

Europäische Vertrags- rechtsvereinheitlichung und deutsches Recht

Herausgegeben von
JÜRGEN BASEDOW

Mohr Siebeck

Sonderveröffentlichung

Archiv für die civilistische Praxis
und
Rabels Zeitschrift für ausländisches und
internationales Privatrecht



Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht

herausgegeben von
Jürgen Basedow

Mohr Siebeck

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht /

Jürgen Basedow (Hrsg.) - Tübingen : Mohr Siebeck, 2000

(Archiv für die civilistische Praxis ; Rabels Zeitschrift ; Sonderv.)

ISBN 3-16-147260-8 Einzelpreis

ISBN 3-16-147340-X für Abonnenten

eISBN 978-3-16-163049-1 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

© 2000 J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

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

Das Buch wurde gesetzt und gedruckt von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

Inhaltsverzeichnis

BASEDOW, JÜRGEN, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht – Einführung	1
CANARIS, CLAUS-WILHELM, Die Stellung der »UNIDROIT Principles« und der »Principles of European Contract Law« im System der Rechtsquellen	5
KÖHLER, HELMUT, Das Verfahren des Vertragsschlusses	33
HAGER, JOHANNES, Die culpa in contrahendo in den UNIDROIT-Prinzipien und den Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts aus der Sicht des deutschen Bürgerlichen Rechts	67
WOLF, MANFRED, Willensmängel und sonstige Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit in einem europäischen Vertragsrecht	85
ERNST, WOLFGANG, Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts	129
SCHLECHTRIEM, PETER, Abstandnahme vom Vertrag	159
MEDICUS, DIETER, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung	179
KOZIOL, HELMUT, Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Schadensrecht	195
KIENINGER, EVA-MARIA, Europäisches Vertragsrecht in der Lehre – Bericht über die Podiumsdiskussion	215
Materialien:	
The Principles of European Contract Law	219
Grundregeln der internationalen Handelsverträge (»UNIDROIT-Prinzipien«)	251
Verzeichnis der Mitarbeiter	282

Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht

– Einführung –

Von JÜRGEN BASEDOW, Hamburg

Am 22. und 23. Januar 1999 fand im Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ein Symposium zum Thema »Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht« statt. Sein Gegenstand waren nicht die Richtlinien und Verordnungen der Europäischen Gemeinschaft, die ihre Gesetzgebung seit ca. 1985 immer weiter in den Bereich des Vertragsrechts erstreckt hat¹. Daß diese Vorschriften des Gemeinschaftsrechts verbindlich sind und Beachtung verlangen können, wird von niemandem in Abrede gestellt, ebensowenig aber auch ihr punktueller Zuschnitt, der sich schlecht verträgt mit den umfassenden Konzeptionen der Privatrechtsordnungen der Mitgliedstaaten.

Die Vermehrung der gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakte, ihr pointillistischer Charakter und ihre Inkohärenz haben in den letzten Jahren das Interesse an einem ganz anderen Typus der Rechtsvereinheitlichung in Europa wachsen lassen: Nach dem Vorbild des American Law Institute² haben sich Gruppen von Sachverständigen aus verschiedenen Mitgliedstaaten zusammengefunden, um – den Restatements vergleichbar – allgemeine Grundsätze für einzelne Gebiete des Privatrechts auszuarbeiten. Wegweisend für dieses Modell war die Arbeit der Kommission für Europäisches Vertragsrecht, der sog.

¹ Summarischer Überblick bei *Basedow*, *The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and its Components*: *Legal Studies* 18 (1998) 121–145 (132f.) = *Europarättslig Tidskrift* 2 (1999) 44–71 (57f.).

² Zu den Restatements siehe näher *Gray*, *E pluribus unum?*, *A Bicentennial Report on Unification of Law in the United States*: *RabelsZ* 50 (1986) 111–165 (119f.); *Reimann*, *Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit – können die USA als Vorbild dienen?*, in: *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, hrsg. von *Zimmermann* (1995) 132–155 (142f.).

Lando-Kommission, der von deutscher Seite von Beginn an Ulrich Drobnig und über einige Jahre als Sekretär Oliver Remien angehört haben. Sie nahm ihre Beratungen 1980 auf und legte 1994 einen ersten Komplex von allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts vor, der den Fragen der Leistungspflicht, der nicht vertragsgemäßen Erfüllung und der Rechtsbehelfe gewidmet ist³. Inzwischen sind die Arbeiten der Lando-Kommission weiter fortgeschritten und haben zur Verabschiedung von allgemeinen Grundsätzen über den Vertragsschluß, die Stellvertretung und die Gültigkeit von Verträgen geführt; diese European Principles (EP) sind im Anhang auf S. 219 abgedruckt.

