

SUSANNE KAROLINE PAAS

# Das bewegliche System

*Beiträge zur Rechtsgeschichte  
des 20. Jahrhunderts*

117

---

**Mohr Siebeck**

# Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts

herausgegeben von

Thomas Duve, Hans-Peter Haferkamp, Joachim Rückert  
und Christoph Schönberger

117





Susanne Karoline Paas

# Das bewegliche System

Zur Karriere einer juristischen Denkfigur

Mohr Siebeck

*Susanne Karoline Paas*, geboren 1987; Bachelorstudium der Geschichte/Germanistik an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster; an der Universität zu Köln Studium der Rechtswissenschaften; Erstes Staatsexamen 2013 in Köln; wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität zu Köln; Zweites Staatsexamen 2018 in Berlin; derzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Juristische Zeitgeschichte und Wirtschaftsrechtsgeschichte der Humboldt-Universität zu Berlin.

ISBN 978-3-16-160046-3 / eISBN 978-3-16-160129-3

DOI 10.1628/978-3-16-160129-3

ISSN 0934-0955 / eISSN 2569-3875 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts)

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

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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

Das Buch wurde von epline in Böblingen gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

*Meiner Mutter*



## Vorwort

Als ich diese Arbeit begann, war das „bewegliche System“ für mich ein bloßes Schlagwort des geltenden Rechts. Jahre später, als die Arbeit im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation angenommen wurde, stellte sich mir das „bewegliche System“ als facettenreiche dogmatische Denkfigur mit langer Geschichte dar. Dazwischen lag die Zeit der Auseinandersetzung mit diesem „beweglichen System“, eine Zeit, in der ich viel Hilfe erfuhr.

Für diese Hilfe möchte ich nun danken. Herr Professor Hans-Peter Haferkamp hat diese Arbeit nicht nur mit der ihm eigenen Neugier gefördert, nicht nur immer wieder kritisiert und dadurch zu ihrer Verbesserung beigetragen, sondern er begleitet mich auf meinem Weg durch die Rechtsgeschichte nun schon seit meinem ersten Jurasemester, in welchem ich als studentische Hilfskraft bei ihm zu arbeiten begonnen habe. Dass ich von Rechtsgeschichte begeistert bin, liegt wesentlich an ihm. Herr Professor Jan Thiessen hat meine Thesen immer wieder mit mir diskutiert und am Ende das Zweitgutachten nicht nur zügig erstellt, sondern dabei den Text einer gründlichen Korrektur unterzogen.

Ohne meine Forschungsaufenthalte in Graz und Wien wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Die Mitarbeiter des Grazer Archivs hoben Wilburgs Nachlass in immer neuen unsortierten Aktenbergen aus ihrem Keller und ließen mich diese besteigen, auch weit über die Öffnungszeiten hinaus. Durch die Erzählungen der Familie Wilburgs und Ausflüge in das Familienschloss Wildbach sowie die Darstellungen von Wilburgs Schülern, insbesondere Herrn Professor Willibald Posch und dem leider verstorbenen Herrn Professor Bernd Schilcher, kam ich dem Menschen Wilburg näher.

Auch die vielen Gespräche mit Lehrstuhlkollegen schärfen meinen Blick. Neue Impulse erhielt ich durch Vorträge, die ich halten durfte im Rahmen der Rheinisch-Westfälischen Graduiertenschule „Recht als Wissenschaft“, der Summer School am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, des von Professor David von Mayenburg betreuten rechtshistorischen Vortragsabends der Universität Frankfurt am Main, der „Turmgespräche“ der Universität zu Köln und an der Universität Wien bei der Tagung „Zivilgerichtsbarkeit im Nationalsozialismus“ auf Einladung von Herrn Professor Franz-Stefan Meissel. Den Veranstaltern verdanke ich



die Möglichkeit zur Präsentation meiner Fragen und Ergebnisse, den Anwesenden wertvolle Anregungen.

Könnte man einem Ort danken, so wäre es das Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte, wie es damals noch in der Kölner Universitätsstraße 47 lag. Dort lernte ich für mein erstes Examen und schrieb später viele Stunden an dieser Arbeit. Die Räume sind nun verwaist, das Institut fortgezogen – unvergessen aber bleiben die Gespräche auf dem Balkon und neben der Kaffeemaschine, die Räume vollgestopft mit Büchern und der Blick hoch von einer Quelle aus meinem Arbeitszimmer in die Kölner Gärten.

Dass meine Arbeit sich nun einfügt in die Reihe dieser Bände, die mir seit langem vertraut sind, freut mich besonders. Neben Herrn Professor Haferkamp gilt dafür auch den anderen Herausgebern, den Herren Professoren Thomas Duve, Joachim Rückert und Christoph Schönberger, sowie dem Verlag Mohr Siebeck mein Dank. Leider ist der zweite Band von Jan Schröders „Recht als Wissenschaft“ erst Ende 2020 erschienen und damit zu einem Zeitpunkt, als sich diese Arbeit bereits in der Drucklegung befand. Daher konnten die Passagen zur Zeit nach 1945 nur noch in wenigen Punkten berücksichtigt werden, die Passagen zur Zeit bis 1945 sind in der Fassung von Jan Schröders „Rechtswissenschaft in Diktaturen“ aus dem Jahr 2016 eingearbeitet.

Schließlich sei meiner Familie und meinen Freunden gedankt. Jeder hat auf seine Weise zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Mein Freund Ingo Hartmann hat den Text einer aufwendigen und gründlichen Schlusskorrektur unterzogen. Meine Freundin Maike Stimpfig hat mir mit ihrer Zuversicht in das Gelingen dieser Arbeit Selbstvertrauen gegeben. Mein Lebensgefährte Sascha Noack diskutierte mit mir voller Interesse bei gemeinsamen Abendessen Wilburgs Haftungskonzept und las Korrektur. Meine Tante Susanne Paas fand viele Rechtschreibfehler in dieser Arbeit und half mir mit ihren journalistisch geschulten Nachfragen über manchen Zweifel hinweg. Allen voran sei aber meiner Mutter Lore Paas gedankt. Sie weiß wofür. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Berlin, im November 2020

Susanne Karoline Paas

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV
A. Herkunftsgeschichten .....	1
<i>I. Annäherung: Das bewegliche System in der rechtswissenschaftlichen Diskussion</i> .....	1
<i>II. Bild 1: Walter Wilburg als „Entdecker“</i> .....	5
1. Die Mittlerrolle von Claus-Wilhelm Canaris und Franz Bydlinski	7
a) Claus-Wilhelm Canaris .....	7
b) Franz Bydlinski .....	11
2. Zwischenergebnis: Zwei bewegliche Systeme und zwei „Entdecker“ .....	14
<i>III. Bild 2: Das bewegliche System als typisch nationalsozialistische Rechtslehre</i> .....	15
<i>IV. Folgerungen für das weitere Vorgehen</i> .....	17
B. Das bewegliche System in der Innensicht Walter Wilburgs und die Reaktionen der Zeitgenossen ....	21
<i>I. Ein Blick in Walter Wilburgs Nachkriegstexte zum beweglichen System</i> .....	22
1. Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts von 1964	22
a) Walter Wilburgs Darstellung .....	22
b) Kaum zeitgenössische Diskussionen .....	24
c) <i>De lege ferenda</i> -Vorschläge Walter Wilburgs 1960 .....	25
d) Zwischenergebnis .....	26
2. Die Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht von 1950 .....	26
a) Walter Wilburgs Darstellung .....	26
b) Zeitgenössische Deutungen .....	31
aa) Viel Schweigen .....	31

