. St. U. L. Rev. 485 (1987).
- , A Critique of Adjudication (fin de siècle), Cambridge (Mass.), London 1997.

- , From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's »Consideration and Form«, 100 Colum. L. Rev. 94 (2000).
- Kern, L./Nida-Rümelin, J.*, Logik kollektiver Entscheidungen, München, Wien 1994.
- Kessler, F.*, Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Colum. L. Rev. 629 (1943).
- , Metamorphosen im Amerikanischen Vertragsrecht, JZ 1988, 109.
- Kessler, F./Fine, E.*, Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, 77 Harv. L. Rev. 401 (1964).
- Kessler, F./Gilmore, G./Kronman, A. T.*, Contracts: Cases and Materials, 3. Aufl., Boston, Toronto 1986.
- Klapisch, J.*, Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten auf contracts of adhesion und bargaining in good faith im US-amerikanischen Recht. Zugleich eine Darstellung der vorvertraglichen Haftung in den USA, Baden-Baden 1991 [Der Einfluß der deutschen und österreichischen Emigranten].
- Klemmer, M.*, Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich, Baden-Baden 1996.
- Knobel, U.*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, Berlin 2000.
- Koch, H.-J.*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in: *W. Erbguth/J. Oebbecke/H.-W. Rengeling/M. Schulte* (Hrsg.), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Köln u.a. 1996, S. 9; auch abgedruckt in: *R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kuhlen/H. Rüßmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 235.
- Koch, H.-J./Rüßmann, H.*, Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982.
- Köhler, H.*, UWG-Reform und Verbraucherschutz, GRUR 105 (2003), 265.
- Köndgen, J.*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 16.05.1991, IX ZR 245/90, NJW 1991, 2018.
- , Friedrich Kessler – ein Grenzgänger zwischen den Disziplinen, in: *M. Lutter/E. C. Stiefel/M. H. Hoeflich* (Hrsg.), Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland. Vorträge und Referate des Bonner Symposions im September 1991, Tübingen 1993, S. 287.
- Kötz, H.*, Towards a European Civil Code: The Duty of Good Faith, in: *P. Cane/J. Stapleton* (Hrsg.), The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming, Oxford 1998, S. 243.
- , Abschied von der Rechtskreislehre?, ZEuP 1998, 493.
- Koller, P.*, Theorie des Rechts. Eine Einführung, Wien, Köln, Weimar 1992.
- Kraft, A.*, Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München, Berlin 1963.
- Kramer, E. A.*, Die »Krise« des liberalen Vertragsdenkens. Eine Standortbestimmung, München, Salzburg 1974 [Krise].
- , Juristische Methodenlehre, Bern, München 1998 [Methodenlehre].
- Krebs, P.*, Die Begründungslast, AcP 195 (1995), 171.
- Kriele, M.*, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2. Aufl., Berlin 1976 [Theorie der Rechtsgewinnung].
- Kripke, H.*, The Principles Underlying the Drafting of the Uniform Commercial Code, 1962 U. Ill. L. F. 321.
- Kronman, A. T.*, Contract Law and Distributive Justice, 89 Yale L. J. 472 (1980).

- , A New Champion for the Will Theory; zugleich Rezension von C. Fried, *Contract as Promise*, Cambridge (Mass.), London 1981, 91 Yale L. J. 404 (1981).
- Kruse, H. W., *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Tübingen 1971.
- Küster, O., Über die beiden Erscheinungsformen der Gerechtigkeit nach Aristoteles, in: F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, S. 541.
- Kuhn, T. S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. Aufl., Chicago, London 1970.
- Landes, W. M./Posner, R. A., *Salvors, Finders, Good Samaritans and other Rescuers. An Economic Study of Law and Altruism*, 7 J. Leg. Stud. 83 (1978).
- Langenbucher, K., *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, München 1996 [Entwicklung und Auslegung von Richterrecht].
- Larenz, K., *Das Problem der Rechtsgeltung*, Berlin 1929, mit einem Nachwort versehene Sonderausgabe, Darmstadt 1967.
- , Rezension: J. W. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln*, Tübingen 1933, ZHR 100 (1934), 378.
- , Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, in: G. Dahm/E. R. Huber/K. Larenz/K. Michaelis/F. Schaffstein/W. Siebert (Hrsg.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, S. 225.
- , Die Wandlung des Vertragsbegriffs, DR 1935, 488.
- , Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie. Eine Erwiderung, AcP 143 (1937), 257.
- , Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938.
- , Zur Logik des konkreten Begriffs. Eine Voruntersuchung zur Rechtsphilosophie, DRW 5 (1940), 279.
- , Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung. Eine rechtsmethodologische Untersuchung, in: *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, S. 275.
- , *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. Die Bedeutung »veränderter« Umstände im Zivilrecht*, 3. Aufl., München, Berlin 1963.
- , Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, 1.
- , Grundsätzliches zu § 138 BGB, JJB. 7 (1966/7), 98.
- , Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: H. W. Fasching/W. Kralik (Hrsg.), *Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag*, Wien 1969, S. 247.
- , Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: E. Forsthoff/W. Weber/F. Wieacker (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag*, Göttingen 1973, S. 291.
- , Methodische Aspekte der »Güterabwägung«, in: F. Hauss/R. Schmidt (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Klingmüller*, Karlsruhe 1974, S. 235.
- , *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*, München 1979.
- , *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München 1987 [Schuldrecht AT].
- , *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991 [Methodenlehre].
- Larenz, K./Canaris, C.-W., *Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band: Besonderer Teil, 2. Halbband*, 13. Aufl., München 1994 [Schuldrecht II/2].
- , *Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe)*, 3. Aufl., Berlin u.a. 1995 [Methodenlehre].
- Lautmann, R., Normen im Bereich der Jurisprudenz und Soziologie, ARSP 54 (1968), 523.

- Leenen, D.*, Typus und Rechtsfindung. Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971.
- , Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552.
- Leff, A. A.*, Unconscionability and the Code – The Emperor’s New Clause, 115 U. Penn. L. Rev. 485 (1967).
- Lepsius, O.*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994 [Gegensatzaufhebende Begriffsbildung].
- Lerche, P.*, Facetten der »Konkretisierung« von Verfassungsrecht, in: *I. Koller/J. Hager/M. Junker/R. Singer/J. Neuner* (Hrsg.), Einheit und Folgerichtigkeit im Juristischen Denken. Symposium zu Ehren von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München 1998, S. 7.
- Less, G.*, Vom Wesen und Wert des Richterrechts. Eine rechtsanalytische und -kritische Studie, Erlangen 1954.
- Lieb, M.*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196.
- , Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327.
- Lindacher, W. F.*, Grundsätzliches zu § 138 BGB. Zur Frage der Relevanz subjektiver Momente, AcP 173 (1973), 124.
- Littlefield, N. O.*, Good Faith Purchase of Consumer Paper: The Failure of the Subjective Test, 39 S. Cal. L. Rev. 48 (1966).
- Litvinoff, S.*, Good Faith, 71 Tul. L. Rev. 1645 (1997).
- Llewellyn, K. N.*, The Bramble Bush. Some Lectures on Law and Its Study, New York 1930.
- , A Realistic Jurisprudence – The Next Step, 30 Colum. L. Rev. 431 (1930), auszugsweise abgedruckt in *W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed*, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 53.
- , Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, 44 Harv. L. Rev. 1222 (1931), auszugsweise abgedruckt in *W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed*, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 68.
- , Die deutsche Justiz – Vom Standpunkt eines amerikanischen Juristen, JW 1932, 556.
- , Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika. Eine Spruchauswahl mit Besprechung, Leipzig 1933.
- , Book Review: *O. Prausnitz*, The Standardization of Commercial Contracts in English and Continental Law, London 1937, 52 Harv. L. Rev. 700 (1939).
- , Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed, 3 Vand. L. Rev. 395 (1950), auszugsweise abgedruckt in *W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed*, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 228.
- , Why a Commercial Code?, 22 Tenn. L. Rev. 779 (1953).
- Lobe, A.*, Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Band 1: Der unlautere Wettbewerb als Rechtsverletzung; Band 3: Materialien des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1907 [Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs].
- , Die Generalklausel des neuen Wettbewerbsgesetzes, GRUR 15 (1910), 1.
- Lobinger, T.*, Privatautonome Gestaltung oder Wertungspluralismus als Grundlage rechtsgeschäftlicher Bindungen?, in: *P. Krebs* u.a. (Hrsg.), Summum ius, summa iniuria. Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit, Stuttgart u.a. 1995, S. 77.

- Locher, E.*, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121 (1923), 1.
- Locke, J.*, Two Treatises of Government. In the Former, The False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer and His Followers, are Detected and Overthrown. The Latter is an Essay Concerning The True Origin, Extent, and End of Civil-Government, London 1698, hrsg. von *P. Laslett*, Cambridge 1960.
- van Look, F.*, Die zivilrechtlichen Generalklauseln in der Rechtsprechung des Reichsgerichts 1933–1945, JR 2000, 89.
- Lorenz, S.*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag. Eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlußkontrolle im geltenden Recht, München 1997 [Schutz vor dem unerwünschten Vertrag].
- Lorenz, S./Riehm, T.*, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002 [Schuldrecht].
- Lubben, S. J.*, Chief Justice's Traynor's Contract Jurisprudence and the Free Law Dilemma: Nazism, the Judiciary, and California's Contract Law, 7 S. Cal. Interdisc. L. J. 81 (1998).
- Luig, K.*, Treu und Glauben in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Jahren 1900 bis 1909, in: *R. Wank/H. Hirte/K. Frey/H. Fleischer/G. Thüsing* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 85.
- Lyons, D.*, Moral Aspects of Legal Theory, in: *M. Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Totowa 1983, S. 49.
- Macaulay, S.*, Private Legislation and the Duty to Read – Business Run by IBM Machine, the Law of Contracts and Credit Cards, 19 Vand. L. Rev. 1051 (1966).
- MacCormick, N.*, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978.
- , H.L.A. Hart, Stanford 1981.
- Mackie, J. L.*, The Third Theory of Law, 7 Phil. & Pub. Aff. 3 (1977), auch abgedruckt in: *M. Cohen* (Hrsg.), Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, Totowa 1983, S. 161.
- Malcolm, W. D.*, The Proposed Commercial Code: A Report on Developments during the Period from May 1950 through February 1951 particularly with Reference to Activities of the Section on Corporation, Banking and Business Law of the American Bar Association, 6 Bus. Law. 113 (1951).
- v. Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C.* (Hrsg.), Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, 3 Bände, 4. Aufl., München 1999–2001 [Bonner Grundgesetz].
- Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R.* u.a., Grundgesetz. Kommentar, München, Stand Februar 2003 [Maunz/Dürig].
- Mayer-Maly, T.*, Wertungswandel und Privatrecht, JZ 1981, 801.
- , Bewegliches System und Konkretisierung der Guten Sitten, in: *F. Bydlinski/H. Krejci/B. Schilcher/V. Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986, S. 117.
- , Die Guten Sitten als Maßstab des Rechts, JuS 1986, 596.
- , Was leisten die Guten Sitten?, AcP 194 (1994), 105.
- , Die guten Sitten des BGH, in: *C.-W. Canaris/A. Heldrich* (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, München 2000, S. 69.
- Medicus, D.*, Leistungsfähigkeit und Rechtsgeschäft, JZ 1989, 817.
- , Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35.
- , Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen, Köln 1994.
- , Über die Rückwirkung von Rechtsprechung, NJW 1995, 2577.
- , Abschied von der Privatautonomie?, in: *Vorstand der Münchener Juristischen Gesell-*