Ungefähr zeitgleich mit der Lando-Kommission schloß auch eine Arbeitsgruppe des Internationalen Instituts zur Vereinheitlichung des Privatrechts in Rom (UNIDROIT) ihre Arbeiten an den »Grundregeln der internationalen Handelsverträge«, den sog. UNIDROIT-Prinzipien (UP) ab; auch sie sind im Anhang abgedruckt, vgl. S. 251⁴. Die UNIDROIT-Prinzipien sind im Gegensatz zu den europäischen Grundsätzen nach ihrem Anspruch nicht auf Europa beschränkt, sind also insofern weiter; in sachlicher Hinsicht bleibt ihr Anwendungsanspruch aber hinter den europäischen Grundsätzen zurück, beziehen sie sich doch ausschließlich auf Handelsverträge, und dies auch nur bei internationalen Transaktionen. Das Ziel beider Kommissionen ging dahin, gemeinsame Überzeugungen von der Ausgestaltung des Privatrechts bewußt zu machen und sie in einer operationalen Form der Rechtsanwendung in Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur Verfügung zu stellen.

Im Mittelpunkt des Hamburger Symposiums stand die Frage, wie sich diese vielfach deckungsgleichen Grundsätze zu den Regeln des deutschen Vertragsrechts verhalten. Die Frage ist insofern neu, als weder die UNIDROIT-Prinzipien noch die europäischen Prinzipien Rechtsgeltung und einen irgendwie gearteten normativen Vorrang für sich beanspruchen können. Es handelt sich bei beiden Regelwerken um rechtsvergleichende Bestandsaufnahmen, die von Wissenschaftlergruppen ohne Gesetzgebungsmandat ausgearbeitet wurden. Dennoch spricht viel dafür, daß die Restatements durch ihre bloße Existenz, ihre rechtsvergleichende Genese, die Kompetenz ihrer Urheber und durch die Faktizität ihrer gesetzestähnlichen Formulierung künftig auch in der Judikatur Beachtung finden werden. Dies liegt für die Rechtsprechung der europäischen Gerichte sogar besonders nahe, wenn es darum geht, Fragmente des gemeinschaftlichen Privatrechts, wie sie in den vielen EG-Rechtsakten enthalten sind, mit einem übergreifenden Sinn zu erfüllen. Wer die vielen Richtlinien und Verordnungen der Gemeinschaft nicht nur für Ergebnisse isolierter Gesetzgebungskampagnen hält, sondern darin auch Bau-

³ Die Grundsätze sind zusammen mit Comments und rechtsvergleichenden Notes abgedruckt in: *Principles of European Contract Law*, hrsg. von *Lando/Beale* (1995).

⁴ Die UNIDROIT-Principles sind mit comments abgedruckt in: UNIDROIT, *Principles of international commercial contract* (1994) (ISBN 88-86449-00-3).

steine eines gemeineuropäischen Privatrechtssystems sieht, der wird ihre sinnstiftende Verbindung für eine wünschenswerte Entwicklung halten. Sie kann zu einer allmählichen Angleichung des Gerichtsgebrauchs in den Mitgliedstaaten und *à la longue* auch der nationalen Vertragsrechtssysteme führen, wie sie im Interesse eines funktionierenden europäischen Binnenmarkts unverzichtbar ist.

Freilich ergeben sich im Laufe einer solchen Entwicklung unausweichlich Reibungen mit den bestehenden nationalen Zivilrechtssystemen. Sie im Hinblick auf das deutsche Recht zu untersuchen, war Zweck der Hamburger Tagung. Sie diente zum einen dazu, Übereinstimmungen und Divergenzen zwischen den erwähnten Regelwerken und den Vorschriften des deutschen Vertragsrechts herauszuarbeiten. Zum anderen ging es aber auch um deren Bewertung, nämlich um die Frage, in welchem Umfang Reibungen mit dem deutschen Recht unausweichlich sind oder durch konstruktive Veränderungen im deutschen Vertragsrecht vermindert werden können. Dies ist gleichsam der rote Faden, der sich durch die im folgenden abgedruckten Referate zieht, die nacheinander einzelne Teilaspekte des Vertragsrechts behandeln. Die Berücksichtigung der Regelwerke wirft dabei an allen Stellen des Vertragsrechtssystems die Frage nach ihrer dogmatischen Verortung, also nach ihrem rechtstheoretischen Stellenwert auf. Diese Frage ist daher gleichsam vor die Klammer gezogen und wird übergreifend im ersten Beitrag erörtert.