bb) Zwei zeitgenössische Stellungnahmen . . . . .	32
(1) Theodor Viehweg . . . . .	32
(2) Josef Esser . . . . .	33
3. Ergebnis zu Kapitel I: Weiterverwendung alter Konzepte, wenig Widerhall. . . . .	36
<i>II. Die Elemente des Schadensrechts von 1941 als Schlüssel</i> . . . . .	36
1. Walter Wilburgs Darstellung 1941 . . . . .	37
a) Walter Wilburgs Intention: Haftungsrechtliche Gesetzgebungsarbeit in der Akademie für Deutsches Recht . . . . .	37
b) Aufbau der Schrift . . . . .	39
c) Theoretische Grundlagen des außervertraglichen Haftungsrechts . . . . .	41
aa) Walter Wilburgs Ziel: Umfassende und systematische Erfassung des Schadensrechts . . . . .	41
bb) Walter Wilburgs Lösung: Zusammenspiel von vier Elementen . . . . .	42
cc) Die Elemente . . . . .	46
(1) Inanspruchnahme . . . . .	46
(2) Veranlassung . . . . .	49
(3) Mangel . . . . .	49
(4) Vermögensabwägung und Versicherungsschutz . . . . .	52
(5) Einflüsse der „Gemeinschaft“ . . . . .	54
(6) Zwischenergebnis . . . . .	57
d) Der Gesetzgebungsvorschlag . . . . .	58
aa) Viel Richterfreiheit . . . . .	59
bb) Durchschnittsregeln als Abwägungshilfe für den Richter . . . . .	60
cc) Walter Wilburgs Kritik an anderen gesetzgebungstechnischen Konzepten . . . . .	61
dd) Zwischenergebnis . . . . .	63
e) Walter Wilburgs eigene Position im Haftungsrechtsdiskurs . . . . .	63
aa) Kritik an wissenschaftlichen Thesen aus den Jahren vor 1933 . . . . .	64
bb) Kritik an wissenschaftlichen Thesen aus den Jahren nach 1933 . . . . .	66
(1) „Rechtserneuerung“ . . . . .	66
(2) Nicht nationalsozialistische österreichische Autoren . . . . .	68
(3) Zwischenergebnis . . . . .	71
f) Gestaltung des vertraglichen Haftungsrechts . . . . .	71
aa) Kein bewegliches System, sondern zwei Prinzipien ohne Stärkegrade . . . . .	72
bb) Der Gesetzgebungsvorschlag . . . . .	74
cc) Zwischenergebnis . . . . .	74
g) Ergebnis zu Kapitel 1: Walter Wilburgs Sicht auf das bewegliche System . . . . .	75
2. Bewegliche Systeme in früheren Schriften Walter Wilburgs? . . . . .	76

a) Die Schriften Walter Wilburgs vor 1941 .....	76
b) „Der Unternehmer im Schadensrecht“ von 1940 als Werbeschrift des beweglichen Systems .....	78
c) Walter Wilburgs bereicherungsrechtliche Schriften .....	79
3. Zeitgenössische Deutungen .....	81
a) Bestätigung des maßgeblichen Kontextes: Verhandlungen des beweglichen Systems im Haftungsrechtsdiskurs der Akademie für Deutsches Recht ....	81
b) Lob für Walter Wilburgs Bemühen um ein System des Haftungsrechts .....	83
aa) Keine umfassende Erfassung des Haftungsrechts in der älteren Wissenschaft .....	84
bb) Keine umfassende Erfassung des Haftungsrechts im Akademieentwurf .....	85
cc) Zwischenergebnis .....	87
c) Rechtssicherheitsverluste durch das bewegliche System .....	87
aa) Keine richterliche Bindung .....	87
bb) Die Richterbindungskonzepte der Kritiker .....	89
(1) Josef Esser .....	89
(2) Rudolf Reinhardt .....	92
cc) Zwischenergebnis .....	94
d) Kritik an Walter Wilburgs rechtspolitischen Prämissen .....	95
aa) Sozialwirklichkeit im Verständnis der Kritiker .....	99
(1) Josef Esser .....	100
(2) Rudolf Reinhardt .....	106
bb) Zwischenergebnis .....	107
e) Ergebnis zu Kapitel 2: Die Sicht der Zeitgenossen auf das bewegliche System .....	107

C. Das bewegliche System im Kontext – „Entdeckung“  
und/oder „typisch nationalsozialistische Rechtslehre“? ... 109

I. *Gesetz und Richter* .....

1. Das bewegliche System und der nationalsozialistische Richter ....	110
a) Weite und Abwägungsaffinität des beweglichen Systems <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	110
b) Richterbindung bei weiten Normen .....	114
aa) Richterbindung an „konkrete Ordnungen“ .....	114
bb) Richterbindung an einheitliche Werte .....	116
cc) Gemeinsamkeit der Konzepte und Unterschied zum beweglichen System: Bindung an Politik und Ideologie ....	118
c) Zwischenergebnis .....	119
2. Das bewegliche System und die nationalsozialistische Gesetzgebung .....	120

a)	Vergleich mit den Grundregeln der Akademie .....	120
aa)	Die Grundregeln versus Walter Wilburgs „Leitsätze“ .....	121
bb)	Grundregeln für mehr Volksnähe .....	123
cc)	Grundregeln als Auslegungshilfe .....	126
dd)	Zwischenergebnis .....	128
b)	Vergleich mit anderen haftungsrechtlichen Gesetzgebungsvorschlägen .....	128
aa)	Vorbemerkungen zur Typenbildung .....	129
bb)	Normen mit geringer richterlicher Steuerung .....	132
(1)	Vorschläge Feiths und Bertermanns .....	132
(2)	Das Generalklauselkonzept der Akademie .....	134
cc)	Einzelnormen mit dehnbarem Inhalt .....	137
dd)	Enge Normen mit ergänzender Generalklausel .....	138
c)	Zwischenergebnis .....	140
3.	Die Weite und Abwägungsaffinität des beweglichen Systems als Resultat älterer Einflüsse? .....	141
a)	Der Einfluss des ABGB .....	141
b)	Interessenabwägung und Flexibilität in den haftungsrechtlichen Debatten ab 1870 .....	144
aa)	Richterliche Interessenabwägung anhand eines weiten Haftungsgrundes .....	150
(1)	Gegen Billigkeit, Ökonomie und Gerechtigkeit als Haftungsprinzip .....	150
(2)	Gegen abwägungsfeste Haftungsgründe .....	153
bb)	Gesetzliche Abwägung mit subjektiven Rechten .....	157
cc)	Freie richterliche Abwägung anhand der Billigkeit .....	159
dd)	Zwischenergebnis .....	161
4.	Ergebnis .....	162
II.	<i>Gemeinschaftsdenken</i> .....	162
1.	Gemeinschaftsbezüge bei Walter Wilburg .....	163
2.	Das bewegliche System und die nationalsozialistischen Konzepte der „Volksgemeinschaft“ .....	163
a)	Schwierigkeiten eines Vergleiches von Gemeinschaftskonzepten aa) Unbestimmtheit des Volksgemeinschaftsbegriffes .....	164
bb)	Beispiel: Volksgemeinschaftsbegriffe im Haftungsrecht ....	165
cc)	Schlussfolgerungen für den Vergleich mit Wilburgs Gemeinschaftskonzeption .....	168
b)	Funktionen der Volksgemeinschaft .....	169
aa)	Exkludierender Gemeinschaftsbegriff .....	169
bb)	Inkludierender Gemeinschaftsbegriff .....	172
cc)	Zwischenergebnis und Vergleich mit dem beweglichen System .....	174
c)	Umsetzung von Gemeinschaftsinteressen im Haftungsrecht ...	174
aa)	Vorrang der „Volksgemeinschaft“ durch Generalklauseln ..	175

bb) Vorrang der „Volksgemeinschaft“ durch Kontrollnormen ..	176
cc) Zwischenergebnis: Das bewegliche System als NS-typisches, aber „moderates“ Konzept?!	178
3. Gegenthese: Adaption der Gemeinwohlorientierung als alte Frage im Haftungsrecht durch das bewegliche System .....	178
a) Gemeinschaftsbelange als volkswirtschaftliche Interessen .....	178
b) Gemeinschaftsbelange reduzieren den Haftungsumfang .....	179
c) Zwischenergebnis .....	181
4. Ergebnis .....	182
<i>III. Wirklichkeitsbezüge .....</i>	<i>183</i>
1. Sozialwirklichkeit im beweglichen System .....	183
2. Bestimmung des Bezugspunktes: gesetzliche oder richterliche Sozialwirklichkeit .....	184
3. Das bewegliche System und die Sozialwirklichkeit im Haftungsrecht .....	185
a) Sozialwirklichkeit als Abgrenzung zum alten Rechtsdenken ...	186
b) Sozialwirklichkeit als konkrete Ordnung .....	188
c) Zwischenergebnis .....	190
4. Das bewegliche System und die Pläne um wirklichkeitsnahe Systeme im Volksgesetzbuch .....	190
a) Das Problem: Die Wirklichkeit ist nicht systematisch .....	190
b) Lösungen nach Typen .....	192
aa) Das System als Medium des Sinns des Seins .....	192
bb) Das System als Folge der nationalsozialistischen Richtigkeitsidee des Rechts .....	195
c) Zwischenergebnis .....	196
5. Das bewegliche System als Ordnung wissenschaftlicher Konzepte	197
a) Die Elemente Walter Wilburgs als Weiterentwicklungen der Haftungsgründe .....	197
b) Der Ursprung der Haftungsgründe .....	200
c) Haftungsgründe als Verarbeitung von rechtlicher Vielfalt .....	203
6. Ergebnis .....	205
<i>IV. Folgefragen .....</i>	<i>205</i>
1. Einerseits: Das bewegliche System – ein Kind des alten Haftungsrechts, kaum der nationalsozialistischen Rechtslehre ....	205
2. Andererseits: Das bewegliche System als „Entdeckung“ im Haftungsrecht? .....	206
a) Erste Ansätze zu einer Kombination von Haftungsgründen ...	207
b) Forderungen nach Haftungssystemen .....	210
c) Graduelles und systematisches Denken .....	212
d) Ergebnis und Ausblick .....	214