- schaft* (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung. Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, München 1996, S. 9.
- , Neues zur Rückwirkung von Rechtsprechung, WM 1997, 2333.
- Meier-Hayoz, A.*, Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäß Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1951.
- , Lücken intra legem, in: *P. Noll/G. Stratenwerth* (Hrsg.), Rechtsfindung. Beiträge zur Juristischen Methodenlehre. Festschrift für Oscar Adolf Germann, Bern 1969, S. 149.
- , Strategische und taktische Aspekte der Fortbildung des Rechts. Zur Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtssetzung, JZ 1981, 417.
- Mellinkoff, D.*, The Language of the Uniform Commercial Code, 77 Yale L. J. 185 (1967).
- Menger, A.*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl., Tübingen 1927.
- Mentschikoff, S.*, Highlights of the Uniform Commercial Code, 27 Mod. L. Rev. 167 (1964).
- Merz, H.*, Die Generalklausel von Treu und Glauben als Quelle der Rechtsschöpfung, ZSR 80 (1961), 335.
- , Auslegung, Lückenfüllung und Normberichtigung, dargestellt an den Beispielen der unzulässigen Berufung auf Formungültigkeit und des Mißbrauchs der Verjährungseinrede, AcP 163 (1963), 305.
- Meyer-Cording, U.*, Gute Sitten und ethischer Gehalt des Wettbewerbsrechtes. Grundsätzliches zu § 1 UWG, JZ 1964, 273.
- Meyer-Ladewig, J.*, Justizstaat und Richterrecht. Zur Bindungswirkung richterrechtlicher Institute, AcP 161 (1961), 97.
- Micklitz, H.-W.*, Perspektiven eines Europäischen Vertragsrechts: Ius commune praeter legem?, ZEuP 1998, 253.
- Miegel, M.*, Die deformierte Gesellschaft. Wie die Deutschen ihre Wirklichkeit verdrängen, Berlin, München 2002.
- Minuth, P. C.*, Der amerikanische Uniform Commercial Code und deutsches Recht, Diss. Münster 2000 [Uniform Commercial Code].
- Moench, D.*, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsschule auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, Frankfurt a.M. 1971.
- Montesquieu, C.-L. de Secondat*, De l'esprit des lois, 2 Bände, 1748, hrsg. von *V. Goldschmidt*, Paris 1979.
- Mooney, E. E.*, Old Kontract Principles and Karl's New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law, 11 Vill. L. Rev. 213 (1966).
- Moore, G. E.*, Principia Ethica, Cambridge 1903.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 5 Bände, Berlin 1888 [Motive].
- Müller, C.*, Die Rechtsphilosophie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp, Tübingen 1994.
- Müller, F.*, Richterrecht – rechtstheoretisch formuliert, in: Richterliche Rechtsfortbildung: Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen. Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, S. 65.
- Müller, F./Christensen, R.*, Juristische Methodik, Band 1, 8. Aufl., Berlin 2002.
- Müller-Erzbach, R.*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Die rechtspolitische Bewe-

- gung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, Tübingen 1932.
- v. Münch, I., Grundgesetz-Kommentar, hrsg. von P. Kunig, 3 Bände, 5. Aufl., München 2000–2003.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, hrsg. von K. Rebmann/F. J. Säcker/R. Rixecker, 4. Aufl., München 2001 ff.; Band 2: §§ 241–432, 3. Aufl. 1994 [MünchKomm-Bearbeiter].
- Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung, hrsg. von G. Lücke/P. Wax, 2. Aufl., München 2000 ff. [MünchKommZPO-Bearbeiter].
- Mugdan, B. (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 5 Bände, Berlin 1899 [Materialien].
- Munzer, S. R., Right Answers, Preexisting Rights, and Fairness, 11 Ga. L. Rev. 1055 (1977).
- Nagel, T., The Possibility of Altruism, Oxford 1970.
- Nedzel, N. E., A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Precontractual Liability, 12 Tul. Eur. & Civ. L. F. 97 (1997).
- Neumann, U., Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986.
- Neuner, J., Die Rechtsfindung contra legem, München 1992.
- , Privatrecht und Sozialstaat, München 1999.
- Nipperdey, H. C., Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961.
- Nörr, K. W., Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, Tübingen 1988.
- Note (Anonym), The Uniform Commercial Code as a Premise for Judicial Reasoning, 65 Colum. L. Rev. 880 (1965).
- Nozick, R., Anarchy, State, and Utopia, Oxford 1974.
- Oechsler, J., Gerechtigkeit im materialen Austauschvertrag. Die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluß auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997.
- Oertmann, P. E. W., Die Geschäftsgrundlage: Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig, Erlangen 1921.
- Ogorek, R., Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt a.M. 1986.
- Ohly, A., Richterrecht und Generalklausel im Recht des unlauteren Wettbewerbs, 1997 [Richterrecht und Generalklausel].
- , Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), 1.
- Ott, C., Systemwandel im Wettbewerbsrecht. Die Generalklausel des § 1 UWG und ihre Rückwirkungen auf Rechtsprechung und Dogmatik, in: F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff (Hrsg.), Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974, S. 403.
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., München 2004 [Palandt-Bearbeiter].
- Palmieri, N. W., Good Faith Disclosures Required During Precontractual Negotiations, 24 Seton Hall L. Rev. 70 (1993).
- Patterson, D. M., Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code, 68 Tex. L. Rev. 169 (1989).
- Paul, A. M., Conservative Crisis and the Rule of Law. Attitudes of Bar and Bench, 1887–1895, Gloucester (Mass.) 1976 [Conservative Crisis].
- Pawlik, M., Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H.L.A. Harts. Ein kritischer Vergleich, Berlin 1993.

- Pawłowski, H.-M.*, Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral, ARSP 50 (1964), 503.
- Penski, U.*, Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln, JZ 1989, 105.
- Perelman, Ch./Olbrechts-Tyteca, L.*, La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation, Paris 1958.
- Petersen, J.*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, Tübingen 2001.
- von der Pfordten, D.*, Rechtsethische Rechtfertigung – material oder prozedural?, in: *L. Schulz* (Hrsg.), Verantwortung zwischen materialer und prozeduraler Zurechnung. Referate der 6. Tagung des Jungen Forum Rechtsphilosophie, 1. Oktober 1998 in Frankfurt am Main, Stuttgart 2000, S. 17.
- , Normativer Individualismus versus normativer Kollektivismus in der Politischen Philosophie der Neuzeit, Zeitschrift für philosophische Forschung 54 (2000), 491.
- , Rechtsethik, München 2001.
- Philipps, L.*, Eine Theorie der unscharfen Subsumtion. Die Subsumtionsschwelle im Lichte der Fuzzy Logic, ARSP 81 (1995), 405.
- Picker, E.*, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung, Teil 1: JZ 1988, 1; Teil 2: JZ 1988, 62.
- Pilny, K. L.*, Präjudizienrecht im anglo-amerikanischen und im deutschen Recht. Eine rechtsvergleichende und rechtsmethodologische Analyse unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, Baden-Baden 1993.
- Planiol, M./Ripert, G.*, Traité pratique de droit civil français, 7 Bände, Paris 1925–1931.
- Pogge, T. W.*, The Categorical Imperative, in: *O. Höffe* (Hrsg.), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. Ein kooperativer Kommentar, Frankfurt a.M. 1989, S. 172.
- Popper, K. R.*, Logik der Forschung, 9. Aufl., Tübingen 1989.
- Posner, R. A.*, Economic Analysis of Law, 6. Aufl., New York 2003 [Economic Analysis].
- Pound, R.*, Law in Books and Law in Action, 44 Am. L. Rev. 15 (1910), auszugsweise abgedruckt in *W. W. Fisher/M. J. Horwitz/T. A. Reed*, American Legal Realism, New York, Oxford 1993, S. 39.
- , The Theory of Judicial Decision, Teil 1: 36 Harv. L. Rev. 641 (1923); Teil 2: 36 Harv. L. Rev. 802 (1923); Teil 3: 36 Harv. L. Rev. 940 (1923).
- , An Introduction to the Philosophy of Law, 2. Aufl., New Haven, London 1954 [Philosophy of Law].
- Powell, R. M.*, Good Faith in Contracts, 9 Current Leg. Probs. 16 (1956).
- Preis, U.*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied, Kriftel, Berlin 1993.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, hrsg. von *Achilles/Spahn/Gebhard*, Berlin 1897–1899 [Protokolle].
- Puchta, G. F.*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, aus dessen Nachlaß hrsg. von *A. A. F. Rudorff*, 2 Bände, 5. Aufl., Leipzig 1862/63.
- Purcell, E. A.*, The Crisis of Democratic Theory. Scientific Naturalism & the Problem of Value, Lexington, Kentucky 1973 [Democratic Theory].
- Radbruch, G.*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1 (1946), 105; auch abgedruckt in: *ders.*, Rechtsphilosophie, hrsg. von *E. Wolf/H.-P. Schneider*, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 339.
- , Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947.
- , Rechtsphilosophie, hrsg. von *E. Wolf/H.-P. Schneider*, 8. Aufl., Stuttgart 1973.
- Raiser, L.*, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1.
- , Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: *E. v. Caemmerer/E. Friesenbahn/R. Lange*

- (Hrsg.), Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe 1960, S. 101.
- Raiser, T.*, Richterrecht heute. Rechtssoziologische und rechtspolitische Bemerkungen zur richterlichen Rechtsbildung im Zivilrecht, ZRP 1985, 111.
- Ramm, T.*, Einführung in das Privatrecht. Allgemeiner Teil, 3 Bände, München 1969.
- Rawls, J.*, A Theory of Justice, Cambridge (Mass.) 1971.
- , Political Liberalism, New York 1993.
- Raz, J.*, Legal Principles and the Limits of Law, 81 Yale L. J. 823 (1972).
- , Practical Reason and Norms, London 1975.
- , Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, Oxford 1994.
- Recken*, Die Bekämpfung der Preisschleuderei mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 24.
- Reich, N.*, Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 1974, 187.
- Reich, N./Micklitz, H.-W.*, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland, New York 1980.
- Reichel, H.*, Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart, Zürich 1915.
- Reifner, U.*, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung, Neuwied, Darmstadt 1979 [Alternatives Wirtschaftsrecht].
- Reinhardt, M.*, Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, Tübingen 1997.
- Reinicke, D./Tiedtke, K.*, Zur Sittenwidrigkeit hoher Verpflichtungen vermögens- und einkommensloser oder einkommenschwacher Bürgen, ZIP 1989, 613.
- Repgen, T.*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts, Tübingen 2001.
- Reynolds, N. B.*, The Enforcement of Morals and the Rule of Law, 11 Ga. L. Rev. 1325 (1977).
- Richardi, R.*, Richterrecht als Rechtsquelle, in: *M. Lieb/U. Noack/H. P. Westermann* (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag, Band II, Köln, Berlin, Bonn, München 1998, S. 935.
- Richards, D. A. J.*, Rules, Policies, and Neutral Principles: The Search for Legitimacy in Common Law and Constitutional Adjudication, 11 Ga. L. Rev. 1069 (1977).
- Rieble, V.*, Arbeitsmarkt und Wettbewerb. Der Schutz von Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit im Arbeitsrecht, Berlin, Heidelberg, New York u.a. 1996.
- Röckrath, L.*, Umverteilung durch Privatrecht? Zur vernunftrechtlichen Rekonstruktion von Aristoteles' Gerechtigkeitslehre in Weinribs formaler Rechtstheorie, ARSP 83 (1997), 506.
- Röhl, K. F.*, Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, Köln, Berlin, Bonn, München, 1995.
- Roellecke, G.*, Grundfragen der juristischen Methodenlehre und die Spätphilosophie Ludwig Wittgensteins, in: *T. Ritterspach/W. Geiger* (Hrsg.), Festschrift für Gebhard Müller zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1970, S. 323.
- Roeren*, Die Wirkungen des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 4 (1899), 169.
- Röthel, A.*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004.
- Rosenberg, L./Schwab, K. H./Gottwald, P.*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., München 1993.
- Rosenthal, A.*, Preisschleuderei mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 32.
- , Preisschleudern mit Markenartikeln, GRUR 20 (1915), 195.
- Roth, H.*, EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht, JZ 1999, 529.