Mit dem Symposium und der Veröffentlichung seiner Beiträge soll der Dialog zwischen dem deutschen Vertragsrecht und dem in Entstehung begriffenen europäischen Vertragsrecht eröffnet, soll das Gespräch zwischen der dogmatischen Zivilrechtswissenschaft und der Rechtsvergleichung wiederbelebt werden. Es ging nicht darum, die Reihe der internationalen Tagungen zu dem Thema der Restatements um einen weiteren Gedankenaustausch unter Experten der Rechtsvergleichung zu erweitern. Vielmehr soll der deutschen Zivilrechtswissenschaft und Lehre vom bürgerlichen Recht ein Zeichen gegeben werden, daß der Zeitpunkt gekommen ist, die europäischen Entwicklungen zu reflektieren und sie auch in Lehre und Lehrbüchern an die Studierenden zu vermitteln. Dahinter steht das wachsende Bewußtsein, daß die Kenntnis des nationalen Zivilrechts, und mag sie noch so gründlich und vertieft sein, der nächsten Juristengeneration nicht genügen wird, wenn sie die Probleme des Zivilrechtsverkehrs in einer sich europäisch öffnenden Gesellschaft verstehen und bewältigen will. Die Podiumsdiskussion über »Das europäische Privatrecht in der Lehre« hat die angestrebte Langzeitwirkung des Symposiums auf den juristischen Nachwuchs nachdrücklich unterstrichen. Sie fand wie die ganze Tagung ein sehr lebhaftes Echo, das darauf hinweist, welch breites Bedürfnis besteht für den Dialog zwischen Zivilrechtsdogmatik und Rechtsvergleichung über die Öffnung des nationalen Privatrechtssystems.

Die Stellung der »UNIDROIT Principles« und der »Principles of European Contract Law« im System der Rechtsquellen

Von CLAUS-WILHELM CANARIS, München*

Inhaltsübersicht

I. Ein Einführungsbeispiel: Die UNIDROIT Principles als Maßstab für die Feststellung der Lückenhaftigkeit des deutschen Rechts der Willensmängel?	6
II. Einordnung der UNIDROIT Principles und der European Principles in das System der Rechtsquellen	8
1. Begriffliche Klärungen und theoretische Grundlagen	8
a) Die Unterscheidung von Rechtsgeltungs-, Rechtserkenntnis- und Rechtsgewinnungsquelle	8
b) Die Unterscheidung zwischen einem positivistischen und einem nicht-positivistischen Rechtsbegriff	10
c) Beschränkung der Thematik unter dem Gesichtspunkt der innerstaatlichen Anwendbarkeit der UNIDROIT Principles und der European Principles	12
2. Allgemeine Folgerungen für die rechtsquellentheoretische Qualifikation der UNIDROIT Principles und der European Principles	13
a) Das Fehlen der Qualität als Rechtsgeltungsquelle	13

* Abgekürzt werden zitiert: Bonell, Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für internationale Handelsverträge: RabelsZ 56 (1992) 274–289; ders., An International Restatement of Contract Law – The UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts² (1997) (zitiert: Restatement); F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991); Drobnig, Ein Vertragsrecht für Europa, in: FS Steindorff (1990) 1143–1154; Grundmann, Law merchant als lex lata Communitatis – insbesondere die Unidroit-Principles, in: FS Rolland (1999) 145–158; Lando, The Principles of European Contract Law, An Alternative or a Precursor of European Legislation?: Am. J. Comp. L. 40 (1992) 573–585; Michaels, Privatautonomie und Privatkodifikation – Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien: RabelsZ 62 (1998) 580–626; The Principles of European Contract Law, hrsg. von Lando/Beale, I: Performance, Non-Performance and Remedies (1995) (zitiert: Lando/Beale); Stoll, Rechtliche Inhaltskontrolle bei internationalen Handelsgeschäften, in: FS Kegel (1987) 623–662; Wichard, Die Anwendung der UNIDROIT-Prinzipien für internationale Handelsverträge durch Schiedsgerichte und staatliche Gerichte: RabelsZ 60 (1996) 269–302.