D. Walter Wilburg und seine Deutungen – Rezeptionswege des beweglichen Systems .....	217
I. Weiterentwicklungen des beweglichen Systems durch Walter Wilburg? .....	217
II. Deutungsverschiebungen durch Dritte? .....	218
1. Das Schweigen der Zeitgenossen ab den 1950er Jahren .....	218
2. Die Topik Deutung Theodor Viehwegs als Wendepunkt der Rezeption .....	220
3. Claus-Wilhelm Canaris' und Franz Bydlinkis bewegliches System .....	221
4. Das bewegliche System heute .....	224
a) In Deutschland .....	224
b) In Österreich .....	225
III. Vom Nutzen einer Relektüre Walter Wilburgs .....	226
E. Zusammenfassung .....	229
I. Eine Leseanleitung .....	229
II. Ergebnisse .....	231
1. Ist das bewegliche System eine „Entdeckung“? .....	232
2. Ist das bewegliche System – faktisch oder zumindest nach der Intention Walter Wilburgs – eine typisch nationalsozialistische Rechtslehre? .....	234
3. Wie unterscheidet sich Walter Wilburgs bewegliches System von späteren Deutungen? .....	238
Quellen- und Literaturverzeichnis .....	243
Personen- und Sachregister .....	275

## Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für civilistische Praxis
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
Aufl.	Auflage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
bspw.	beispielsweise
ders.	derselbe
DGRW	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen Zeitung
DR	Deutsches Recht
DrdA	Das Recht der Arbeit
DV	Deutsche Verwaltung (Zeitschrift)
JbAkDR	Jahrbuch der Akademie für Deutsches Recht
JBl	Juristische Blätter
JhJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖriZ	Österreichische Richterzeitung
PrVerwBl	Preußisches Verwaltungsblatt
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für internationales und ausländisches Privatrecht
RGBl. I.	Reichsgesetzblatt, Teil I
Rg	Rechtsgeschichte – Legal History
RJ	Rechtshistorisches Journal
sogn.	sogenannte(n)
u. a.	unter anderem
VjHZG	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
Zbl Jur. Pr.	Zentralblatt für die juristische Praxis
ZDRW	Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte



ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung
ZRG RA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

## A. Herkunftsgeschichten

### I. Annäherung: Das bewegliche System in der rechtswissenschaftlichen Diskussion

Die vorliegende Arbeit rekonstruiert Anfänge, Genese und Rezeption eines bis heute in der Rechtswissenschaft äußerst beliebten methodischen und dogmatischen Instruments: des beweglichen Systems. Man begegnet ihm gegenwärtig in einer Fülle von Anwendungsfeldern. Es wird genutzt für Offenbarungspflichten, die Abwicklung gegenseitiger Verträge, die Vertrauenshaftung, die guten Sitten, Nichtigkeitstatbestände oder allgemeiner im Kernzivilrecht, aber auch im Arbeitsrecht, im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht; ja sogar das Öffentliche Recht und die Rechtshistoriografie wenden es an<sup>1</sup>.

Viele Autoren sind des Lobes voll. Das bewegliche System sei das einzig mögliche juristische System<sup>2</sup> und damit sei es zugleich die Lösung aus der „dogmatischen Krise“<sup>3</sup>; in der Rechtsvergleichung könne es zu „Idealösungen“ führen<sup>4</sup>; es ermögliche, „den heute herrschenden gesellschaftlichen Wertepluralismus methodisch und legistisch zu bewältigen“<sup>5</sup>. So solle es immer dort förderlich sein, „wo es darum geht, vielfältige Erscheinun-

---

<sup>1</sup> Bspw.: *Enderlein*, Rechtspaternalismus, 1996, wollte es nutzbar machen, um Vertragsfreiheit und Rechtspaternalismus zusammenzudenken. In dieselbe Richtung zielte auch *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000; *Kling*, Sprachrisiken, 2008 adaptierte das bewegliche System, um Verständnisprobleme zwischen den Parteien gerecht zu regeln. *M. Stürner*, Verhältnismäßigkeit, 2000, S. 349 präziserte so § 138 BGB; *Pichler*, Sex als Arbeit, 2013, nutzt es zur Strukturierung von Arbeitsrechtsfragen im Rahmen der Prostitution. Für das öffentliche Recht siehe bspw. *Hill*, Gesetzesgestaltung, 1989; *Raptis*, Dienstleistungen, 2009. Eine Übertragung des beweglichen Systems als Abwägungslehre in das Öffentliche Recht versuchte *Michael* in seiner Dissertation, Gleichheitssatz, 1997; *ders.*, Abwägungslehre, 2000; für die Rechtsgeschichte, siehe u. a. *Thier*, Steuergesetzgebung, 1999; *Meissel*, „Gesellschafterhaftung“ als bewegliches System, 2019. Rechtstheoretische Überlegungen zur Anwendbarkeit in: *Schiller/Koller/Funk*, Vorwort, 2000; weitere Anwendungsfelder bei *Bydliński et al.* (Hrsg.), Das Bewegliche System, 1986 und bei *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2020, S. 282 Fn. 871. Dort auch auf S. 281 ff. zur in diesem Kapitel thematisierten Bedeutung des beweglichen Systems ab den 1970er Jahren.

<sup>2</sup> Vgl. *Pawłowski*, Methodenlehre, 2000, S. 220.

<sup>3</sup> *F. O. Fischer*, „Bewegliche System“, 1997.

<sup>4</sup> *Posch*, Bewegliches System, 1986, S. 269.

<sup>5</sup> *Schilcher*, Gesetzgebung, 1986, S. 307.

gen des Lebens zu erfassen und zu ordnen“<sup>6</sup>. Aber auch Praktiker betonen die Nähe des beweglichen Systems zu ihrer eigenen Arbeitsweise<sup>7</sup>. Konkret wird es genutzt, um bestimmte rechtliche Felder dogmatisch zu strukturieren, beispielsweise, um nur einige der neueren Arbeiten herauszugreifen, bei Lars Klöhn das Aktienrecht, bei Jens Petersen das Unternehmenssteuerrecht, bei Clemens Höpfner die juristische Methode<sup>8</sup>. Begründet wird dieses Vorgehen durchweg damit, dass sich das entsprechende Rechtsgebiet den normalen axiomatischen Systemen entziehe, weil es zu komplex und differenziert sei<sup>9</sup>.

Definiert wird das bewegliche System in den Arbeiten allesamt ähnlich. So schreibt Höpfner:

„Bewegliche Systeme haben somit zwei Charakteristika: Erstens stehen die ‚Elemente‘ des Systems grundsätzlich auf derselben Stufe. Im Gegensatz zu einem ‚starreren System‘ verzichtet ein bewegliches System auf ein Rangverhältnis zwischen den Systemelementen. Zweitens sind die Elemente wechselseitig austauschbar und ergänzen sich; feste Tatbestände werden nicht gebildet“<sup>10</sup>.

Klöhn schreibt knapper, aber in der Sache übereinstimmend: „Charakteristisch für das bewegliche System ist aber die Ranggleichheit und wechselseitige Austauschbarkeit seiner Axiome“<sup>11</sup>. Das bewegliche System weist also mehrere „Elemente“ auf, die gleichrangig und austauschbar sein können, manche Rechtswissenschaftler beziehen auch einander in der Wertung widersprechende Elemente mit ein<sup>12</sup>. Für die Rechtsfolge bedeutet die Austauschbarkeit, dass nicht alle Merkmale vorliegen müssen, „sondern es ausreicht, wenn einige oder nur einzelne dieser Wertungen in besonders starkem Maße erfüllt sind“<sup>13</sup>. Dahinter steht die Vorstellung des beweglichen Systems als spezifische Abwägungslehre<sup>14</sup>, bei der dem Zusammen-

<sup>6</sup> *Korinek*, Industriebegriff nach Wilburgs beweglichem System, 1975, S. 167.

