

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 nötigt. 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.«<sup>1</sup>

## 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«<sup>2</sup> im Privatrecht – als erledigt anzusehen. Die Privatrechtstheorie der Gegenwart scheint zu einer allgemein konsensfähigen juristischen Methodenlehre geworden zu sein.<sup>3</sup> An die Stelle der Interessenjurisprudenz ist unter bereits terminologischer Aufgabe ihres den klassischen Systemgedanken immerhin potentiell in Frage stellenden Anspruchs die Wertungsjurisprudenz getre-

---

<sup>1</sup> *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 10.

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

<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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«<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Dabei handelt es sich um die Antinomien zwischen einer individualistisch-freiheitlichen und einer kollektivistisch-materialen Privatrechtsethik, 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,<sup>10</sup> beruht die vorliegende Untersuchung auf dem

---

<sup>8</sup> *Bydlinski*, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: Wieacker-Symposion, 1990, S. 199. Dabei handelt es sich um die zentrale Frage der deutschen Generalklauseldebatte. 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.; *Obly*, 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.

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

<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> 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 Generalklauseldebate 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 Generalklauseldebate zu erhellen.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> Seitdem entwickelte sich auf der Grundlage von § 138 Abs. 1 BGB eine in vielfacher

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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,<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> Allerdings zeigen gerade die seitdem ergangenen Urteile eine erhebliche und nicht unproblematische Tendenz zur weiteren Ausweitung dieser Rechtsprechung,<sup>6</sup> die damit voraussichtlich noch lange im Fluß bleiben wird.<sup>7</sup>

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 Verantwortungsethik<sup>8</sup>, anderer-

---

<sup>4</sup> 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.; *Drexel*, 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.

<sup>5</sup> Grund war eine Änderung der gerichtlichen 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> 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.

---

<sup>9</sup> 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.<sup>1</sup>

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.<sup>2</sup> 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-

---

<sup>1</sup> 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.«

<sup>2</sup> 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.

# 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/materiales 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-/Teilnehmersperspektive 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.
- Generalklauseldebatten, -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
- Gerechtheit, -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 ff., 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
- Richterfreiheit 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, 144f., 151, 161, 171f., 178, 198, 207
- Rechtsbegriffe 104, 108, 119, 128, 130f., 137, 151, 161, 178
  - und Generalklauseln 61ff., 127f., 130ff., 134, 136f., 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. Wettbewerb
- 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, 75f., 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