- , Anmerkung zum Urteil des BGH v. 14. 11. 2000, XI ZR 248/99, JZ 2001, 1039.
- Rother, W.*, Sittenwidriges Rechtsgeschäft und sexuelle Liberalisierung, AcP 172 (1972), 498.
- Rückert, J.*, Richterrecht seit Weimar?, in: *M. Kriechbaum* (Hrsg.), Festschrift für Sten Gagnér zum 3. März 1996, Ebelsbach 1996, S. 203.
- Rümelin, M.*, Die Verweisungen des bürgerlichen Rechts auf das Sittengesetz, in: *H. Völter* (Hrsg.), Schwäbische Heimatgabe für Theodor Haering zum 70. Geburtstag, Heilbronn 1918, S. 133.
- , Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921.
- , Die Rechtssicherheit, Tübingen 1924.
- Rüßmann, H.*, Das Theorem von Bayes und die Theorie des Indizienbeweises, ZZZ 103 (1990), 65, auch abgedruckt in: *R. Alexy/H.-J. Koch/L. Kublen/H. Rüßmann* (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Baden-Baden 2003, S. 383.
- Rüthers, B.*, Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich, 2. Aufl., München 1989.
- , Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 5. Aufl., Heidelberg 1997 [Unbegrenzte Auslegung].
- Ruffert, M.*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts. Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001.
- Sack, R.*, Das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Moral als Bestimmungsfaktor der Guten Sitten, NJW 1985, 761.
- , Regierungsentwurf einer UWG-Novelle – ausgewählte Probleme, BB 2003, 1073.
- Salomon, M.*, Der Begriff der Gerechtigkeit bei Aristoteles. Nebst einem Anhang über den Begriff des Tauschgeschäftes, Leiden 1937 [Gerechtigkeit bei Aristoteles].
- Sambuc, T.*, Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977.
- Sartorius, R.*, Bayes' Theorem, Hard Cases, and Judicial Discretion, 11 Ga. L. Rev. 1269 (1977).
- , Positivism and the Foundations of Legal Authority, in: *R. Gavison* (Hrsg.), Issues in Contemporary Legal Philosophy, Oxford 1987, S. 43.
- v. Savigny, F. C.*, System des heutigen römischen Rechts, 8 Bände, Berlin 1840–1851.
- Schimansky, H.*, Probleme aus der »Rückwirkung« höchstrichterlicher Rechtsprechung, WM 2001, 1889.
- Schlüchter, E.*, Mittlerfunktion der Präjudizien. Eine rechtsvergleichende Studie, Berlin, New York 1986.
- Schmid, P.*, Die Wirkungen des deutschen Reichsgesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 5 (1900), 252.
- , Der österreichische Gesetzentwurf gegen unlauteren Wettbewerb, GRUR 7 (1902), 238.
- , Sind die Bestimmungen der §§ 823, 824 und 826 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs anwendbar?, GRUR 8 (1903), 103.
- , Bedürfen die Bestimmungen der deutschen Gesetzgebung über den Schutz gegen den Verrat gewerblicher Geheimnisse einer Aenderung oder Ergänzung?, GRUR 11 (1906), 360.
- Schmidt, E.*, Von der Privat- zur Sozialautonomie. Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem, JZ 1980, 153.

- Schmidt, J.*, Präzisierung des § 242 BGB – eine Daueraufgabe?, in: *O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier* (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Göttingen 1990, S. 231.
- , Zur Regelbildung in der Dogmatik des Zivilrechts, *ARSP Beiheft* 45 (1992), 200.
- Schmidt-Kessel, M./Baldus, C.*, Prozessuale Behandlung des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nach neuem Recht, *NJW* 2002, 2076.
- Schmidt-Rimpler, W.*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, *AcP* 147 (1941), 130.
- , Zum Vertragsproblem, in: *F. Baur/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorff* (Hrsg.), *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen. Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1974, S. 3.
- Schmidt-Syaßen, I.*, Zur Wechselwirkung von Wirtschaftsrecht und bürgerlichem Recht bei der Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln, dargestellt an Hand der Entwicklung und Dogmatik des § 826 BGB und § 26 Abs. 2 GWB, Bonn 1973 [Konkretisierung von freiheitsbeschränkenden Generalklauseln].
- Schmitt, C.*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Hamburg 1934.
- , Nationalsozialismus und Rechtsstaat, *JW* 1934, 713.
- Schnader, W. A.*, A Short History of the Preparation and Enactment of the Uniform Commercial Code, 22 *U. Miami L. Rev.* 1 (1967).
- Schoemann, F.*, *Handbuch des Civilrechts*, Band 2, Gießen, Wetzlar 1806.
- Scholz, F.*, *Die Rechtssicherheit*, Berlin 1955.
- Schumann, E.*, Das Rechtsverweigerungsverbot. Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden, *ZZP* 81 (1968), 79.
- Seif, U.*, *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin 2003.
- Sen, A. K.*, *Inequality Reexamined*, New York, Oxford 1992.
- Sendler, H.*, Richterrecht – rechtstheoretisch und rechtspraktisch, *NJW* 1987, 3240.
- Siebert, W.*, Zur Rechtserneuerung im Schuldrecht, *DR* 1941, 1930.
- Sieckmann, J.-R.*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Baden-Baden 1990 [Regelmodelle].
- , Zur Begründung von Abwägungsurteilen, *Rechtstheorie* 26 (1995), 45.
- , Autonome Abwägung, *ARSP* 90 (2004), 66.
- Siems, H.*, *Handel und Wucher im Spiegel frühmittelalterlicher Rechtsquellen*, Hannover 1992.
- Simitis, K.*, Gute Sitten und ordre public. Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, Marburg 1960.
- , Verbraucherschutz: Schlagwort oder Rechtsprinzip?, Baden-Baden 1976 [Verbraucherschutz].
- Singer, R.*, *Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen*, München 1995 [Selbstbestimmung und Verkehrsschutz].
- Sinzheimer, H.*, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1953.
- Soergel, W.*, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, hrsg. von W. Siebert u.a., 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1988 ff.; Band 2: §§ 104–240, 13. Aufl. 1999; §§ 241–610, 10. Aufl. 1967 [Soergel-Bearbeiter].
- Soper, E. P.*, Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute, in: *M. Cohen* (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa 1983, S. 3.

- Sosniza, O., Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld zwischen Europa und Deutschland. Zum Regierungsentwurf zur Reform des UWG vom 9.5.2003, GRUR 105 (2003), 739.
- Stankiewicz, J. J., Good Faith Obligation in the Uniform Commercial Code: Problems in Determining Its Meaning and Evaluating Its Effect, 7 Val. U. L. Rev. 389 (1973).
- J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, hrsg. von G. Beitzke; §§ 134 ff.: Neubearbeitung Berlin 2003; §§ 241 ff.: 13. Aufl. 1995; §§ 826 ff.: 13. Aufl. 1998; §§ 241 ff.: 12. Aufl. 1983 [Staudinger-Bearbeiter].
- v. Stebut, D., Der soziale Schutz als Regelungsproblem des Vertragsrechts: Die Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern und Wohnungsmietern, Berlin 1982.
- Stein, E., Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung des öffentlichen Rechts, in: J. Esser/E. Stein, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung, Frankfurt a.M. 1966, S. 40 [Werte und Wertewandel].
- Steindorff, E., Die Guten Sitten als Freiheitsbeschränkung, in: Summum ius summa iniuria. Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben, Tübingen 1963, S. 58.
- Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Staatsorgane, Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung, München 1980 [Staatsrecht].
- v. Stintzing, R./Landsberg, E., Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, 3 Abteilungen in 4 Bänden, Abt. I und II von R. v. Stintzing, München 1880–1884, Abt. III, 1. und 2. Halbband von E. Landsberg, München, Berlin 1898–1910.
- Stoll, H., Begriff und Konstruktion in der Lehre von der Interessenjurisprudenz, in: H. Stoll (Hrsg.), Festgabe für Philipp Heck, Max Rümelin, Arthur Benno Schmidt, Tübingen 1931, S. 60.
- Strache, K.-H., Das Denken in Standards. Zugleich ein Beitrag zur Typologik, Berlin 1968 [Denken in Standards].
- Stück, H., Subsumtion und Abwägung, ARSP 84 (1998), 405.
- Summers, R. S., The *New Analytical Jurists*, 41 N.Y.U. L. Rev. 861 (1966).
- , »Good Faith« in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code, 54 Va. L. Rev. 195 (1968).
- , The General Duty of Good Faith – Its Recognition and Conceptualization, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982).
- , Comments on »The Foundations of Legal Reasoning«, in: W. Krawietz/R. Alexy (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 145.
- , Good Faith in American General Contract Law, in: O. Behrends/M. Dießelhorst/R. Dreier (Hrsg.), Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker, Göttingen 1990, S. 127.
- , Positivism, Natural Law and the Theory of Legal Validity, in: *ders.*, Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning, Berlin 1992, S. 49.
- , Form and Substance in Legal Reasoning, in: *ders.*, Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning, Berlin 1992, S. 138.
- Teubner, G., Standards und Direktiven in Generalklauseln, Frankfurt a.M. 1971 [Standards und Direktiven].
- , Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences, 61 Mod. L. Rev. 11 (1998).