<sup>7</sup> *Hauss*, Entwicklungslinien des deutschen Schadenersatzrechts, 1967, S. 165; *F. O. Fischer*, „Bewegliche System“, 1997, S. 603 ff. In Österreich wird das Konzept auch von der Judikative genutzt: Eines der ersten Urteile bildet die Entscheidung des OGH, E 13.4. 1983, Ob 581/83, JBl 105 (1983), 534, mit zust. Anm. *Bydlinkis*; siehe zudem bspw. OGH 13.10.2009 Ob 138/09v. Für weitere Nachweise aus allen Rechtsgebieten vgl. *Adamovic*, Das Bewegliche System in der Rechtsprechung, 2002.

<sup>8</sup> *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht, 1999, S. 27 ff.; *Höpfner*, Auslegung, 2008, S. 137 ff.; *Klöhn*, System Abfindungsansprüche, 2009, S. 269 ff.

<sup>9</sup> *Klöhn*, System Abfindungsansprüche, 2009, S. 269; vgl. ähnlich *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht, 1999, S. 21 ff.

<sup>10</sup> *Höpfner*, Auslegung, 2008, S. 139.

<sup>11</sup> *Klöhn*, System Abfindungsansprüche, 2009, S. 269.

<sup>12</sup> Bspw. *Henninger*, Europäisches Privatrecht, 2009, S. 104.

<sup>13</sup> Ebda., vgl. aber auch *Enderlein*, Rechtspaternalismus, 1996, S. 289; *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht, 1999, S. 27 ff.; *Höpfner*, Auslegung, 2008, S. 138; *Kling*, Sprachrisiken, 2008, S. 227; *Axtmann*, Vorlageberechtigung von Sportschiedsgerichten, 2015, S. 180 f.

<sup>14</sup> *M. Stürmer*, Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 349; für Österreich *Gamper*, Herausfor-

spiel der Wertungen flexibel eine Rechtsfolge folgt. Christian Heinrich erklärte das bewegliche System im Vertragsrecht so:

„Erforderlich ist ein flexibles und gleichzeitig eingegrenztes System, das anhand einer begrenzten Zahl von Wertungselementen Vertragskontrolle elastisch und gleichzeitig berechenbar macht. Ein derartig flexibles System muß es möglich machen, aktuellen Entwicklungen gerecht zu werden, und in seinen Ergebnissen gleichwohl rational überprüfbar zu sein“<sup>15</sup>.

Der Glaube an diese Rationalität ist aber offensichtlich begrenzt, was besonders beim Anwendungsbereich des beweglichen Systems deutlich wird, der, so jedenfalls die Überzeugung in der deutschen Rechtswissenschaft, auf „bewegliche Normen“ begrenzt ist. Diesen „beweglichen Normen“ werden wie selbstverständlich die „unbeweglichen“ gegenübergestellt<sup>16</sup>, für die das bewegliche System nicht adaptiert werden kann. Der deutsche Rechtswissenschaftler Lars Klöhn erklärt die Begrenzung des Anwendungsbereichs so:

„So muss man von den beweglichen Systemen solche unbeweglichen Systeme abgrenzen, die grundsätzlich auf festen Tatbeständen aufbauen, aber einen hohen Grad an Differenzierung aufweisen. Auf einem solchen unbeweglichen System beruht auch der hier herausgearbeitete abfindungsrechtliche Haftungsgrund. Dafür spricht nicht nur eine gewisse Vermutung, weil unser Recht grundsätzlich von unbeweglichen Systemen ausgeht .... Ein solches bewegliches System wäre auch wenig sachgerecht, weil der Verzicht auf Tatbestandsbildung [...] immer mit einem Verlust an Rechtssicherheit eingeht“<sup>17</sup>.

Durchweg finden sich diese Zweifel an der Rationalisierungsleistung des beweglichen Systems. Nur in Österreich nehmen einige Wissenschaftler auch eine Anwendung für eng formulierte Normen an<sup>18</sup>. Das bewegliche System gilt deshalb nicht als dogmatische Generallösung, sondern soll Antwort in den Rechtsgebieten sein, in denen sonst Einzelfallgerechtigkeit und Billigkeit regieren würden. Besonders beliebt sind Generalklauseln als Anwendungsfeld. Die Generalklausel der Sittenwidrigkeit § 138 BGB ist demgemäß auch laut den Kommentierungen im Staudinger und Münchener

---

derungen, 2008, S. 7ff., allerdings macht sie aus dem beweglichen System die in Deutschland bei Grundrechten bekannte Abwägung.

<sup>15</sup> Heinrich, Formale Freiheit, 2000, S. 210.

<sup>16</sup> Koof, Senderecht, 2005, S. 185, lehnte die Anwendung des beweglichen Systems für seine Fragestellung umstandslos ab mit dem Argument es liege keine Generalklausel vor. Petersen, Unternehmenssteuerrecht, 1999, S. 31, reduzierte den Anwendungsbereich auf unbestimmte Normen, ebenso Reischauer, Stellungnahme, 2006, S. 403, und Mietbaner, AGB-Kontrolle, 2010, S. 62, und m. w. N. Westerhoff, Elemente, 1991, S. 63 ff.

<sup>17</sup> Klöhn, System Abfindungsansprüche, 2009, S. 270; ähnlich auch Höpfner, Auslegung, 2008, S. 139 f.

<sup>18</sup> Kisslinger, Gefährdungshaftung, 2006, S. 162 ff.

Kommentar ein „klassische[r] Anwendungsfall“ des beweglichen Systems<sup>19</sup>. Bei solchen Normen seien bewegliche Systeme der Billigkeit überlegen, weil die Anzahl der Prinzipien – seien es genau vier oder genau sechs – begrenzt sei<sup>20</sup>. Manchmal wird auf den Rationalitätsgewinn verwiesen, der durch die Angabe von vorher festgelegten Prinzipien erreicht werden soll, was im Unterschied zu Hinweisen auf die „Umstände des Einzelfalls“ „auch nur den Anschein des [richterlichen] Dezisionismus“ vermeide<sup>21</sup>. Im Vorteil soll das bewegliche System auch gegenüber der Topik sein<sup>22</sup>. Warum Topik rechtsunsicher und das bewegliche System rechtssicher sei, wird aber selten begründet. Am Ende gilt das bewegliche System als eine Kombination „von ordnender Einheitsbildung und flexibler Anwendbarkeit“<sup>23</sup>.

Gegenüber solchen dogmatischen Verwendungen *de lege lata*, die sich bisweilen in Lehrbüchern<sup>24</sup>, häufiger noch in Qualifikationsschriften und Kommentaren finden<sup>25</sup>, wird eine Verwendung des beweglichen Systems

<sup>19</sup> MüKo/*Armbrüster*, § 138, 2018, Rn. 29: „Die für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts maßgeblichen Kriterien bieten demnach das Bild des Zusammenspiels beweglicher Elemente, dessen Eigenart Wilburg zunächst für das Schadensatzrecht aufgezeigt und später in allgemeiner Weise skizziert hat. Ist ein Element besonders ausgeprägt wirksam, so kann sich bereits aus ihm allein die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts nach Absatz 1 ergeben. Zumindest ebenso zahlreich sind die Fälle, in denen die Sittenwidrigkeit erst aus der Kombination mehrerer Elemente resultiert.“ Ebenso Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138, 2017, Rn. 117 ff. Kritisch dazu: HKK/*Haferkamp*, § 138, 2003, Rn. 2; weitere Beispiele bei *J. Schröder*, *Recht als Wissenschaft*, 2020, S. 283 f.

<sup>20</sup> Dies besonders hervorhebend bspw. *Azizi/Gößler*, *Extreme Ungerechtigkeit*, 2006, S. 418 f.; so auch *Möllers*, *Rechtsgüterschutz*, 1999, S. 139; *Westerhoff*, *Elemente*, 1991, S. 27, nimmt allerdings an, dass die Anzahl der Elemente auch unbegrenzt sein könnte, freilich fehlt eine nähere Begründung.

<sup>21</sup> *Tomandl*, *Rechtsstaat Österreich*, 1997, S. 178, greift genau das scharf an: „Es erscheint aber unter dem Gesichtspunkt der objektiven Nachprüfbarkeit bedenklich. Die vorzunehmende Abwägung unter den verschiedenen zu berücksichtigenden ‚Elementen‘ läßt sich in einer objektiv nachvollziehbaren Weise nicht vornehmen, sofern die Gewichtung nicht objektiv festgelegt ist. Ist dies aber nicht der Fall – und das ist im Recht die Regel – spiegelt das ‚bewegliche System‘ Präzision nur vor.“ Zitat bei *Adamovic*, *Das Bewegliche System in der Rechtsprechung*, 2002, S. 701.

<sup>22</sup> Bspw. *Kling*, *Sprachrisiken*, 2008, S. 228.

<sup>23</sup> *Thier*, *Steuergesetzgebung*, 1999, S. 10.