b) Die Tauglichkeit als Rechtserkenntnisquelle und ihre Grenzen	15
c) Die Möglichkeit der Qualifikation als Rechtsgewinnungsquelle	16
III. Konsequenzen für die praktische Anwendbarkeit der UNIDROIT Principles und der European Principles	17
1. Die Anwendung kraft Vereinbarung der Parteien	17
a) Die Rechtslage vor staatlichen Gerichten	18
b) Die Rechtslage vor Schiedsgerichten	19
c) Die Problematik einer Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes	21
d) Die Vereinbarung der Geltung »allgemeiner Rechtsgrundsätze« oder der »lex mercatoria« für den Vertrag	27
2. Einflüsse auf die Auslegung und Fortbildung des objektiven Rechts	27
a) Einflüsse auf internationales Einheitsrecht	28
b) Einflüsse auf rein nationales Recht	29

I. Ein Einführungsbeispiel: Die UNIDROIT Principles als Maßstab für die Feststellung der Lückenhaftigkeit des deutschen Rechts der Willensmängel?

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat unlängst seine Rechtsprechung, nach der die Rückgängigmachung eines Vertrages wegen culpa in contrahendo verlangt werden kann, in einem wesentlichen Punkt geändert, indem er diese unter die einschränkende Voraussetzung gestellt hat, daß der Verletzte einen Vermögensschaden erlitten haben müsse¹. Dadurch wollte der BGH vor allem der im Schrifttum geäußerten Kritik Rechnung tragen, durch die Anerkennung eines Anspruchs aus culpa in contrahendo auf Vertragsaufhebung würden Voraussetzungen und Grenzen der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB unterlaufen² und insbesondere das in dieser Vorschrift statuierte Vorsatzerfordernis im praktischen Ergebnis durch bloße Fahrlässigkeit ersetzt. Die Entscheidung hat mancherlei Kritik erfahren³. Für die Thematik meines Vortrags von Interesse sind die Ausführungen von *Wiedemann*. Er meint, die vom BGH vorgenommene Korrektur sei methodologisch nicht erforderlich, und führt zur Begründung aus: »Die Lückenhaftigkeit und damit die Ergänzungsfähigkeit der im BGB enthaltenen Vorschriften [sc.: über Willensmängel] läßt sich mit dem Stand des inländischen wie des internationalen Vertragsrechts belegen. . . . Will man sich ein Bild davon verschaffen, wie ein moderner Gesetzgeber in Kenntnis der vorhandenen Probleme das Anfechtungsrecht

¹ BGH 26.9. 1997, NJW 1998, 302 = JZ 1998, 1173 mit Anm. *Wiedemann*.

² Grundlegend *Medicus*, Grenzen der Haftung für culpa in contrahendo: JuS 1965, 209ff. (211ff.).

³ Vgl. *Medicus*, Anm. zu BGH LM Nr. 113 zu § 249 (A) BGB unter 2 b; *St. Lorenz*, Vertragsaufhebung wegen culpa in contrahendo – Schutz der Entscheidungsfreiheit oder des Vermögens?: ZIP 1998, 1053ff. (1055f.); *Grigoleit*, Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung: NJW 1999, 900ff. (901f.).

ausgestalten könnte, so lassen sich die Artt. 3.4–3.17 der UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UP) von 1994 heranziehen, die den Anforderungen an eine faire Verhandlungsführung unter Kaufleuten Rechnung tragen. Dort ist unter anderem in Art. 3.10 die Anfechtung wegen unbilliger Übervorteilung geregelt, in Art. 3.13 der Gedanke der geltungserhaltenden Reduktion aufgenommen sowie in Art. 3.7 das Verhältnis zu den Rechtsbehelfen wegen Nichterfüllung und in Art. 3.18 das Verhältnis zur culpa in contrahendo berücksichtigt. Damit läßt sich der Nachweis der Lückenhaftigkeit der Regelung im BGB leicht führen⁴.