- Thibaut, A. F. J.*, Theorie der logischen Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl., Altona 1806.
- Thommen, W.*, Beitrag zur Lehre vom Begriff der Guten Sitten im schweizerischen Privatrecht, Winterthur 1954 [Begriff der Guten Sitten im schweizerischen Privatrecht].
- Thüsing, G.*, Gedanken zur Vertragsautonomie im Arbeitsrecht, in: *R. Wank/H. Hirte/K. Frey/H. Fleischer/G. Thüsing* (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 559.
- Tiedtke, K.*, Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Bürgschaftsrechts in den Jahren 2001 und 2002, NJW 2003, 1359.
- Timme, M.*, Produkthaftung: Eigentumsverletzung bei Verarbeitung mangelhafter Zulieferteile, JuS 2000, 1154.
- Tonner, M.*, Neues zur Sittenwidrigkeit von Ehegattenbürgschaften – BGHZ 151, 34 und BGH, NJW 2002, 2230, JuS 2003, 325.
- Topitsch, E.*, Über Leerformeln. Zur Pragmatik des Sprachgebrauchs in Philosophie und politischer Theorie, in: *E. Topitsch* (Hrsg.), Probleme der Wissenschaftstheorie. Festschrift für Victor Kraft, Wien 1960, S. 233.
- Toulmin, S. E.*, The Uses of Argument, Cambridge 1958.
- Tschentscher, A.*, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, Baden-Baden 2000.
- v. Tuhr, A.*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 3 Bände, Berlin 1910–1918 [AT BGB].
- Twining, W.*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, London 1973.
- Veelken, W.*, Bindungen des Revisionsgerichts bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB, AcP 185 (1985), 46.
- Viehweg, T.*, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Aufl., München 1974.
- Vierhaus, F.*, Über die Methode der Rechtsprechung, Hannover 1911.
- Walter, R.*, Hans Kelsen, die Reine Rechtslehre und das Problem der Gerechtigkeit, in: *M. Beck-Mannagetta/H. Böhm/G. Graf* (Hrsg.), Der Gerechtigkeitsanspruch des Rechts. Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 65. Geburtstag, Wien, New York 1996, S. 207.
- Watkins-Bienz, R. M.*, Die Hart-Dworkin Debatte. Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart, Berlin 2004.
- Watson, A.*, Legal Transplants. An Approach to Comparative Law, 2. Aufl., Athens, London 1993.
- Weber, R.*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516.
- , Erwiderung, AcP 194 (1994), 90.
- Weber, W.*, Die Generalklauseln im Recht und die soziale Gerechtigkeit, in: *F. Greiß/P. Herder-Dorneich/W. Weber* (Hrsg.), Der Mensch im sozio-ökonomischen Prozeß. Festschrift für Wilfrid Schreiber zum 65. Geburtstag, Berlin 1969, S. 39.
- Webster, J. A.*, A Pound of Flesh: The Oregon Supreme Court Virtually Eliminates the Duty to Perform and Enforce Contracts in Good Faith, 75 Or. L. Rev. 493 (1996).
- Wechsler, H.*, Toward Neutral Principles of Constitutional Law, 73 Harv. L. Rev. 1 (1959).
- Weigelin, E.*, Der Begriff der Sitte, ARWP 8 (1914/5), 321.
- Weinberger, O.*, Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation, in: *W. Kra-wietz/R. Alexy* (Hrsg.), Metatheorie juristischer Argumentation, Berlin 1983, S. 159.
- Weinrib, E. J.*, The Idea of Private Law, Cambridge (Mass.), London 1995.
- Weischedel, W.*, Recht und Ethik. Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2. Aufl., Karlsruhe 1959.

- Welzel, H., Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 279; auch abgedruckt in: W. Maihofer (Hrsg.), Naturrecht oder Rechtspositivismus?, Darmstadt 1962, S. 322.
- , Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 4. Aufl., Göttingen 1962.
- Wendehorst, C., Anspruch und Ausgleich. Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999.
- Wernicke, J., Der Verkauf von Markenartikeln unter Preis, GRUR 20 (1915), 35.
- Wertheimer, L., Die Judikatur zum Gesetze gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 1910, GRUR 16 (1911), 65.
- , Die Rechtsprechung zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb im Jahre 1911, GRUR 17 (1912), 60.
- Westermann, H., Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955 [Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung].
- Westermann, H. P., Anmerkung zum Urteil des BGH v. 16. 3. 1989, III ZR 37/88, JZ 1989, 746.
- Whitman, J., Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code, 97 Yale L. J. 156 (1987).
- Wieacker, F., Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 12. Dezember 1952, Karlsruhe 1953 [Sozialmodell].
- , Vertragsbruch aus Gewissensnot, JZ 1954, 466.
- , Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel. Zu Essers Buch »Grundsatz und Norm«, JZ 1957, 701.
- , Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956 [Zur rechtstheoretischen Präzisierung].
- , Gesetz und Richterkunst. Vortrag, gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 15. November 1957, Karlsruhe 1958.
- , Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Karlsruhe 1960 [Wandel der Gesellschaftsordnungen].
- , Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337.
- , Gemeinschaftlicher Irrtum der Vertragspartner und Clausula rebus sic stantibus. Bemerkungen zur Theorie der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift zum 60. Geburtstag von Walter Wilburg, Graz 1965, S. 229.
- , Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967 [Privatrechtsgeschichte].
- , Recht und Sittlichkeit. Über die Beziehungen der Rechtsordnung zu den ethischen Normen, in: Zeitwende 40 (1969), 244.
- , Rezension: C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969, Rechtstheorie 1 (1970), 107.
- , Über strengere und unstrenge Verfahren der Rechtsfindung, in: H. Schneider/V. Götz (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 421.
- , Formalismus und Naturalismus in der neueren Rechtswissenschaft, in: N. Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Band I, München 1982, S. 703.
- Wiethölter, R., Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: H. Coing/H. Kronstein/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 41.
- , Rechtswissenschaft, Frankfurt a.M. 1968.

- , Materialization and Proceduralization in Modern Law, in: *G. Teubner* (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Florenz, Berlin, New York 1986, S. 221.
- Wilburg, W.*, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg 1941.
- , *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950 [Bewegliches System].
- Wilhelm, W.*, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1958.
- Windscheid, B.*, *Die Voraussetzung*, AcP 78 (1892), 161.
- Windscheid, B./Kipp, T.*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 1906.
- Wiseman, Z. B.*, *The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules*, 100 Harv. L. Rev. 465 (1987).
- Wolf, M.*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, Tübingen 1970 [Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit].
- Wolf, U.*, *Kann nur das Gesetz uns Freiheit geben? Rechtspositivismus und Präjudizien-system vor ihrem rechtshistorischen und methodischen Hintergrund*, in: *P. Krebs* u.a. (Hrsg.), *Summum ius, summa iniuria. Zivilrecht zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit*, Stuttgart u.a. 1995, S. 9.
- Wolff, H. J.*, *Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft*, in: *Studium Generale V* (1952), 195.
- Woozley, A. D.*, *No Right Answer*, *Phil. Qu.* 29 (1979), 25; auch abgedruckt in: *M. Cohen* (Hrsg.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa 1983, S. 173.
- Zimmermann, R./Leenen, D./Mansel, H.-P./Ernst, W.*, *Finis Litem? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*, *JZ* 2001, 684.
- Zippelius, R.*, *Wertungsprobleme im System der Grundrechte*, München 1962.
- Zöllner, W.*, *Privatautonomie und Arbeitsverhältnis. Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag*, AcP 176 (1976), 221.
- , *Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert*, AcP 188 (1988), 85.
- , *Die politische Rolle des Privatrechts*, *JuS* 1988, 329.
- , *Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen*, AcP 196 (1996), 1.
- , *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, Köln 1996 [Privatrechtsgesellschaft].
- , *Die Bürgschaft des Nichtunternehmers*, *WM* 2000, 1.
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt*, 6 Bände, Berlin 1890/91 [Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen].
- Zweigert, K.*, »Rechtsgeschäft« und »Vertrag« heute, in: *E. v. Caemmerer/S. Mentschikoff/K. Zweigert* (Hrsg.), *Ius Privatum Gentium. Festschrift für Max Rheinstein zum 70. Geburtstag am 5. Juli 1969*, Band II: Nationales und vergleichendes Privatrecht, Tübingen 1969, S. 493.
- Zweigert, K./Kötz, H.*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen 1996 [Rechtsvergleichung].

Sachverzeichnis

Kursiv gesetzte Ziffern bezeichnen Hauptfundstellen.

- Abstraktheit, Abstraktion 48, 52, 127, 130 ff., 140
- Abwägung, -entscheidung, -spielraum, -theorie 64, 71, 78, 85 ff., 96, 106, 135, 145, 156, 159 ff., 169, 172
- ad-hoc-Theorien s.a. Methodenehrlichkeit 53 ff.
- Alexy, R. 81, 83, 85 ff., 91, 135 f., 141
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 20, 26 f., 102, 122 s.a. Inhaltskontrolle
- Allgemeines Landrecht (Preußen) 107
- Allgemeinheit, allgemein 49, 107, 112, 130 ff., 134, 136, 140
- Altruismus 194, 222
- American Law Institute 181, 189
- Amerika, amerikanische Debatte, Rechtstheorie 4 ff., 22, 26 f., 31 f., 34, 43, 46, 49 f., 53, 55, 60, 64 f., 69 ff., 75 f., 78, 81 ff., 88, 91, 93, 95, 98, 147, 151, 179 ff., 193 ff., 214, 216, 220 s.a. good faith
- Analytical Jurisprudence 195, 200
- Angehörigen- und Ehegattenbürgschaften 7 ff., 11, 31, 42, 45, 57, 60, 84, 89, 95, 122 f., 125, 130, 139, 169, 171, 176
- Anstandsformel, -gefühl 116 f., 119, 149
- Antinomien 1, 3, 8, 27, 46, 47, 59, 65, 73, 77, 79, 94, 98, 116, 135, 138, 172 f., 178, 180, 206, 209, 220 s.a. Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens
- Äquivalenzprinzip, formales/materialies 25 ff., 78 f., 97
- Arbeitsrecht, Arbeitgeber, -nehmer 20, 26, 31 f., 40, 74 f., 115, 120, 135
- Argument, Argumentation, -struktur 15 f., 20, 53, 55, 57 f., 61, 64, 71, 79 ff., 88 ff., 96, 149, 156, 159 ff., 172, 190, 192, 195, 214, 216 ff.
- Argumentations- und Begründungslast 87 f., 92, 163
- Argumentationstheorien 64, 80 ff., 96, 156, 159 ff., 172
- moralische, rechtspolitische 79 ff., 168, 190, 193, 195, 216 ff.
- Aristoteles, aristotelisch 36, 38
- Arrowsches Unmöglichkeitstheorem 147
- Aufklärungspflicht, vorvertragliche 20, 29, 42, 188 s.a. Informationspflicht
- Aufwertungsrechtsprechung 44 f., 78, 97 f., 117, 142, 177 s.a. Wegfall der Geschäftsgrundlage
- Ausfüllungsbedürftigkeit 127 s.a. Wertausfüllungsbedürftigkeit
- Auslegung 39, 45, 55, 65 ff., 69, 73, 77, 81, 83, 84, 93, 105, 117, 120, 124, 129, 137, 152, 181, 191, 213
- Grundsätze, Rangfolge, Bindung 65 ff., 84
- historische Entwicklung 66 f.
- außerrechtliche Wertungen, Normen 96, 128, 136, 139, 145, 146 ff., 152 ff., 167 ff., 171, 175, 194 ff., 205 f., 214 ff.
- und Generalklauseln 146 ff., 167 f., 194 ff., 205 f.
- und Trennung zwischen Recht und Moral 167 f., 205 f., 214 ff.
- Austin, J. 195, 217
- Austin, J. L. 203
- Autonomie, autonom 23, 147, 168 s.a. Privatautonomie
- Begriffshof, -kern 130, 140
- Begriffsjurisprudenz, begriffsjuristisch 1, 66 ff., 70, 181