<sup>24</sup> In Hinblick auf die Prominenz, aber insbesondere die zukünftige Verbreitung des beweglichen Systems ist es bemerkenswert, dass sich in Deutschland und in Österreich kaum ein Lehrbuch findet – sei es dogmatisch, sei es rechtsmethodisch oder -philosophisch –, welches das bewegliche System darstellt. Ausnahmen mit überwiegend kurzen Darstellungen bilden *Pawlowski*, *Methodenlehre*, 1981, S. 72 f., Rn. 143, in der 2. Aufl., 2000, weniger umfangreich S. 214, 220, 225, 231; *P. Bydliński*, *Bürgerliches Recht*, 2010, S. 35 f.; *Horn*, *Rechtswissenschaft*, 2016, S. 132, und *Honsell/Mayer-Maly*, *Rechtswissenschaft*, 2017, S. 153 ff. Kritisch *Röhl*, *Allgemeine Rechtslehre*, 1994, S. 445.

<sup>25</sup> Zu Kommentaren: MüKo/*Armbrüster*, § 138, 2018, Rn. 29; Staudinger/*Sack/Fischinger*, § 138, 2017, Rn. 117 ff. Aus den umfangreichen Auseinandersetzungen mit dem beweglichen System in Qualifikationsarbeiten siehe u. a.: *Enderlein*, *Rechtspaternalismus*, 1996, S. 286 ff. und passim; *Petersen*, *Unternehmenssteuerrecht*, 1999, insbesondere

als Gesetzestechnik kritisiert. So erklärte beispielsweise Gerhard Wagner gegen Vorschläge der Schadensrechtsgruppe um Helmut Koziol, das bewegliche System für eine Novellierung des österreichischen und des europäischen Schadensrechts zu nutzen<sup>26</sup>:

„Die Lehre vom beweglichen System ist ihrem Selbstverständnis nach juristische Methodenlehre, also Theorie der Entscheidungsfindung und -begründung, nicht aber Gesetzgebungslehre“<sup>27</sup>.

Auch Reischauer war sich sicher, „ein Lehrgebäude zum Gesetzesinhalt“ zu stilisieren, sei verfehlt<sup>28</sup>.

## II. Bild 1: Walter Wilburg als „Entdecker“

Woher kommt dieses Denken? Als Urheber dieser Idee fällt immer wieder der Name Walter Wilburg. Claus-Wilhelm Canaris<sup>29</sup> etwa fand, in seiner Wirkung auf die deutsche Jurisprudenz könne das bewegliche System „kaum überschätzt werden“:

„Vollends überragend sind Bedeutung und Einfluß der von ihm geschaffenen Konzeption des ‚beweglichen Systems‘; man kann ohne Übertreibung sagen, daß es sich hierbei um eine der wichtigsten ‚Entdeckungen‘ handelt, die in diesem Jahrhundert

---

S. 21 ff.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 536 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, S. 211 ff. und passim; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, 2003, S. 594 ff.; *Pfeiffer*, Transportrecht, 2004, S. 266; *Kling*, Sprachrisiken, 2008, S. 226 und passim; *Timmann*, Patentrecht, 2008, S. 131 ff.; *Miethaner*, AGB-Kontrolle, 2010, S. 61; *M. Stürner*, Verhältnismäßigkeit, 2010, S. 56 und passim; *Koof*, Senderecht, 2015, S. 183 ff.; zuletzt *Maurer*, Das bewegliche System, 2017.

<sup>26</sup> Den österreichischen Entwurf, der sich an das bewegliche System anlehnte, befürworteten: *Griss*, Entwurf eines österreichischen Schadensersatzrechts, 2005; *Koziol*, Klarstellung der Idee des beweglichen Systems, 2006; *ders.*, Schadensersatzreform, 2008. Zum Gegenentwurf, *Reischauer*, Stellungnahme, 2006; *ders.*, Reform, 2006; *Spielbüchler*, Dankt der Gesetzgeber ab? 2006. Allgemein, aber auch m. w. N. *Welser*, Schadensersatzrecht, 2006; *Spielbüchler*, Reform des Schadensersatzrechts, 2008; *Reischauer*, Schadensersatzreform, 2008/2009; *Welser*, Schadensersatzrecht, 2006 *Taupitz/Pfeiffer*, Entwurf und Gegenentwurf, 2010. *Koziol* regte es auch für ein europäisches Schadensrecht an, Diskussionsbeitrag, 2000; *ders.*, europäisches Schadenersatzrecht, 2001, S. 33 f.; *ders.*, Grundgedanken, 2006; *C. Huber* kritisierte genau diese Adaption, Reform des österreichischen Schadensrechts, 2006, S. 473 m. w. N.

<sup>27</sup> *Wagner*, Reform des Schadensersatzrechts, 2008, S. 21.

<sup>28</sup> *Reischauer*, Stellungnahme, 2006, S. 403. So bspw. auch *Kerschner*, Haftung nach reiner Billigkeit, 2006 für die Reform des österreichischen Schadensrechts 2005. Jenseits der Autoren, die das bewegliche System als Gesetzestechnik verwenden wollen, gehen auch einige, wenige der Autoren, die es als Methode begreifen, davon aus, dass es auch eine Gesetzestechnik sei, bspw. *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, S. 211.

<sup>29</sup> *Canaris*, Walter Wilburg, 1992, S. 410; vgl. ähnlich auch *ders.*, Systemdenken, 1969, S. 85.

auf dem Gebiete der juristischen Methodenlehre und der Rechtstheorie gemacht worden sind“<sup>30</sup>.

Es habe „eine entscheidende Bereicherung“ gebracht<sup>31</sup>. Kling lobte, Wilburg sei mit dem beweglichen System ein „eminent wichtiger Fortschritt“ gelungen<sup>32</sup>, Bydlinski betonte, Wilburg habe das Denken in beweglichen Systemen als eine feste Größe in der Jurisprudenz etabliert<sup>33</sup>. Reich sind die Festschriften und Nachrufe über Wilburg als „Entdecker“<sup>34</sup>.

Blickt man genauer hin, treten neben Wilburg freilich zwei weitere stets genannte Namen: Claus Wilhelm Canaris und Franz Bydlinski<sup>35</sup>. Damit sind die Wissenschaftler, die stetig und prominent Wilburgs „Entdeckungsleistung“ betont haben, selbst eng mit dem beweglichen System verbunden, ja, vielleicht sogar selbst „Entdecker“. Dass das heutige bewegliche System nicht einfach das bewegliche System Wilburgs ist, beweist eine vielleicht nicht unwesentliche Benennungsfrage, die die Rechtswissenschaft durchzieht: Kritik findet Wilburgs Bezeichnung der Bestandteile seines Systems als „Elemente“<sup>36</sup>. Stattdessen präferieren die meisten Rechtswissenschaftler Begriffe wie „Wertungsgesichtspunkte“, „Prinzip“ oder „Gerechtigkeitskriterien“<sup>37</sup>. Dafür verweisen sie auf Canaris. Petersen etwa erklärt:

„Bereits diese Aufzählung illustriert, daß es vorzugswürdig ist, mit Canaris von Prinzipien oder Gerechtigkeitskriterien anstatt von ‚Kräften‘ oder ‚Elementen‘ zu sprechen. Denn jede der zitierten Sentenzen hat für sich – und um so mehr alle zusammen – einen hohen Gerechtigkeitsgehalt“<sup>38</sup>.

Hier deuten sich komplexe Rezeptionsgeschichten an, die es auf dem Weg zu den Ursprüngen des beweglichen Systems zunächst zu skizzieren gilt.

<sup>30</sup> Canaris, Walter Wilburg, 1992, S. 410. Den Begriff der juristischen Entdeckung prägte Dölle, Entdeckungen, 1958, zu ihm: Zweigert, Hans Dölle, 1980; Houbé, Hans Dölle, 2004.

<sup>31</sup> Canaris, Walter Wilburg, 1992, S. 410.

<sup>32</sup> Kling, Sprachrisiken, 2008, S. 233.

<sup>33</sup> F. Bydlinski, Walter Wilburg, 1991, S. 777.

<sup>34</sup> Festschriften für Wilburg sind: Baltl (Hrsg.), FS Wilburg 60. Geburtstag, 1965; Wegan, Walter Wilburg zum 70. Geburtstag, 1975; F. Bydlinski et al. (Hrsg.), Das Bewegliche System, 1986; Ehrungen: F. Bydlinski, Walter Wilburg 60. Jahre, 1965 und Nachrufe: F. Bydlinski, Walter Wilburg, 1991; Canaris, Walter Wilburg, 1992. Beide Nachrufe enthalten neben der Würdigung des wissenschaftlichen Werkes auch eine Bekundung der persönlichen Achtung und Freundschaft.