Die UP⁵ scheinen also rechtsquellentheoretisch rasch Karriere zu machen, sollen sie doch schon jetzt dazu dienen, »Lücken« im BGB festzustellen und damit eine Legitimationsbasis für deren Ausfüllung durch die Rechtsprechung zu liefern. Aber ist das wirklich so »leicht«, wie *Wiedemann* behauptet? Nach verbreiteter Ansicht beurteilt sich die Frage, ob eine »Lücke« im Gesetz vorliegt, »vom Standpunkt des Gesetzes selbst, der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht, der mit ihm verfolgten Zwecke, des gesetzgeberischen ›Plans‹«⁶. Danach kommen die UP von vornherein nicht als Mittel zur Lückenfeststellung in Betracht, da sie zweifellos nicht Teil des deutschen Gesetzesrechts sind. Nach meiner eigenen Ansicht ist der Maßstab für die Feststellung einer Lücke allerdings weiter und beschränkt sich nicht auf den Plan des Gesetzes, sondern wird von der »gesamten geltenden Rechtsordnung« gebildet⁷. Gehören also die UP als solche zur deutschen Rechtsordnung? Das zu behaupten, wäre zumindest äußerst kühn, sind diese Grundsätze doch von Privatpersonen verfaßt worden, ohne daß diese dazu einen Auftrag von einem Organ der Bundesrepublik Deutschland oder auch nur von einer inter- oder übernationalen Organisation von Staaten erhalten hatten. Anders mag sich die Problematik der Rechtsfortbildung insoweit freilich darstellen, wenn man die Zulassung eines Anspruchs auf Vertragsaufhebung aus culpa in contrahendo mit einer Derogation des in § 123 BGB enthaltenen Vorsatzerfordernisses begründet und sich dafür auf objektiv-teleologische Gesichtspunkte stützt⁸; daß man als Beleg für letztere u. a. auch die UP heranziehen könnte, erscheint immerhin nicht von vornherein als ausgeschlossen. Wie dem auch sei – die Ansicht *Wiedemanns* belegt jedenfalls auf das trefflichste die Aktualität und Klärungsbedürftigkeit der Frage nach dem Rechtsquellencharakter der UP und der EP. Demgemäß werde ich auf sie gegen Ende meines Vortrags noch einmal zurückkommen⁹.

⁴ *Wiedemann* (oben N. 1) 1176f.

⁵ Die UNIDROIT Principles werden im folgenden als UP und die Principles of European Contract Law als EP abgekürzt.

⁶ So *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 373.

⁷ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) 35ff. (39) und *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995) 246ff.; ähnlich *Bydlinski* 473.

⁸ So *Grigoleit*, Vorvertragliche Informationshaftung (1997) 50ff. (71ff., 80).

⁹ Vgl. unten III 2 b (1).

II. Einordnung der UNIDROIT Principles und der European Principles in das System der Rechtsquellen

1. Begriffliche Klärungen und theoretische Grundlagen

Bevor ich mich meiner eigentlichen Themenstellung des näheren zuwende, sind vorab einige begriffliche und theoretische Klärungen vorzunehmen. Diese können allerdings angesichts der außerordentlichen Komplexität und Schwierigkeit der Thematik nur skizzen- und bruchstückhaften Charakter haben.

a) Die Unterscheidung von Rechtsgeltungs-, Rechtserkenntnis- und Rechtsgewinnungsquelle

(1) Der Begriff der Rechtsquelle ist mehrdeutig und wird in der Tat in unterschiedlichem Sinne gebraucht. Vor allem bei der Diskussion über den Rechtsquellencharakter des sogenannten Richterrechts hat es sich eingebürgert, zwischen Rechtsgeltungs- und Rechtserkenntnisquelle zu unterscheiden. Nach herkömmlicher Ansicht stellen Gerichtsentscheidungen nur eine *Rechtserkenntnisquelle* dar¹⁰. Das bedeutet, daß aus ihnen lediglich zu entnehmen ist, was rein *faktisch* als Recht praktiziert *wird*, nicht dagegen, was *richtigerweise* praktiziert werden *sollte*¹¹. Bei dieser Qualifikation stehen Gerichtsurteile insoweit grundsätzlich auf einer Stufe mit Äußerungen der Rechtswissenschaft über den Inhalt des geltenden Rechts, mag auch der Erkenntniswert der letzteren u.U. schwächer sein. Die Sichtweise ist hier also nicht eine normative, sondern eine rein tatsächliche, der zugrunde gelegte Geltungsbegriff nicht ein spezifisch juristischer, sondern ein soziologischer¹².