- Begründungslast 87 f., 92 s.a. Argumentationslast
- Bentham, J. 12, 195, 217
- Beobachter-/Teilnehmerperspektive 212 f.
s.a. externer/interner Blickwinkel
- bewegliches System 85 f., 159 ff., 171 f.
s.a. System
- Billigkeit, -kontrolle, -rechtsprechung 60 ff., 104, 118, 173, 181
- Bindung, -ideal, -wirkung 5, 9, 12 ff., 27, 29, 58, 64 ff., 77 ff., 94 ff., 107 f., 121, 124, 132, 141, 156, 158, 160 f., 173 f., 177 f., 191, 196, 199, 208 s.a. Richterbindung
- Gesetz, Gesetz und Recht 65 ff., 80, 93
 - juristische Argumentation 80 ff., 89
 - Präjudizien 69 f., 83, 91 ff., 156, 161 f., 177
 - Vertragsbindung 12 ff., 27, 29, 58
- Blankett, -norm, blankettartig 152, 157 f.
s.a. Generalklauseln: Begriff
- Brandeis, L. D. 76
- Brauch, Handelsbrauch 147 ff., 185, 196, 200 f., 207 s.a. Sitte
- Braucher, R. 190 f., 199, 203
- Brown v. Board of Education of Topeka 50
- Bülow, O. 72, 74, 104 f., 134
- Bürge, Bürgschaft 7 ff., 57, 84, 89, 139, 169
s.a. Angehörigen- und Ehegattenbürgschaften
- Bürgerliches Gesetzbuch:
Entstehung 103 ff.
- Burton, S. J. 201 f., 206 f.
- Bydlinski, F. 3, 92, 130, 132, 135 f., 144, 152, 154 f., 157 f., 161, 174, 215
- Canaris, C.-W. 23, 31, 37, 41, 60, 92, 127, 129, 152, 154 f., 157, 159 ff.
- Cardozo, B. 76
- Chancen, -gerechtigkeit, -gleichheit 18, 24, 34 f., 41, 57, 201 s.a. Gerechtigkeit
- Civil Law 91, 179, 199, 221
- clausula generalis 107
- clausula rebus sic stantibus 44 s.a. Wegfall der Geschäftsgrundlage
- Code Civil 104, 111 f., 114
- Cohen, F. S. 76
- Cohen, M. 76
- Common Law 69 f., 75 f., 84, 179 ff., 221
- contra legem-Judizieren 2, 65, 79, 97, 157, 163 f. s.a. Methodenlehre
- culpa in contrahendo 29, 78, 188
- Definition 126 ff., 141 ff., 153, 155, 178, 186 f., 193, 200 ff.
- des Generalklauselbegriffs 126 ff., 141 ff. s.a. Generalklauseln: Begriff
 - good faith (Amerika) 193, 200 ff.
- Delegation, -gedanke, -norm 96 ff., 115, 127, 132 ff., 136, 141, 145, 152 f., 158, 166, 173 ff. s.a. Ermächtigung
- und vertragliche Selbstbestimmung 14
- Demokratie, -gebot, -prinzip 82
- Deskriptivität, deskriptiv 5 f., 47, 50, 127, 136, 145, 164 ff., 207, 213
- Fallgruppen-, Funktionsschichtenmodelle 161, 164 ff., 170 f., 175 f., 204 f.
 - und Rechtstheorie 213
- Diskurs, Diskursethik 34, 81, 216
- Distribution, distributiv 17 ff., 28, 32 f., 35 ff. s.a. Umverteilung, Verteilung
- Drittwirkung von Grundrechten 68 f., 84, 89, 122, 125, 135, 150 ff., 169, 177 s.a. Grundrechte, Verfassung
- Dworkin, R. 34, 48 ff., 78, 80 ff., 85, 87 ff., 136, 141, 215 f., 218
- Effizienz 51, 56, 58, 198, 206 f. s.a. ökonomische Analyse
- Ehrlich, E. 148, 184
- Eigenwertung, richterliche 64, 71 ff., 74, 76, 78 f., 95, 146, 152 ff., 165 f., 172 f., 175
- und Generalklauseln 95, 146, 152 ff., 165 f., 172 f., 175
- Eindeutigkeit, eindeutig 47, 70 f., 82, 87, 89, 130 s.a. One Right Answer Thesis
- Einheit der Privatrechtsordnung 3, 22, 32, 79, 98, 213, 220
- Einzelfall, -bezogenheit, -gerechtigkeit 2 ff., 9, 46 ff., 77, 79, 94 f., 97 ff., 107, 124, 134 f., 140, 160 ff., 171 f., 177, 191 f., 197, 199, 206, 208
- Entscheidungsfreiheit 8, 24, 25, 29, 31, 33
s.a. Vertragsfreiheit

- Ermächtigung, -gedanke, -norm 96 ff., 117, 127, 132 ff., 136, 141, 145, 152 f., 164, 166, 168, 173 f. s.a. Delegation
- Ermessen, -begriff, -spielraum, -tatbestand 51, 55, 61 f., 64, 92, 97, 104 ff., 112, 117, 124, 129, 145, 152 ff., 172 f., 206
- bei einseitiger Leistungsbestimmung 181, 206
 - und Generalklauseln 145, 152 ff.
- Esser, J. 50, 79, 92
- Ethik, ethisch 4, 10, 13, 23, 34 f., 81, 139 f., 147 ff., 168, 194 f., 201, 206, 214 ff. s.a. Rechtsethik
- Letztbegründbarkeit 35, 147
 - Trennung zwischen Recht und Ethik 148 f., 194 f., 214 ff.
- excluder, -Analyse 202 ff., 207
- externer/interner Blickwinkel, Standpunkt, Perspektive 6, 205, 212 ff., 216 ff. s.a. Teilnehmer-/Beobachterperspektive
- Fallgruppen, -analyse, -modell 102, 123, 160 f., 162 ff., 165, 170, 172, 177, 188 f., 203 f., 206 f. s.a. Generalklauseln: Konkretisierung
- Deskriptivität 164 ff., 170 f., 175 f., 203 ff.
- Fallnorm, -theorie 92
- Fallrecht 69, 151, 180, 189 s.a. Präjudizien
- Fikentscher, W. 79, 92, 94, 170
- Flexibilität 54 ff., 58, 63, 79, 106, 109, 113 ff., 140, 160, 196 ff.
- Flume, W. 25, 37
- Formalismus, formal 3 f., 7, 22 ff., 46 ff., 64 f., 67, 70, 75, 79, 94, 98 f., 106, 108 f., 118 f., 124 f., 127, 130, 132, 134 f., 140, 144, 157, 171 ff., 184, 190, 201, 206 f., 221
- des 19. Jahrhunderts 67, 70, 75, 184
 - ethischer 23 f., 34 f.
- Formvorschriften, gesetzliche; Außerachtlassung 52, 56 f., 60
- Frank, J. 76
- Frege, G. 143
- Freiheit, -begriff, -denken, -ethik 3 f., 9, 12 ff., 18 f., 23 ff., 28, 31, 35, 40, 46, 57, 59, 64 ff., 70 ff., 77, 79, 93, 97, 99, 103, 109, 121, 124, 133 f., 169, 171, 173, 177, 190, 206 ff. s.a. Individualismus, Richterfreiheit, Vertragsfreiheit
- formale/materiale 23 f., 28 ff., 46
- Freirechtsschule 68, 72 ff., 121, 184
- Freiverantwortlichkeit, -willigkeit 14, 18, 23, 26, 38 s.a. Individualismus
- Fremdbestimmung, -verantwortung 10 f., 16 f., 20 f., 27 f., 41, 48, 83, 98, 167 s.a. Kollektivismus
- Fuller, L. L. 218
- Funktionskreise, -modelle, -schichten, -theorien 122 f., 145, 154, 162 ff., 170 ff., 174 ff., 204
- Garstka, H. 130 f., 140
- Gefährdungshaftung 135
- Geltung, -anspruch 3, 5, 13 ff., 81, 84, 132, 147 f., 152, 157, 168, 208, 214 ff., 218 f.
- Ethik, außerrechtliche Normen 146 ff., 168, 214 ff.
 - Generalklauseln 3, 132, 157
- Generalität, generell 49, 107, 111 f.
- Generalklausel, -artiges Recht 1 ff., 9, 22, 42 ff., 55, 59 ff., 65, 68, 91, 94 ff., 101 ff., 110 ff., 126 ff., 144 ff., 166 ff., 187, 190 f., 193 ff., 199 ff., 204 f., 208 f., 211 ff., 218 ff.
- § 138 Abs. 1 BGB 2, 7, 26, 40, 44 f., 62, 98, 104 ff., 109, 111, 114 ff., 122 f., 126, 128 ff., 133, 146, 151, 164, 170, 176, 179 s.a. Gute Sitten
 - § 157 BGB 104 f., 109, 117, 120, 128 f., 186
 - § 226 BGB 62, 104, 133, 142
 - § 242 BGB 1 f., 43 f., 55 ff., 62 f., 97 f., 104 f., 115, 117 f., 120 ff., 126, 128 f., 133, 135, 142, 146, 148, 158, 160, 162, 164, 170, 186, 189, 208 s.a. Treu und Glauben
 - § 307 BGB 40, 102, 131
 - § 313 BGB 20, 26, 40, 122, 162, 164
 - §§ 315 ff. BGB 181, 189
 - §§ 817, 819 BGB 49, 129, 131
 - § 826 BGB 104, 106, 109, 113 ff., 120, 131, 142, 165
 - §§ 1 UWG a.F., 3, 4 UWG 102, 104, 110 f., 114, 118, 120, 122 f., 128, 142, 170, 186

- Artt. 1382, 1383 Code Civil 104, 111 f., 114
- Art. 2 Schweiz. ZGB 162
- allgemeines Persönlichkeitsrecht 48, 62, 78, 113, 128, 132, 155, 169
- good faith (Amerika) 179 ff.
- Recht am Gewerbebetrieb 62, 169
- unconscionability 179, 190
- Generalklauseln: Anwendung 95, 115 ff., 123 ff., 150, 162 ff., 188 ff.
- Generalklauseln: Begriff, normlogische Eigenschaften 6, 42 ff., 59, 61 ff., 94 ff., 101, 126 ff., 144, 178, 193, 200 ff., 208 f.
- Abstraktheit, Allgemeinheit, Flexibilität, Offenheit, Unbestimmtheit 61 ff., 121, 123, 127 ff., 130 ff., 134, 136 f., 140, 144, 155 f., 171 f., 176, 178, 196 ff., 201, 207
- als Blankette, Lücken intra legem 157 f.
- als Delegationsnormen 96 ff., 127, 132 ff., 136, 141, 158, 173
- als Prinzipien 127, 134 ff., 138 ff.
- Begriffsgeschichte 104, 107, 110, 112 f.
- formale Legitimationswirkung 3, 132, 144, 157 f., 173
- und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 101, 138 ff., 178
- Wertausfüllungsbedürftigkeit 126 ff., 133, 136, 138 f., 155, 172
- Generalklauseln: Entstehung, Entwicklung 42 ff., 61 ff., 95 ff., 101 ff., 138, 141 ff., 180 ff.
- BGB, UWG 102 ff., 110 ff.
- good faith (Amerika) 179 ff.
- Generalklauseln: Funktion 1, 22, 42 ff., 59, 61 ff., 94 ff., 101, 120, 122, 126, 136, 141 ff., 158, 162 ff., 170 ff., 175 ff., 179, 188 ff., 194 ff.
- historische Wandelbarkeit 141 ff., 175 ff.
- Rezeptions-, Transformations-, Delegationsfunktion 136, 154, 165
- und Einzelfallgerechtigkeit 61 ff., 107, 134, 140
- und Materialisierung 42 ff., 61, 97 ff., 107
- und richterliche Rechtsschöpfung 94 ff., 107, 134, 158, 164, 175 ff.
- Generalklauseln: Konkretisierung 3 f., 6, 108, 123, 126 f., 139, 144 ff., 166 ff., 175 ff., 193 f., 196 f., 200 ff., 213, 215
- Begriff, Rationalität, Voraussetzungen 3, 144 f., 175 ff., 211 ff.
- durch allgemeine Rechtsfortbildungsregeln 144 f., 157 ff., 174 f., 213
- durch Argumentations- und Abwägungstheorien 79 ff., 85 ff., 145, 156, 159 ff., 172
- durch Moral, Sitte, soziale Normen 108, 136, 145 ff., 152 ff., 165 ff., 171, 175, 194 ff., 205 f.
- durch Präjudizien 91 ff., 108, 145, 155 f., 159 ff., 165, 172
- durch rechtliche Wertungen 120, 145 f., 150 ff., 153 ff., 168 f., 171
- durch richterliche Eigenwertung, Delegation 132 ff., 136, 145 f., 152 ff., 158, 166, 171, 173 ff.
- und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 101, 145, 162, 166 ff., 175 ff., 178, 205 ff.
- Generalklauseldebate, -diskussion, -problematik 3, 5, 95, 101, 107 f., 110 ff., 126 ff., 144 ff., 190, 193 ff., 211 ff., 220
- und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 138 ff., 166 ff., 177 f., 193, 205 ff., 211, 220
- zwischen Methodenlehre und Rechtsethik 146 ff., 167 f., 194 ff., 205 f., 211 ff.
- Gény, F. 184
- Gerechtigkeit, -denken, -kriterien 2 ff., 9, 17 ff., 22 ff., 33 ff., 42, 46 ff., 58 ff., 63, 77, 79, 85, 94 f., 97 ff., 103 f., 107, 134 f., 140, 160, 171 f., 191 f., 194, 197, 206, 208 s.a. Vertragsgerechtigkeit
- ausgleichende/austeilende, kommutative/distributive 17 f., 28, 36, 38 ff., 51
- einzelfallbezogene/individualisierende/generalisierende 2 ff., 9, 46 ff., 51, 54, 58 ff., 77, 79, 94 f., 97 ff., 107, 134 f., 140, 160, 171 f., 191 f., 197, 206, 208
- formale 4, 22 ff., 25 ff., 30 f., 34 f., 37, 41, 45 f., 51, 171
- gerechter Preis, iustum pretium 25 f.