<sup>35</sup> Vgl. bspw. Thier, Steuergesetzgebung, 1999, S. 9 Fn. 38 f.

<sup>36</sup> Dazu unter Teil B. Kapitel II. 1. c), S. 41 ff.

<sup>37</sup> Schilcher, Schadensverteilung, 1977, S. 2 und passim; F. Bydlinski, Suche nach der Mitte, 2004, S. 332. Freilich diskutierte man teilweise, was Elemente und Prinzipien im Kern unterscheidet, siehe u. a. Enderlein, Rechtspaternalismus, 1996, S. 292; Kling, Sprachrisiken, 2008, S. 227. Zu der Begrifflichkeit sowie allgemein zu den Elementen des beweglichen Systems Westerhoff, Elemente, 1991.

<sup>38</sup> Petersen, Unternehmenssteuerrecht, 1999, S. 30.

### 1. Die Mittlerrolle von Claus-Wilhelm Canaris und Franz Bydlinski

Claus-Wilhelm Canaris<sup>39</sup> und Franz Bydlinski<sup>40</sup> schufen das erste Bild von den Ursprüngen des beweglichen Systems, das in der Arbeit überprüft werden soll: Walter Wilburg als „Entdecker“ des beweglichen Systems. Dieses Bild ist ein Resultat ihrer eigenen Auseinandersetzungen mit dem beweglichen System. Zwar haben beide auch in anderen Schriften zum beweglichen System gearbeitet<sup>41</sup>, die zentralen Auseinandersetzungen finden sich aber in Canaris' „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz“ und Bydlinski's „Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff“<sup>42</sup>. Beide führen in einen neuen wissenschaftshistorischen Kontext. Während heute das bewegliche System überwiegend gleich definiert wird und sein Anwendungsbereich konsentiert ist, suchten Canaris und Bydlinski noch ihre Deutungen gegen Kritiker zu verteidigen. Die Zivilistik der 1970er und 1980er Jahre, aus der ihre Schriften stammen, ist bislang kaum erforscht, was auch hier nicht, quasi *en passant*, geleistet werden kann<sup>43</sup>. Stattdessen steht die Rekonstruktion der Deutungen des beweglichen Systems durch die beiden im Mittelpunkt.

#### a) Claus-Wilhelm Canaris

Als Antwort auf die Gretchenfrage der Jurisprudenz nach dem System entwickelte Claus-Wilhelm Canaris 1969 ein eigenes juristisches Systemmodell<sup>44</sup>. Anlass seiner Beschäftigung mit dem System waren die Topik-The-

<sup>39</sup> Zu Canaris: *Singer*, Claus-Wilhelm Canaris, 2010; *Seinecke*, Methode und Zivilrecht Claus-Wilhelm Canaris, 2017.

<sup>40</sup> Zu Franz Bydlinski: *F. Bydlinski*, Franz Bydlinski, 2003; *Rummel*, Franz Bydlinski, 2010.

<sup>41</sup> *F. Bydlinski*, Privatautonomie, 1967, S. 124, insbesondere zum beweglichen System, vorrangig hatte er sich aber mit Wilburgs Arbeiten zum Vertragsrecht auseinandergesetzt. *Canaris* sprach von der Vertrauenshaftung als „einem Musterbeispiel dessen, was Wilburg ein ‚bewegliches System‘ genannt hat“, Vertrauenshaftung, 1971, S. 302. Zu der Arbeit siehe *Singer*, Claus-Wilhelm Canaris, 2010, S. 370ff. Auch in seinen Überlegungen zur Grundrechtsbindung Privater griff er auf das bewegliche System zurück, um das abwägende Zusammenspiel der Faktoren darzustellen, Grundrecht, 1999, S. 80, 98, 78 ff.; dazu *Seinecke*, Methode und Zivilrecht Claus-Wilhelm Canaris, 2017, S. 396 ff., oder für die Bestimmung von Verkehrspflichten, *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Bd. 2, 2, 1994, §76 III, S. 414; dazu *Bobber*, Der morsche Baum, 2010, S. 18.

<sup>42</sup> *F. Bydlinski*, Methodenlehre, 1982.

<sup>43</sup> Die meisten wissenschaftshistorischen Arbeiten enden in den 1960er Jahren. Weitergehend beispielsweise *Hofmann*, Rechtsphilosophie, 2012; siehe auch den Ausblick bei *Foljanty*, Recht oder Gesetz, 2013, S. 343 ff.; *Duwe/Ruppert* (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018. Literaturhinweise bei *Rückert*, Bibliographisches, 2017; jüngst *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft, 2020, dessen Wissenschaftsgeschichte bis 1990 reicht.

<sup>44</sup> *Canaris*, Systemdenken, 1969.



sen Theodor Viehweg<sup>45</sup>. Viehweg hatte in erster Auflage 1953, in zweiter, für Canaris' Arbeit relevanter Fassung von 1965, für die Jurisprudenz eine Unmöglichkeit der Systematisierung angenommen und sie stattdessen der Topik, also einer *Techne* des Problem Denkens und Argumentierens, zugeschlagen<sup>46</sup>. Er erklärte:

„Aber während die eine Disziplin sichere und für ihr Gebiet wirklich ergiebige sachhaltige Basissätze finden kann und deshalb systematisierbar ist, erweist sich die andere als unsystematisierbar, weil sich auf ihrem Gebiete keine Basissätze finden lassen, die sowohl gesichert als auch sachhaltig ergiebig wären. Liegt dieser Fall vor, ist nur Problemerkörterung möglich“<sup>47</sup>.

Für die Jurisprudenz sei also nur die Diskussion von Problemen möglich. Sie entwickle verschiedene Argumente, ausgerichtet am Problem und ausgewählt nach dem „*sensus communis*“, kenne also keine prinzipiellen Strukturen<sup>48</sup>.

Dieser Verzicht auf System und Richtigkeitsanspruch war in den Augen Canaris' aber nicht lediglich ein Angriff auf die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz, sondern darüber hinaus ein Verrat an Gleichheit und Gerechtigkeit<sup>49</sup>. Diese Verknüpfung aus wissenschaftlichem System und Gerechtigkeit erklärt sich dadurch, dass Canaris die Notwendigkeit eines Systems überpositiv auflud. Aus der Rechtsidee selbst folge die Notwendigkeit eines systematischen Rechtes und damit einer systematischen Rechtswissenschaft. Canaris erklärte:

„Die innere Ordnung und Einheit des Rechts sind nämlich weit mehr als nur die Voraussetzung des Wissenschaftscharakters der Jurisprudenz und Postulate der Methodenlehre; sie gehören vielmehr zu den fundamentalsten rechtsethischen Forderungen und wurzeln letztlich in der Rechtsidee selbst“<sup>50</sup>.

Auch wenn Canaris unklar von Postulaten der Rechtsidee sprach, nahm er wohl idealistisch an, dass die Wertungen hinter dem kontingenten, positiven Recht tatsächlich folgerichtig und einheitlich, mithin systematisch waren und diese geordneten Werte auch erkennbar seien<sup>51</sup>. Für die Rechtswissenschaft folgte aus der Orientierung an der Rechtsidee laut Canaris, dass sie das System des Rechts abbilden müsse: „Jede Aufgabe des Systembegriffs aber ist [...], die wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Ein-

<sup>45</sup> Ebda., S. 9f., 135.

<sup>46</sup> Viehweg, Topik, 1953, zu dem Begriff „*Techne*“, S. 1 u. a.; dazu im Einzelnen unter Teil B. Kapitel I. 2. b) bb) (1), S. 32f. Zu Viehwegs Thesen C. Fischer, Rechtsfortbildung, 2007, S. 16ff.; Launhardt, Topik, 2010; Foljanty, Recht oder Gesetz, 2013, S. 212ff.

<sup>47</sup> Viehweg, Topik, 1953, S. 65, siehe auch S. 1f.

<sup>48</sup> Ebda., S. 64ff. Canaris, Systemdenken, 1969 fasste das auf S. 135ff. zusammen.

<sup>49</sup> Canaris, Systemdenken, 1969, S. 148f. explizit.

<sup>50</sup> Ebda., S. 13ff., Zitat auf S. 16, ähnlich auch S. 17.

<sup>51</sup> Er sprach davon, dass die Gleichheit und Gerechtigkeit vorgegeben sein, ebda., S. 18, die dann „sichtbar“ gemacht werden solle, S. 46.

heit der Rechtsordnung darzustellen und zu verwirklichen<sup>52</sup>. Die Topik dagegen verletze wegen des Verzichtes auf die Orientierung an der Wertestruktur „rechtsethische Forderungen“.