Qualifiziert man Gerichtsurteile dagegen als *Rechtsgeltungsquelle* – wenn auch nur als subsidiäre¹³ –, so bedeutet das, daß man diesen grundsätzlich *Verbindlichkeit* zuerkennt, d.h. daß sie den Rechtsunterworfenen und den Rechtsanwender auf der Ebene des rechtlichen Sollens (unter bestimmten Voraussetzungen) binden und also Befolgung beanspruchen. Die Sichtweise

¹⁰ Repräsentativ Larenz (oben N.6) 430ff., und ders., Über die Bindungswirkung von Präjudizien, in: FS Schima (1969) 247ff. (262); kritisch zu diesem Sprachgebrauch U. Neumann, Positivistische Rechtsquellentheorie und naturrechtliche Methode, Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation: ARSP Beiheft 37 (1990) 141ff. (148).

¹¹ Bei dieser Sichtweise entfällt der Einwand von U. Neumann (vorige Note) 148, der Begriff der Rechtserkenntnisquelle stelle ein »hybrides Gebilde« dar, mit dessen Hilfe »normativ bedeutsame Gesichtspunkte, die auf der Basis eines positivistischen Rechtsbegriffs der Rechtsordnung nicht zu inkorporieren sind, an das positive Recht rückgebunden werden sollen«.

¹² Vgl. zur Unterscheidung dieser Geltungsbegriffe z.B. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts (1992) 139ff., 142ff.; Röhl, Allgemeine Rechtslehre (1994) 298ff.

¹³ So z.B. Bydlinski 501ff.; ihm folgend Larenz/Canaris (oben N.7) 256f.

ist hier demnach normativ, der Geltungsbegriff spezifisch juristisch. Meistens wird der Begriff der Rechtsquelle in diesem Sinne, also im Sinne von Rechtsgeltungsquelle gebraucht¹⁴, doch wird das oft nicht klargestellt, wodurch mancherlei Verwirrung entsteht. Die juristisch-normative Geltung kann man geradezu als die »spezifische Seinsweise« des Rechts bezeichnen, wenn man den Begriff des Rechts in einem engen, d.h. das sogenannte soft law ausschließenden Sinn versteht. Diese Kategorie ist m.E. letztlich nicht »hintergebar«, d.h. weder deduktiv ableitbar noch genau erklärbar; wir setzen sie immer schon voraus, wenn wir Recht (i.e.S.) denken.

(2) Die wichtigste Rechtsgeltungsquelle ist nach deutschem Recht selbstverständlich das Gesetz. Nun kann man bekanntlich rechtliche Entscheidungen nicht allein durch Subsumtion unter dessen Normen, sondern häufig nur in einem – oft sehr komplizierten – Argumentationsprozeß gewinnen. Vor allem von Anhängern der Diskurs- und der Argumentationstheorie wird daher mitunter ein außerordentlich weiter Begriff der Rechtsquelle zugrunde gelegt, wonach darunter alles zu verstehen ist, worauf man sich zur Begründung einer rechtlichen Entscheidung berufen kann¹⁵. Diese Terminologie halte ich nicht für zweckmäßig. So würden dadurch z.B. die Entstehungsgeschichte und das System des Gesetzes, auf die man sich ja anerkanntermaßen zur Begründung juristischer Entscheidungen berufen kann, rechtsquellen-theoretisch auf eine Stufe mit dem Gesetz selbst gestellt. Dadurch wird der Unterschied zwischen Rechtsgeltungsquellen und anderen Faktoren, die im Rahmen der Rechtsgewinnung eine Rolle spielen, aber als solche keine normative Verbindlichkeit aufweisen, in überaus bedenklicher Weise verdunkelt oder gar verwischt. Ich schlage daher vor, solche Faktoren lediglich als Rechtsgewinnungsquelle zu bezeichnen und dadurch sowohl von der Rechtsgeltungs- als auch von der Rechtserkenntnisquelle zu unterscheiden.