- materiale, soziale 18, 22 ff., 25 ff., 30, 34 f., 38, 41 ff., 46, 95, 103 f., 110, 156, 192, 208
- prozedurale 33 ff., 80, 85, 156
- Geschäftsfähigkeit 29 f., 39 f., 47, 49, 52
- Geschäftsgrundlage s. Wegfall der Geschäftsgrundlage
- Geschlossenheit, -anspruch, geschlossen 11, 15, 20, 67, 216, 220
- Gesellschaft, -bild, -ordnung, -wissenschaft, gesellschaftlich 12 f., 17 f., 43, 57, 74, 81, 83, 121 f., 136, 140, 148, 168, 195
- Gesetz, gesetzlich 1, 3, 14, 39, 50 ff., 65 ff., 71 f., 75, 78 ff., 92 ff., 96, 98, 103 f., 109 ff., 119 ff., 132, 142, 150 f., 154 f., 157, 161, 163, 173, 183, 185, 215 f.
- Gesetzesbindung, Rechtsquellencharakter 65 ff., 69, 71 ff., 80, 92 ff., 121, 132, 158
- Gesetzesfortbildung, -korrektur 69, 78 ff., 97, 157 f., 163 f.
- Gesetzeslücken 49, 78, 121
- Gesetzespositivismus 67, 121, 214 f.
- Gesetzgeber, -gebung, -intention, -wille 4, 39 f., 55, 64, 66, 69 f., 74, 82 f., 96 ff., 103 ff., 110 ff., 117, 125, 132 f., 141 f., 199 s.a. Judikative, Kompetenz, Richteramt
- Kompetenz, Delegation 96 ff., 115, 127, 132 ff., 136, 141, 145, 152 f., 154, 158, 166, 173 ff., 199
- Gestaltungsbefugnis, -freiheit, -macht, -spielraum 55, 98, 109, 132, 162 f., 165
- Gewaltenteilung 66, 93, 133 s.a. Verfassung
- Gewerbebetrieb, eingerichteter und ausgeübter 62, 169
- Gewissen, -ethik 147, 168
- Gierke, O. v. 103, 109
- Gleichheit, -behandlung, -berechtigung, -ideal, -wertigkeit 23 f., 29 f., 35 f., 38 ff., 51, 54, 57, 63, 88, 90 s.a. Gerechtigkeit
- Goldschmidt, L. 109, 184 f.
- good faith (Amerika) 179 ff., 221 f. s.a. Treu und Glauben
- Begriff, Definition 186 ff., 193, 200 ff.
- Entstehung, Entwicklung 180 ff., 208
- rechtspolitische Grundlagen 193 ff., 205 ff.
- und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 179 f., 205 ff.
- Grand Style 196
- Grundantinomien 6, 178 f. s.a. Antinomien, Grundwidersprüche
- Grundnorm 39, 214
- Grundrechte, Grundgesetz 68 f., 86, 122, 125, 135, 150 ff., 169, 177 s.a. Drittwirkung, Verfassung
- Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 3, 5 f., 7 ff., 10 ff., 21, 26, 41 f., 46 ff., 51, 58 ff., 64 ff., 68, 77, 94, 98 f., 101 ff., 109, 115, 123 ff., 135, 138 ff., 166 ff., 173, 175 ff., 191 ff., 205 ff., 208 f.
- formaler 3, 46 ff., 51, 58 ff., 94, 98 f., 106 f., 109, 135, 140, 171 f., 206 f.
- institutioneller 3, 7, 64 ff., 77, 94, 98 f., 106 f., 109, 141, 173 f., 199, 207 f.
- materieller 3, 7 ff., 10 f., 21, 26, 41, 59, 94, 98 f., 109 f., 138 f., 167 ff., 205 f.
- Unauflösbarkeit 77, 167, 175 f., 205, 208, 216
- und Generalklauseln 42 ff., 61 ff., 94 ff., 98 f., 101 f., 115, 123 ff., 126, 138 ff., 144 f., 166 ff., 175 ff., 179 f., 191 ff., 205 ff., 211, 220
- und historischer Wandel 68, 73, 101, 123 ff., 220
- wechselseitige Abhängigkeit 94 f., 171, 173, 176
- Gute Sitten 2, 4, 44 f., 95, 102, 104 f., 106 f., 109, 111, 114 ff., 118, 128 ff., 134, 136, 146 ff., 151, 154, 164 ff., 175, 194 s.a. Generalklauseln: § 138 BGB, Sitte, Verkehrssitte
- Anstandsformel, -gefühl 116 f., 119, 149
- Anwendungsbereich 115 ff., 122 f., 146 ff., 164 ff.
- Entstehung, Entwicklung 44 f., 104 ff., 110 ff., 115 ff.
- im Wettbewerbsrecht 102, 110 ff., 114, 118, 165

- und Moral, Sozialmoral, soziale Normen, Verkehrssitte 117, 146 ff., 153 ff., 165 ff., 175
- Güter- und Risikoordnung, -verteilung 18 ff., 28, 32, 35, 38, 41 s.a. Distribution, Umverteilung
- Habermas, J. 34
- Hale, R. L. 32, 75
- Handelsbrauch, -gerichtsbarkeit, -recht, -verkehr 115, 128, 148, 182, 185, 196, 200, 201, 207
- Handelsvertreterentscheidung 31
- Handlungsfreiheit 18 f., 24, 39 f., 69, 89, 111 s.a. Vertragsfreiheit
- hard cases 88
- Hart, H. M. 34, 49 f., 78
- Hart, H.L.A. 195, 212, 216 ff.
- Hartmann, G. 108 f.
- Haustürkredite 32
- Heck, P. 130, 132
- Hedemann, J. W. 1, 95, 118 f., 132, 184
- Hegel, G. W. F., hegelianisch 52, 124
- Heinrich, C. 130, 151, 155, 159
- Henkel, H. 59 f., 148
- Hercules 87
- Hermeneutik, hermeneutisch 131
- historische Rechtsschule 116, 184, 214
- Hobbes, T. 39
- Hohfeld, W. N. 75
- Holmes, O. W. 75 f., 195, 213, 215, 217
- Honsell, H. 38, 40
- Idee, regulative 77
- implied covenant 181, 191 s.a. Vertragsauslegung
- Individualismus, individualistisch, Individuum 3, 5, 9, 10 ff., 20 ff., 26 ff., 33, 41 ff., 48, 52, 54, 58 ff., 77, 94 f., 98 f., 110, 138 f., 167 ff., 178, 187, 190 ff., 195, 205 f., 221 s.a. Selbstbestimmung
 - ideengeschichtliche Grundlagen 12
 - und Generalklauseln 42 ff., 123 ff., 138 ff., 167 f., 177 f., 191 f., 205 f.
 - und Trennung zwischen Recht und Moral 167 f., 195 f.
- Inflation 44, 191 s.a. Aufwertungsrechtssprechung
- Informationspflichten, vorvertragliche 18, 41 f., 83, 95, 122, 156 s.a. Aufklärungspflichten
- Inhaltskontrolle, richterliche 8, 20, 26 ff., 38, 42, 60, 95, 122, 135, 163
- Interessenjurisprudenz 1, 67, 73 f., 96
- interner/externer Blickwinkel, Standpunkt, Perspektive 6, 205, 212 ff., 216 ff. s.a. Teilnehmer-/Beobachterperspektive
- iustum pretium, gerechter Preis 25 f.
- Jhering, R. v. 47, 58, 73, 118, 148, 184
- Judikative, Justiz 66, 69, 74, 96 f., 121, 133, 199 s.a. Gesetzgeber, Kompetenz, Richteramt
- Kant, I. 12, 23 f., 147 ff., 168, 195, 217
- Kantorowicz, H. U. (Gnaeus Flavius) 68, 72 f., 173
- kategorischer Imperativ 23
- Kelsen, H. 214
- Kodifikation 67, 114, 119, 164, 180, 182 f., 186, 214
- Kollektivismus, kollektivistisch 3, 5, 8 f., 10 ff., 16 ff., 26 ff., 41 ff., 45, 48, 59 ff., 77, 94 f., 98 f., 110, 124, 138 f., 167 ff., 177, 191 f., 195, 205 f.
 - ideengeschichtliche Grundlagen 16
 - und Generalklauseln 42 ff., 123 ff., 138 ff., 167 f., 177 f., 191 f., 205 f.
 - und Trennung zwischen Recht und Moral 167 f., 195 f.
- Kompetenz, -sphäre, -verteilung 14, 50, 64 ff., 83, 96 f., 133, 141, 158, 199 s.a. Gesetzgeber, Judikative, Richteramt
- königlicher Kaufmann-Fall 56, 60
- konkret-allgemeine Begriffe, konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken 124, 159 s.a. Nationalsozialismus
- konkret/abstrakt 131
- Konkretisierung, -debatte, -problematik, -theorie 3 f., 6, 81, 95, 101, 108, 120, 123, 126 f., 136, 144 ff., 189, 193 f., 196 f., 200 ff., 204 f., 207, 213, 215 s.a. Generalklauseln: Konkretisierung; Präzisierung