Canaris entwickelte einen Systembegriff, der genau das leisten sollte. Sein System war zum einen teleologisch, das heißt auf Wertzusammenhänge, nicht auf formale Logik oder Problemzusammenhänge aufgebaut<sup>53</sup>; zum anderen und zur Wahrung der inneren Einheit stützte es sich auf allgemeine Prinzipien<sup>54</sup>. Diese Prinzipien von Canaris' System, also mehrere, galten nicht ausnahmslos, sondern konnten zueinander in Widerspruch geraten und würden „erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung“ ihren „Sinnegehalt“ entfalten<sup>55</sup>. Das war nun die Stelle des Werkes, an der sich aus der Sicht von Canaris das bewegliche System Wilburgs, sein eigenes Konzept und Viehwegs Topik trafen. Denn: Für das Zusammenspiel von Prinzipien als System zitierte Canaris Wilburgs bewegliches System, sah in ihm also einen verwandten Geist<sup>56</sup>. Für Viehweg dagegen war eine Mehrzahl von Prinzipien gerade Beleg für die Ausrichtung der Jurisprudenz am Problem, statt „Basissätzen“ gebe es nur situationsabhängige Topoi. Weil Wilburg mehrere Prinzipien gemeinsam wirken ließ, hatte Viehweg ihn als Topiker eingeordnet<sup>57</sup>. Auf Canaris' Systemkonzept bezogen, musste man folgern, dass auch Canaris' System für Viehweg Topik sein müsste und damit genau das, was Canaris als Billigkeit ablehnte. Wohl um dem entgegenzutreten, beschäftigte sich Canaris intensiv mit dem Zusammenspiel der Prinzipien<sup>58</sup>.

Das erklärt auch den Bezug zum beweglichen System, das Canaris ja gerade als Zusammenspiel allgemeiner Prinzipien verstand. Gemessen an der Kant'schen Definition, die Canaris ohne weitere Einordnung angab,

<sup>52</sup> Ebda., S. 18.

<sup>53</sup> Ebda., S. 46.

<sup>54</sup> Ebda., S. 46.

<sup>55</sup> Ebda., S. 52f.

<sup>56</sup> Ebda., S. 55 Fn. 153.

<sup>57</sup> Dazu unter Teil B. Kapitel I.2. b)bb)(1), S. 32 f.

<sup>58</sup> *Canaris, Systemdenken*, 1969, S. 41 ff. Er suchte nachzuweisen, dass eine Vielzahl von Prinzipien nicht zu Widersprüchen führe, denn einerseits habe jedes Prinzip innere Schranken – beispielsweise die Privatautonomie, die guten Sitten –, die keine echten Widersprüche seien, zum anderen müsse systemkonform ausgelegt und ergänzt werden. Im Letzten verwies Canaris bei Systemwidrigkeit auf die Erklärung der Nichtigkeit der Norm, freilich nur, wenn „echte Systembrüche und nicht die bloßen Systemmodifikationen“ vorlägen. In solchen Fällen, in denen die Norm nicht mehr mit dem inneren System in Übereinstimmung gebracht werden könne, solle die Norm für nichtig erklärt werden. Das Gebot Gleiches gleich zu behandeln (Art. 3 GG, Art. 1 III GG) wurde gemessen am inneren System des Rechts. So verpflichtete Canaris sogar den Gesetzgeber auf das innere System. Aus seiner Perspektive hatte er damit nachgewiesen, dass das Zusammenspiel von Prinzipien nicht topisch sei, sondern Ausdruck der Ordnung aus der Rechtsidee; es sei gleichheits- und gerechtigkeitswährend, rational und rechtssicher.

nämlich „System als nach Prinzipien geordnetes Ganzes“<sup>59</sup> sei das bewegliche System, so hob er hervor, ein System. Hatten Viehweg und auf diesem aufbauend Wieacker<sup>60</sup> Wilburg zum Topiker gemacht<sup>61</sup>, machte ihn Canaris zum wertenden Systematiker und rettete so seine Wissenschaftlichkeit im Kant'schen Sinne. Wie nah er sich Wilburgs Konzeption glaubte, wird auch daran deutlich, dass er annahm, Wilburg denke wie er von Werten aus<sup>62</sup>. Durch den Bezug zur Rechtsidee nahm, aus Canaris' Perspektive, Wilburgs Modell an der Rechtsidee teil. Wilburg galt ihm als einer der „Väter der Wertungsjurisprudenz“<sup>63</sup>. Deswegen schlug er vor, statt von Wilburgs Elementen von „Gerechtigkeitskriterien“ oder „Bewertungsprinzipien“ zu sprechen, denn diese Begriffe trafen die Vorstellungen Wilburgs eher anstatt der „naturwissenschaftlichen Bezeichnung“<sup>64</sup>. Damit schuf er die Begrifflichkeit, die nach ihm sein Schüler Petersen und andere aufnehmen sollten<sup>65</sup>.

Trotz dieser grundsätzlichen Übereinstimmung mit Wilburg sah Canaris den Anwendungsbereich des beweglichen Systems allerdings als begrenzt an<sup>66</sup>. Sein Problem lag in der Anwendbarkeit auf das deutsche Recht. Deutsche Gesetze seien grundsätzlich unbeweglich, aber es gebe bewegliche Systemteile, beispielsweise §254 BGB. Allgemein seien primär nur Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe – auch wenn es wohl anders gedacht gewesen sei von Wilburg – Anwendungsfelder des beweglichen Systems:

„Insbesondere dort, wo die festen Tatbestände durch Generalklauseln ergänzt und aufgelockert sind, finden sich häufig Beispiele für die Beweglichkeit des Systems: bei der Feststellung, ob eine Kündigung sozialwidrig ist, ein wichtiger Grund vorliegt, ein Rechtsgeschäft oder ein Verhalten gegen die guten Sitten verstößt usw.“<sup>67</sup>.

Das bewegliche System war also für Canaris ein System von Wertungen, ausgerichtet an der Gerechtigkeitsidee, anwendbar nur bei Generalklauseln.

<sup>59</sup> Zu den verschiedenen Ebenen bei Kant, *Rückert*, *Geschichtlich*, 1999, S. 165 f.; zu dem Einfluss von Kant auf die Rechtswissenschaft *J. Schröder*, *Wissenschaftstheorie*, 1979, S. 114 ff.; *Rückert*, *Denktraditionen*, 2015, S. 41 ff.

<sup>60</sup> *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte*, 1968, S. 597 Fn. 48.

<sup>61</sup> Dazu unter Teil B. Kapitel I.2. b) bb) (1), S. 32 f.

<sup>62</sup> *Canaris*, *Systemdenken*, 1969, S. 75 Rn. 8.

<sup>63</sup> Ebda. sprach er von Wilburg als einem ihrer „frühesten und wegweisenden Vertretern“.

<sup>64</sup> Ebda.

<sup>65</sup> Dazu im Teil A. Kapitel II., S. 5.

<sup>66</sup> Insoweit ist es missverständlich, wenn *Seinecke* das bewegliche System zu einem Kernelement von Canaris Theorie machen will, *Methode und Zivilrecht Claus-Wilhelm Canaris*, 2017, S. 403 ff.

<sup>67</sup> *Canaris*, *Systemdenken*, 1969, S. 79 ff.