Sie völlig aus der Rechtsquellenlehre zu verbannen, erschiene mir dagegen nicht sinnvoll. Zum einen umfaßt nämlich das Bild der Rechtsquelle nach seinem Sprachsinne auch den Vorgang der Gewinnung von Recht, da sich auch dabei die Frage nach einem »Ursprung« stellt, aus dem dieses »entspringt«; und zum anderen liegt hier insofern ein gemeinsames Sachproblem vor, als keineswegs beliebige Faktoren zur Begründung von juristischen Entscheidungen herangezogen und also zum Zwecke der Rechtsgewinnung verwendet werden dürfen, so daß die Prüfung ihres Rechtsquellencharakters eine Abgrenzungsfunktion von zentraler Bedeutung erfüllt. Das zeigt sich bei der vorliegenden Problematik sogar mit besonderer Deutlichkeit. Denn von wesentlichem praktischem wie dogmatischem Interesse ist ja in der Tat, ob

¹⁴ Repräsentativ etwa A. Kaufmann, Rechtsphilosophie² (1997) 101f.

¹⁵ Vgl. vor allem Peczenik, Grundlagen der juristischen Argumentation (1983) 59; siehe dazu auch U. Neumann (oben N. 10) 142, und ders., Wandlungen der Rechtsquellentheorie in der neueren Rechtstheorie, in: Rechtsentstehung und Rechtskultur, FS Scholler (1991) 83ff. (88).

und gegebenenfalls auf welche Weise die UP und die EP im Rahmen der Rechtsfindung und Rechtsfortbildung de lege lata berücksichtigt werden können.

b) Die Unterscheidung zwischen einem positivistischen und einem nicht-positivistischen Rechtsbegriff

Einer Antwort auf diese Frage kann man nur näher kommen, wenn man sich Rechenschaft darüber ablegt, ob man von einem streng positivistischen oder einem – zumindest partiell – nicht-positivistischen Rechtsbegriff ausgeht. Anerkennt man nämlich als Rechtsgeltungs- und als Rechtsgewinnungsquelle mit der traditionellen eng-positivistischen Ansicht nur Gesetz und Gewohnheitsrecht, so liegt es auf der Hand, daß sich in diesem System von vornherein kein Platz für Regelwerke wie die UP und die EP findet. Indessen ist ein solcher eng-positivistischer Rechtsbegriff überaus unbefriedigend – und zwar vor allem aus zwei Gründen: einem empirischen und einem verfassungsrechtlichen.

(1) Zunächst spricht gegen ihn, daß er in klarem Widerspruch zur – nahezu alltäglichen – Praxis der Rechtsanwender – seien es Richter oder seien es Wissenschaftler – und zu ihrem damit verbundenen Selbstverständnis steht. Es gibt nämlich zweifellos zahlreiche Fälle, in denen der Rechtsanwender zwar nicht mehr eine auf das Gesetz gestützte Lösung für eine bestimmte Rechtsfrage geben kann, in denen er aber andererseits keineswegs sofort zu einer reinen Eigenwertung oder zur freien Rechtssetzung nach Maßgabe seines bloßen Ermessens übergeht – wie das ein enger Positivismus annehmen muß –, sondern sich durchaus noch um eine spezifisch *rechtliche* Begründung seiner Entscheidung bemüht und eine solche oft auch findet. Man nennt das meistens das »Prinzipienargument«¹⁶ oder mitunter auch das »methodologische Argument«¹⁷ gegen den (engen) Positivismus. *Wieacker* hat hierzu schon vor Jahrzehnten das plastische Schlagwort von der »außergesetzlichen Rechtsordnung« geliefert¹⁸ (ohne damit freilich ein rechtsquellentheoretisch oder methodologisch ausgearbeitetes Konzept zu verbinden). Ähnlich spricht *Larenz* von der »Rechtsfortbildung über den Plan des Gesetzes hinaus«¹⁹.

In der Tat pflegen wir nicht nur zahlreiche Argumente zu verwenden, die nicht gesetzlicher Herkunft, gleichwohl aber rechtlicher Natur sind, sondern kennen auch eine Reihe von – z. T. hochkomplexen – Rechtsinstituten, die

¹⁶ So z.B. *Alexy* (oben N. 12) 117ff.; *Dreier*, Der Begriff des Rechts: NJW 1986, 800ff. (802f.); grundlegend *Dworkin*, Taking Rights Seriously (1977) 22ff., 39ff. = Bürgerrechte ernstgenommen (deutsche Übersetzung 1984) 54ff., 81ff.

¹⁷ So *Bydlinski* 289ff.; vgl. auch *ders.*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988) 26ff.

¹⁸ *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung (1957); siehe dazu vertiefend *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (1992) 69ff.

¹⁹ Vgl. *Larenz/Canaris* (oben N. 7) 232ff.