- Begriff, Grenzen 144 f., 175 ff.
- und Generalklauseln 3 f., 6, 108, 123, 126 f., 139, 144 ff., 166 ff., 175 ff., 193 f., 200 ff., 213, 215
- und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 166 ff., 175 ff.
- Kosten-Nutzen-Modell 201 f., 207 s.a. ökonomische Analyse
- Kriele, M. 91
- laesio enormis 25, 116 s.a. Äquivalenzprinzip
- Larenz, K. 49, 79, 124, 127, 129, 136, 148, 154, 157, 176
- Leerformel, -charakter 31, 116 f., 138, 149, 153
- Legal Process School 34, 50, 81
- Legal Realism s. Realism
- Legislative 96 f., 133, 199
- Legitimation, -modell, -wirkung 4, 34, 37, 66 f., 69, 84, 97, 121, 157 f., 174, 208, 215
- Leistungsbestimmung, einseitige 181, 202, 206
- Letztbegründung, -barkeit 23 f., 34, 147
- lex-lata-Grenze 2, 157
- Liberalismus, liberal 2, 12 f., 15, 19, 21 ff., 25, 29 ff., 35 ff., 41, 68, 70, 74, 110, 124, 194
 - Begriff 12 f., 21 ff., 25, 29 ff., 35 ff.
 - des 19. Jahrhunderts 68, 74
- Llewellyn, K. N. 76, 84, 182 ff., 192, 196 ff., 200, 206 f.
- Lochner v. New York 75
- Locke, J. 12
- Logik, logisch 66 ff., 74, 77 f., 80, 108, 137, 159, 162, 216
- Lücken, -feststellung, -füllung, -losigkeit 55, 67, 73, 82, 87 f., 103, 113, 120, 157, 214
- Mark gleich Mark 44, 78, 97 s.a. Nominalwertgrundsatz
- Materialisierung, material 2 ff., 10 f., 17 ff., 22 ff., 46, 50, 61, 71, 94 f., 97 f., 103 f., 106 ff., 110, 124 f., 139, 147 f., 156, 176, 190, 192, 206, 208, 215, 217
 - der Vertragsfreiheit, -gerechtigkeit 22 ff., 25 ff., 28 ff.
- Systemkonformität 22, 24, 27, 29 ff., 36 ff.
- und Generalklauseln 42 ff., 61, 97 f., 107, 123 ff., 138 f., 167 ff., 205 f.
- Menger, A. 103
- Mentschikoff, S. 186
- Methodenehrlichkeit 33, 35, 53, 72, 83
- Methodenlehre, -kritik, methodologisch 1 ff., 50, 64 ff., 77 ff., 83 ff., 89, 91, 93, 101, 112, 119 ff., 124 ff., 132 f., 137, 139, 144 f., 156, 158, 160, 162, 164, 167, 174, 179, 199, 205, 208, 211 ff., 220
 - historische Entwicklung 64 ff.
 - im Common Law 69 f., 75 f., 179, 199, 205, 208
 - Rationalität 66 f., 69, 71, 76, 77 ff., 211 ff., 220
 - und Generalklauseln 2 ff., 101, 112, 119 ff., 124 ff., 132, 137, 139, 144 f., 156, 158, 160, 162, 164, 167, 174, 179, 199, 205, 208, 211 ff., 220
- Minimalstaat 15
- Mißbrauch, richterlicher 109, 121, 124, 147, 197, 199 s.a. Richterwillkür, Willkür
- Moral, moralisch 139 f., 145 ff., 167 f., 194 ff., 205 f., 214 ff.
 - Trennung zwischen Recht und Moral 148 f., 167 f., 194 ff., 206, 214 ff.
 - und Generalklauseln 145 ff., 167 f., 194 ff., 205 f., 214 ff.
- Munzer, S. R. 90
- Nationalsozialismus, nationalsozialistisch 34, 118 ff., 124 f., 142 s.a. konkret-allgemeine Begriffe
 - und Methodenlehre 120 f., 124 f.
 - und Generalklauseln 118 ff., 124 f., 177, 222
 - und Grundwidersprüche des Privatrechtsdenkens 124 f.
- naturalistischer Fehlschluß 149
- Naturrecht, naturrechtlich 16, 49, 66, 125, 214 f.
- Nebenpflichten, vertragliche 122, 162, 170, 189
- Neuhegelianismus, -kantianismus 159, 214

- Neutralität, neutral 18 f., 23 f., 27 f., 32 f., 35 ff., 39, 41, 50 f., 66 ff., 70, 75, 78, 81, 130, 134, 141, 156, 168, 206
- distributive, ethische, rechtspolitische 18 f., 23 f., 27 f., 32 f., 35 ff., 39, 41, 50, 68, 70, 75, 134, 141, 168, 206
 - richterliche 51, 66 ff., 70, 75
- Nominalwertgrundsatz, Durchbrechung 44, 78 f., 97, 158
- Normbildung, -auftrag 132 ff., 136
- Oertmann, P. E. W. 44
- Offenheit, Öffnungsklauseln 43, 48, 55, 61 f., 91, 97 f., 109 f., 112, 115 f., 123, 126 ff., 132, 139, 153, 155 f., 159 f., 162, 171 f., 175 f., 185, 196, 201, 204, 216
- öffentliche Ordnung 109, 151
- Ogorek, R. 72
- Ohly, A. 130
- Ökonomie, ökonomische Analyse 12, 16, 32 f., 41 f., 51 f., 55 ff., 58, 83, 147, 156, 194, 198, 206 ff., 216
- distributive Effekte 32 f., 41 f., 83, 156
 - Regeln, Prinzipien 51 f., 55 ff., 58, 198, 206 f.
 - Treu und Glauben (Amerika) 194, 198, 201 f., 206 ff.
- One Right Answer Thesis 71, 85, 87 ff.
s.a. Dworkin, R.; Richtigkeit
- output and requirement contracts 181, 191, 202 s.a. good faith
- pacta sunt servanda 7, 13 s.a. Vertragsbindung
- Pandektenlehre, -wissenschaft 66 ff., 70, 72, 214
- Paternalismus, paternalistisch 11, 17 ff., 35, 42, 195 s.a. Kollektivismus
- Perelman, Ch. 34, 80
- Persönlichkeitsrecht, allgemeines 48, 62, 78, 113, 128, 132, 155, 169
- policy, -Entscheidungen, -Argumente 76, 80 ff., 151, 193, 199, 216 s.a. Rechtspolitik
- Positivismus, positivistisch 1, 67, 96, 103, 120 f., 134, 175, 177, 195, 212, 214 ff., 220
- Begriff 214 ff.
 - Gesetzespositivismus 67, 121, 214 f.
 - im angloamerikanischen Rechtsdenken 195, 214 ff.
- Pound, R. 75
- Präjudizien, -bindung, -recht 50, 65, 68 f., 83, 91 ff., 108, 133, 155 f., 159 ff., 177, 180, 183, 199, 204, 207 f.
- im Common Law 69, 180, 183, 199, 204, 208
 - Rechtsquellencharakter 65, 68 f., 83, 91 ff., 161
 - und Generalklauseln 95, 108, 155 f., 159 ff., 177, 183, 199, 204, 207 f.
- Präzisierung 123, 136, 144, 156, 162 f., 171, 193, 201, 207 s.a. Konkretisierung
- Prinzipien, -theorie, -system, principles 3 ff., 46 ff., 53 ff., 78, 80 ff., 85 ff., 92, 98, 106, 112 f., 127, 134 ff., 138 ff., 150 f., 155, 177, 190, 197 f., 216, 218 s.a. Regel
- Begriff 46 ff., 53 ff., 87, 92, 134 f.
 - im Sinne Dworkins 48 ff., 80 ff., 85 ff., 134, 136, 141, 216, 218
 - und Generalklauseln 62, 127, 134 ff., 138 ff., 150 f., 155, 218
 - und Rechtsidee 49, 134, 136, 216
- Privatautonomie, privatautonom 2, 7, 14 f., 20, 25 f., 28 ff., 34, 36 f., 39 f., 68, 75 f., 146, 150 f., 169 s.a. Vertragsfreiheit
- Funktionsbedingungen, Grenzen 28 ff., 39 f., 68, 76, 146, 150 f.
- Privatrechtsgesellschaft 14, 74
- Privatrechtstheorie, -theoretisch 1 f., 5 f., 22, 59 f., 66, 73, 77, 168, 211 f., 214, 217 ff., 220 s.a. Rechtstheorie
- Prozeduralisierung, prozedural 29, 33 ff., 80 f., 85, 156 ff., 171 f.
- Radbruch, G. 3, 39, 59 f., 218
- Rationalität, Rationalisierbarkeit, rational 2, 50, 64 f., 67, 70, 77 ff., 83 ff., 91 ff., 101, 126, 133, 144, 153, 156, 161, 196, 207 f., 213, 215 f., 218 ff.
- der Rechtsfindung 64 ff., 77 ff., 83 ff., 91 ff., 215 f., 218 ff.
 - juristischer Abwägung 85 ff.

- juristischer Argumentation 79 ff.
- und Generalklauseln 95 ff., 101, 126, 144, 153, 161, 196, 207, 213, 216
- Realisierbarkeit, formale/materielle 47 ff., 59 ff., 106, 135
- Realism 32, 34, 75 f., 182, 184, 192 f., 214
- Realwissenschaft, realwissenschaftlich 75 f.
- Rechtsanwendung, -entstehung, -findung 2 f., 5, 39, 48, 50, 55, 59, 64 ff., 77 ff., 94 ff., 106, 108, 124 f., 127, 134, 140, 144, 157 ff., 164, 168, 175, 177, 179, 185, 190, 195 f., 207, 213 ff., 220
- Rechtsausübung, Verbot unzulässiger 122, 162, 170, 189
- Rechtsbegriffe, unbestimmte 104, 108, 119, 128, 130 f., 137, 151, 161, 178
- Rechtsethik, rechtsethisch 3, 5, 10, 17, 49, 78, 93, 97, 125, 134 f., 138 f., 154 f., 164, 168, 212, 215, 217 f.
- Rechtsfortbildung 2, 9, 50, 65, 73 f., 77 ff., 81, 93, 97, 109, 134, 152, 156 ff., 165, 174, 190, 198, 213
- Schranken, Grenzen 157 ff., 174
- Rechtsgeltung 81, 214 f., 217
- Rechtsgeschäft, -lehre 13 f., 26, 29 f., 49, 52, 56 ff., 60, 95, 116 f., 119, 123, 130 f., 151, 162, 165, 177
- Rechtsidee 49, 51, 73, 134, 136, 214, 216
- Rechtspolitik, rechtspolitisch 50, 80 ff., 95, 134, 141, 161, 168, 193 f., 198 f., 205 ff., 216 ff.
- Erwägungen, Argumente im Recht 80 ff., 95 f., 216 ff.
- Rechtspositivismus 195, 214 ff. s.a. Positivismus
- Rechtsquellen, -lehre, -theorie 64 ff., 69, 71, 73, 76, 80 f., 83, 91 ff., 121, 180, 213, 215, 217
- Rechtsschöpfung 1 ff., 64 f., 69, 73, 78 f., 91, 93, 95 ff., 133 f., 157 f., 163 f., 166, 173 f., 176 f., 199, 207 f.
- Rationalisierbarkeit 64 f., 73, 77 ff., 91 ff.
- und Generalklauseln 96 ff., 132 f., 157 f., 163 f., 166, 173 ff., 207 f.
- Rechtssicherheit 3 ff., 9, 46 ff., 51 ff., 58, 60 ff., 66, 77, 79, 94 f., 98 f., 107, 109, 114, 124, 135, 140, 160 ff., 171 f., 178, 196 f., 206 f.
- Rechtsstaatsprinzip 51, 93 s.a. Verfassung
- Rechtstheorie, rechtstheoretisch 1, 4 ff., 22, 46, 50, 64, 66, 68 f., 91, 93, 102, 107 f., 111 f., 133, 137, 163 f., 166, 169, 178 f., 184 f., 211, 219 f. s.a. Privatrechtstheorie
- Begriff 218 f.
- des 19. Jahrhunderts 64 ff., 74, 76, 91
- und Generalklauseln 4 ff., 107 f., 164, 178, 211, 219 f.
- Regel, -anwendung, -system 3, 46 ff., 50 ff., 55 ff., 66, 87, 92, 98, 106 ff., 131, 135 f., 144, 157, 160, 185, 196 f. s.a. Prinzipien
- Restatement of Contracts 181 f., 188 ff., 199, 202, 204, 207
- Richteramt 72 ff., 105 s.a. Gesetzgeber, Judikative, Kompetenz
- Richterbindung 5, 9, 64 ff., 74, 76, 77 ff., 94 ff., 103, 107 ff., 121, 124, 141, 160, 173 f., 177 f., 199, 208 s.a. Bindung
- Richtergefreiheit 5, 9, 64 ff., 70 ff., 77 ff., 94 ff., 107 f., 110, 115, 141, 160, 173 f., 191 f., 199, 208 s.a. Freiheit
- Richterkönigtum 70
- Richterrecht, -bewegung, -theorie 4, 68, 72 ff., 91 ff., 96, 103, 123, 133 f., 145, 153, 159 ff., 172, 207
- als Rechtsquelle 91 ff.
- historische Entwicklung 68, 72 ff., 75
- und Generalklauseln 96 ff., 145, 159 ff., 162 ff., 172
- Richterwillkür 51, 72, 106, 118, 197 s.a. Mißbrauch, Willkür
- Richtigkeit, -anspruch, -vermutung 36 ff., 87 ff., 92, 212 f., 216, 220 s.a. One Right Answer Thesis
- Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus 36 ff., 41
- Rigidität, rigide 48, 52 f., 55, 58, 79
- Rücksichtnahme, -gebot, -pflicht 10, 21, 27 f., 41, 79, 83, 98, 139, 167, 169 ff., 191, 195, 205 f., 208 s.a. Kollektivismus, Verantwortlichkeit
- Rückwirkungsverbot 57 f., 82
- Rüthers, B. 121, 142