## Personen- und Sachregister

- ABGB 13, 30, 141–144, 218, 236, 239  
Abwägung 2, 44f., 56f., 74, 110–113, 144, 149, 153, 155–162, 180, 227, 240  
Akademie für Deutsches Recht 77, 79, 142f., 164f., 214  
– Geschichte 37f., 79, 82, 131, 165, 230  
Akademieentwurf, schadensrechtlich 39f., 64, 81, 85–87, 90f., 93f., 106, 129–131, 134–137, 139f., 167, 175
- Basiswertung 12–14, 225, 240  
Baur, Fritz 129–131, 138f., 176–178, 182, 237  
Bereicherungsrecht 22, 76, 79f., 232  
Bertermann 130, 132–134, 141  
Beyerle, Franz 97, 126, 194  
Bienenfeld, Rudolf 66, 68–71, 198, 200–202, 211–213  
Billigkeit als Rechtsterminus 3, 9, 33, 79f., 213  
– als Kennzeichen des beweglichen Systems 4, 13f.  
– bei Hans Feith 66–68, 117, 132f.  
– bei Josef Esser 86f., 92, 211  
– bei Walter Wilburg 23f., 26, 28, 43, 62f., 198, 232  
– in der Akademie für Deutsches Recht 85f., 93f., 106, 135, 175  
– vor 1933 150–153, 159f., 204, 236  
Blume, Wilhelm von 147, 158f.  
Bydlinski, Franz 6, 11–14, 30, 199, 219, 221–226, 235, 238–240
- Caemmerer, Ernst von 79  
Canaris, Claus-Wilhelm 5–10, 31, 33, 195, 220–226, 238–240
- De lege ferenda 30, 39, 71, 83, 110–112, 157, 223f., 226, 228, 237, 240  
Dietze, Hans-Helmut 123  
Durchschnittsregeln 30, 60f., 111, 127, 138, 227, 233
- Ehrenzweig, Albert Armin 66, 70f., 212–214, 233  
Ehrenzweig, Armin 212  
Eingriff, *siehe* bei Elemente Inanspruchnahme  
Elemente 2f., 6, 10, 14, 29f., 42–46, 56f., 60f., 87f., 98  
– Grade 12, 43–45, 59, 111, 115, 209, 232f.  
– Herkunft 14, 95f., 197–200  
– im Vertragsrecht 23, 72  
– Inanspruchnahme 46–49  
– Mangel 49–52  
– Veranlassung 49  
– Vermögen 52–54  
– *siehe auch* Gemeinschaft  
Entdogmatisierung 34, 46, 75, 220, 222  
Esser, Josef 11, 29, 33–36, 82–84, 86–92, 95–97, 100–106, 142, 167, 198, 210, 220, 222
- Faktischer Vertrag 23  
Fauser, Manfred 116f., 190  
Feith, Hans 66–68, 71, 117, 130, 132–134, 167, 202f.  
Forsthoff, Ernst 103  
Führerbefehl 107, 118  
Frank, Hans 164  
Freisler, Roland 115
- Gefährdung, *siehe* bei Elemente Inanspruchnahme  
Gefährdungshaftung 167  
– bei der Akademie für Deutsches Recht 85, 135f.  
– bei Josef Esser 82, 84, 90, 102–104, 211  
– bei Walter Wilburg 51  
– vor 1933 148, 180  
Gemeinschaft  
– bei Walter Wilburg 16, 18, 42, 54–59, 163f., 206f., 236

- im Nationalsozialismus 116f., 121f., 163–178, 193, 195f.
- im nationalsozialistischen Haftungsrecht 94, 103, 105
- vor 1933 147, 178–181
- Gesetzestechnik 143
  - bei Josef Esser 89–92
  - bei Rudolf Reinhardt 92–94
  - bei Walter Wilburg 5, 30, 58–63, 80, 108, 214, 221, 224, 233
  - im Schadensrecht 129–141, 155f.
  - *siehe auch* Durchschnittsregeln
  - *siehe auch* Präambeln
- Gierke, Otto von 152
- Grade, *siehe* Elemente
- Grundregeln 90, 120–128, 138, 171, 175, 236
  - *siehe auch* Präambeln
- Gülde, Hermann 167
  
- Haferkamp, Hans-Peter 16, 109, 120, 199
- Haupt, Günter 23
- Heck, Philipp 146
- Hedemann, Justus Wilhelm 39, 94, 123–126, 131, 145, 159f., 219
- Hippel, Fritz von 33, 77, 96, 101
- Honsell, Heinrich 21, 76f., 79
- Höpfner, Clemens 2
  
- Inanspruchnahme, *siehe* bei Elemente  
Eingriff und Gefährdung
- Interessenjurisprudenz 30, 146
- Interessenrelativität, *siehe* Abwägung
  
- Jansen, Nils 45
- Juristische Tatsachen 96, 98, 101, 108
  
- Kaser, Max 39
- Klang, Heinrich 29, 71, 81, 215
- Klöhn, Lars 2f.
- Konkrete Ordnung 114–116, 118f., 188–189, 206, 235
- Koziol, Helmut 5, 224, 226f.
  
- Lange, Heinrich 116f., 118, 123, 126, 137f., 167f., 173
- Lange, Hermann 25
- Larenz, Karl 31, 57, 139f., 170f., 173, 219, 223, 239
- Lebensbezüge, *siehe* Wirklichkeit
- Lehmann, Heinrich 126–128, 172
- Leitsätze, *siehe* Grundregeln und  
Präambeln
- Mangel, *siehe* Elemente
- Marton, Geza 24, 209, 233
- Mataja, Victor 144, 151f.
- Mauczka, Josef 145, 147, 156–158, 181f., 198f., 208, 214, 234, 237
- Mayer-Maly, Theo 21, 31, 76f., 79
- Merkel, Adolf 152
- Merkel, Rudolf 64f., 146–150, 152, 155, 157f., 181, 199–201, 236
- Michaelis, Karl 81, 131, 139, 184, 188f., 192, 211
- Müller-Erzbach, Rudolf 145–148, 150–152, 154, 158f., 161, 198
  
- Nipperdey, Hans-Carl 79, 91, 129, 134–136, 140, 166, 195
  
- Petersen, Jens 2, 6, 10
- Präambeln 123–125, 127
  - *siehe auch* Grundregeln
  
- Rabel, Ernst 76, 142, 233
- Randa, Anton v. 158
- Reinhardt, Rudolf 22, 25, 81–84, 86f., 88f., 92–95, 98, 100, 106f., 108, 230
- Rechtssicherheit 3, 11, 28f., 67, 149, 151, 167, 240
  - Rechtssicherheitsverluste 87–89, 93f., 113, 133f., 136f., 158, 160
- Rechtswidrigkeit, *siehe* bei Elemente  
Mangel
- Richterfreiheit 35, 59f., 75, 112f., 134, 138f., 156
- Rothe 165f.
- Rottleuthner, Hubert 118
- Rückert, Joachim 184
- Rümelin, Gustav 64, 144, 159, 208f., 233
- Rümelin, Max 64, 145f., 150, 152–155, 157, 179f., 204, 236f.
- Rüthers, Bernd 112, 119
  
- Schilcher, Bernd 14, 225f., 240
- Schmidt-Rimpler, Walter 191f., 195
- Schmitt, Carl 114–116, 123–125, 188, 189
- Schreier, Fritz 66, 70f., 212f., 233
- Schröder, Jan 16, 109, 187
- Sittenwidrigkeit 3
- Sozialwirklichkeit, *siehe* Wirklichkeit
- Stammler, Rudolf 201
- Stoll, Heinrich 129f., 138, 166, 186, 211f.
- Süß, Theodor 83, 99, 186, 210
- Swoboda, Ernst 130, 139, 142f., 166, 187, 211f.

- System 31, 36, 41 f., 71, 83–87, 190 f., 203–205, 211 f., 214, 238
- aus der konkreten Ordnung 188 f., 192–195
  - aus der Rechtsidee 195 f.
  - bei Claus-Wilhelm Canaris 8–10, 15, 222 f., 239 f.
  - bei Josef Esser 34 f., 83–87, 88, 97
  - bei Rudolf Bienenfeld 68–70
  - bei Walter Wilburg 27 f., 36, 41–43, 57 f., 62, 75, 205, 221
  - gegen Leben 190–192
  - Kant'sches Verständnis 9 f.
- Thiessen, Jan 16, 109, 163
- Topik 4, 32 f., 220 f., 223, 225, 238 f.
- in Sicht und Kritik von Canaris, Claus-Wilhelm 7–10, 220 f., 240
- Typenreihe, *siehe* Typus
- Typus 57
- bei Fritz Schreier 70, 212 f.
  - bei Rudolf Bienenfeld 69 f., 212
- Unger, Joseph 64, 144, 146, 152, 198 f.
- Vermögen, *siehe* Elemente
- Verschulden, *siehe* bei Elemente Mangel
- Verursachung, *siehe* bei Elemente  
Veranlassung
- Viehweg, Theodor 8–10, 32 f., 219–221, 223, 225
- Volksgesetzbuch
- Anwendungsbereich 171 f., 182, 236
  - Geschichte des Entwurfs 37 f., 175, 235
- Volksnähe 125 f., 128, 194, 206, 236
- Vorsprüche, *siehe* Grundregeln und Präambeln
- Wahl, Eduard 167
- Wertungsjurisprudenz 10 f., 15, 128, 222, 232, 239
- Wieacker, Franz 10, 31, 115 f., 193 f., 219, Wirklichkeit
- als ideologische Chiffre 186 f.
  - beachtet durch den Gesetzgeber 186, 190–192
  - beachtet durch den Richter 184 f.
  - bei Josef Esser 100–106
  - bei Rudolf Reinhardt 106–107
  - bei Walter Wilburg 27 f., 116, 187, 237
  - idealistisch 115 f., 188 f.
  - Kritik an Wilburg 29, 76, 95–97, 98 f., 108, 206, 237
  - vor 1933 203–205
- Wolff, Martin 142