- Sacks, A. M. 34, 49 f., 78
 Sandhaufentheorem 85
 Savigny, F. C. v. 66, 116
 Schikaneverbot 62, 104, 142
 Schmidt, J. 136 f.
 Schmidt-Rimpler, W. 36 f.
 Schnader, W. A. 183
 Schuldrechtsmodernisierung, -reform
 53 f., 122, 162
 Schutz, -bedürftigkeit, -gebot 8, 11, 15,
 18 ff., 32, 38, 45, 68, 84, 106, 168 f., 192,
 196, 205 f. s.a. Kollektivismus, Ver-
 braucherschutz, Vertragsparität
 Schwimmschalterfall 54
 Selbstbestimmung, -bindung, -verantwor-
 tung 10 ff., 21, 25, 27 ff., 33, 36 ff., 42,
 48, 84, 139, 169 s.a. Individualismus
 Semiotik, semiotisch 5 f., 15, 21
 Sexualmoral 117, 165 s.a. Gute Sitten
 Siebert, W. 122, 162, 170
 Simitis, K. 151
 Sitte, Sittlichkeit, -verstoß, -widrigkeit,
 sittlich, sittenwidrig 7 f., 11, 23, 42, 49,
 57, 60, 95, 104, 106, 109, 116 f., 119, 123,
 125, 129 f., 139, 142, 146 ff., 164 f.,
 167 ff., 171 s.a. Gute Sitten, Verkehrs-
 sitte
 Smith, A. 12 f.
 Sozialethik, -moral, soziale Normen 4,
 108, 136, 139, 145 ff., 153 ff., 159,
 165 ff., 175, 194, 196 f., 205 s.a. Sitte,
 Verkehrssitte
 – und Generalklauseln 108, 136, 139,
 145 ff., 153 ff., 159, 165 ff., 175, 194,
 196 f.
 – und Trennung von Recht und Moral
 148 f., 167 f., 194 ff., 205 f., 214 ff.
 Spezialität, speziell, Spezialtatbestand 49,
 56, 106 f., 131
 Staat, -gewalt, -ferne, -freiheit 19, 32, 38,
 40, 66, 68 ff., 72 ff., 105, 118
 Staats- und Sozialvertragstheorien 12, 39
 Standard 53, 128, 159 f., 185, 187, 200, 201,
 217 s.a. Begriff, Typus
 status naturalis 39
 Strukturalismus, strukturalistisch 5 f., 21
 Subsumtion, -modell, -eignung, -automat
 3, 50, 65, 67 f., 127, 132, 144, 215
 Summers, R. S. 188 ff., 192, 194 f., 198,
 200, 202 ff., 206 f.
 System, -bildung, -denken, -ideal, syste-
 matisch 1, 3, 5, 8 f., 11, 19, 2, 24, 27 ff.,
 32, 53, 56 f., 66 ff., 70, 72, 74, 76, 79,
 85 ff., 95, 98, 157, 159 ff., 172, 174, 179,
 188 ff., 205, 209, 212 ff., 220
 – bewegliches 85 f., 159 ff., 171 f.
 – des 19. Jahrhunderts 66 ff., 70, 72,
 214
 – Einheit, Geschlossenheit, Lückenlosig-
 keit 3, 5, 11, 19, 22, 24, 27 ff., 32, 67 f.,
 87 f., 98, 212 ff., 220
 systematischer Test 157, 174
 talent pooling 17
 Tatbestandsmerkmale, normative 48, 62
 Teilnehmer-/Beobachterperspektive
 212 f. s.a. externer/interner Blick-
 winkel
 Teleologie, teleologisch 66, 74, 77 ff., 84,
 196, 216
 Teubner, G. 136, 140, 148 f., 152, 154,
 165 f., 168, 174 ff.
 Topik, topisch 50, 80, 155, 159 f.
 Trennung zwischen Recht und Moral
 148 f., 167 f., 194 ff., 206, 214 ff.
 Treu und Glauben 2, 4, 6, 95, 97 f.,
 104 f., 108 f., 117, 128 ff., 134, 146,
 148 ff., 162 ff., 170, 174 f., 179 ff.
 s.a. Generalklauseln: § 242 BGB;
 good faith
 – Anwendungsbereich 56 f., 122 f., 160,
 162 ff., 170, 179 ff.
 – Entstehung, Entwicklung 43 ff., 63,
 97 f., 104 f., 109, 117, 120 f., 122 f.
 – Konkretisierung 146 ff., 162 ff., 170,
 174, 188 f., 193 ff.
 Typus, -begriff, -gedanke, typologisches
 Denken 159 ff., 171, 185 s.a. Begriff,
 Standard
 Umverteilung 17 f., 20, 28, 30, 32, 35, 41 f.,
 124 s.a. Distribution, Verteilung
 Unabhängigkeit, richterliche 93
 Unbestimmtheit, unbestimmt 2, 4, 44, 48,
 61 ff., 104, 108 f., 117, 119, 127 f., 130 ff.,

- 134, 136f., 140, 144 f., 151, 161, 171 f., 178, 198, 207
- Rechtsbegriffe 104, 108, 119, 128, 130f., 137, 151, 161, 178
 - und Generalklauseln 61ff., 127f., 130ff., 134, 136 f., 140, 144, 171f., 178, 198, 207
- unconscionability 179, 190
- Uniform Commercial Code, UCC 180, 182ff., 196f., 200f., 208
- Utilitarismus 12
- UWG 102, 104, 107, 110ff., 118, 120, 122f., 128, 142, 165, 170 s.a. Wettbewerbs
- Vagheit, vage 3, 59, 109, 121, 130, 221
- Verantwortlichkeit, Verantwortungsethik 8, 10, 21f., 45f., 167, 170 s.a. Kollektivismus, Rücksichtnahme, Selbstverantwortung
- Verbraucher, -schutz 20, 26, 29ff., 40, 74, 83, 125, 156
- Verfahren, -gedanke, -gerechtigkeit, -regel, -theorie 23f., 33ff., 41, 80, 103, 126, 145, 156ff., 162, 166, 172, 176 s.a. Prozeduralisierung, Richtigkeitsgewähr
- Verfassung, -recht, -staat, verfassungsrechtlich 7, 66, 69f., 76, 78, 84, 89, 92f., 125, 133, 139, 145, 150f., 154, 169 s.a. Drittwirkung, Gewaltenteilung, Grundrechte, Rechtsstaatsprinzip
- Verhandlungsmacht, -stärke 8, 31, 125 s.a. Vertragsparität
- Verjährung 54
- Verkehrssitte 108, 117, 139, 148, 150, 153ff., 159, 185, 194, 196, 200f., 205, 207f. s.a. Gute Sitten, Sitte
- Verteilung, -entscheidung, -gerechtigkeit, -instanz, -kriterium 17f., 32, 39ff. s.a. Distribution, Umverteilung
- Vertragsanpassung, -auslegung, -ergänzung, -korrektur 26f., 97, 122, 129, 163, 170, 181, 186, 191, 208
- Vertragsbindung 13f., 26, 29, 32, 58 s.a. pacta sunt servanda
- Vertragsfreiheit 13, 18, 23f., 28ff., 39ff., 45, 75 f., 124, 190 s.a. Privatautonomie
- formale/materiale 23f., 28ff., 41, 45, 124
 - Funktionsbedingungen, Grenzen 18, 28ff., 40, 76
- Vertragsgerechtigkeit 23ff., 34, 37f., 41, 45 s.a. Gerechtigkeit
- formale/materiale/prozedurale 23, 25ff., 34, 37f., 41, 45
- Vertragsmechanismus 36f., 41 s.a. Richtigkeitsgewähr
- Vertragsparität 31 s.a. Verhandlungsmacht
- Vertrauen, -gedanke, -schutz 13, 51f., 58, 78, 82, 92, 188, 192, 206
- Verwirkung 160
- Viehweg, T. 159
- Volksgesetzlehre 116, 184f.
- Voraussetzung, Lehre von der 44
- Weber, M. 159
- Weber, R. 130, 140
- Wechsler, H. 49f., 78, 81, 141
- Wegfall der Geschäftsgrundlage 20, 26ff., 42ff., 60, 63, 83, 93, 95ff., 117, 122ff., 162ff., 170 s.a. Aufwertungsrechtsprechung, Treu und Glauben
- Wertausfüllungsbedürftigkeit 126ff., 133, 136, 138f., 155, 172
- Wertungsgegensatz, -konflikt 4ff., 11f., 21f., 24, 27, 41, 43, 46f., 59f., 64f., 77, 94f., 97, 106f., 110, 135, 138ff., 162, 167, 171ff., 175, 179, 190, 205f., 216 s.a. Grundwidersprüche
- Wertungsjurisprudenz 1, 49, 73f., 77ff., 85, 126, 216
- Werturteil 74, 85, 116, 127
- Westermann, H. 49, 79
- Wettbewerb, -recht, -gesetz, -handlung 74, 102, 110ff., 118, 120, 148, 165, 170 s.a. UWG
- §§ 1 UWG a.F., 3, 4 UWG 102, 104, 110f., 114, 118, 122f., 142, 170
 - und Generalklauselbegriff 107, 112f.
- Widerrufsrecht 29f., 32f., 83, 156 s.a. Verbraucherschutz

- Wieacker, F. 63, 79, 122, 148, 158, 162 ff.,
166, 170, 174 ff.
- Wilburg, W. 85, 159
- Wille, -ethik, -freiheit, -sphäre 12 f., 19,
23, 25, 147, 202 s.a. Individualismus
- Willkür, willkürlich 17, 51 ff., 55, 57 ff., 81,
114, 124, 143 s.a. Mißbrauch, Richter-
willkür
- Wucher, wucherähnliches Rechtsgeschäft
26, 60, 95, 116, 119, 123 f., 131, 164 f.,
177
- Zwang, rechtlicher 39, 147 ff., 168
- Zweckmäßigkeit 51, 63, 80