

Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 9

„Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur

Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln

Von

Clausdieter Schott



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**CLAUSDIETER SCHOTT**

**„Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur**

# Schriften zur Rechtsgeschichte

Heft 9

# „Rechtsgrundsätze“ und Gesetzeskorrektur

Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln

Von

Claudieter Schott



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten  
© 1975 Duncker & Humblot, Berlin 41  
Gedruckt 1975 bei Buchdruckerei Richard Schröter, Berlin 61  
Printed in Germany  
ISBN 3 428 03331 0

*Für Claudia*



## Vorwort

Die vorliegende Studie wurde angeregt durch einen Fund im Archiv der Universität Freiburg i. Br. anlässlich meiner Untersuchung zur Spruch- und Gutachtertätigkeit der Freiburger Juristenfakultät. Aus der Beschäftigung mit dem Kollegialvotum vom Jahre 1797 zum Entwurf des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs ergab sich über den lokalhistorischen Ansatz hinaus notwendig eine Hinwendung zur österreichischen Gesetzgebungsgeschichte, was wiederum zu einer Einordnung in den weiteren Rahmen der deutschen und europäischen Rechtsgeschichte führen mußte. Die mit der Kodifikationsidee wieder aufgenommene Diskussion um das Verhältnis von Gesetzesbindung und Richterfunktion setzte tiefere Traditionen des europäischen Rechtsdenkens fort, so daß deren skizzenhafte Nachzeichnung unerlässlich erschien. Andererseits konnte auch in einer Untersuchung aus dem Bereich der neuzeitlichen Privatrechtsgeschichte kaum auf den Gegenwartsbezug verzichtet werden. Die vergleichende Bearbeitung des hier angesprochenen Aspekts gesetzlicher Rechtsfindungsregeln ließ es bei der Darstellung erforderlich erscheinen, die einschlägigen Texte, wenn auch in gebotener Beschränkung, wörtlich wiederzugeben, zumal diese im einzelnen oft schwer greifbar sind.

Schließlich darf ich noch Herrn Dr. Johannes Broermann danken für die Aufnahme in die „Schriften zur Rechtsgeschichte“.

Freiburg i. Br.

*Clausdieter Schott*





## Inhaltsverzeichnis

I. Spruchregeln als Generalklauseln .....	11
II. Das Freiburger Votum .....	16
III. Die Verfasser des Votums .....	20
IV. Die richterliche Bindung in der österreichischen Gesetzesgeschichte	26
V. Bayern .....	33
VI. Preußen .....	36
VII. Hannover .....	46
VIII. Frankreich .....	49
IX. Baden .....	56
X. Billigkeit und Interpretation .....	59
XI. Reformen des Absolutismus .....	74
XII. Früh-rechtsstaatliche Bestrebungen .....	81
XIII. Wissenschaft und Kodifikation .....	86
XIV. Wandlungen im Verständnis der „Grundsätze“ .....	97
Personenverzeichnis .....	109

## Abkürzungen

ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AGB	= Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten
AGO	= Allgemeine Gerichtsordnung
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AÖR	= Archiv des öffentlichen Rechts
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	= Codex Justinianus
D.	= Digesta Justiniani
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
EBL	= Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, in: ÖJZ
GIUNF	= Zivilrechtliche Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, hrsg. v. Glaser, Unger u. a. Neue Folge
GrünhutsZtschr.	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HRG	= Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
JBl.	= Juristische Blätter
JZ	= Juristenzeitung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nov.	= Novellae Justiniani
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung
OGH	= (Österreichischer) Oberster Gerichtshof
RabelsZ	= Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ZGB	= Zivilgesetzbuch
ZRG	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung, Romanistische Abteilung, Kanonistische Abteilung

## I. Spruchregeln als Generalklauseln

Die grundsätzliche und eingängige Funktionsabgrenzung zwischen gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt hat sich niemals als problemlos erwiesen. Nach einer Zeit verbreiteter Gutgläubigkeit haben die unter der Bezeichnung „Interessenjurisprudenz“ zusammenlaufenden Strömungen<sup>1</sup>, aber auch die engagiert streitende, in sich jedoch disparate sog. „Freirechtslehre“<sup>2</sup> die Polarität von Gesetzesbindung und Richterfreiheit wieder bewußter gemacht. Das damit stärker gewordene Interesse am richterlichen Entscheidungsvorgang hat zu vermehrter Beschäftigung mit methodologischen Fragestellungen geführt<sup>3</sup>. Darüber hinaus ist die reale Richterpersönlichkeit als Individuum und als Mitglied eines Entscheidungskollegiums, aber auch der Berufsstand insgesamt in das Blickfeld wissenschaftlicher Aufmerksamkeit gerückt. Soziologie<sup>4</sup> und Psychologie<sup>5</sup> haben hier inzwischen ihre

---

<sup>1</sup> Vgl. *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., 1967, S. 574 ff.; *Wilfried Kallfass*, *Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz*, 1972, mit einschlägigem Schrifttumsverzeichnis; *Karl Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969, S. 126 ff.; *O. A. Germann*, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2. Aufl., 1967, S. 80 ff., 159 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Wieacker*, S. 579 ff.; *Hans Thieme*, *Was bleibt von der Freirechtsschule?*, in: *Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa*, hrsg. v. A. Csizmadia u. K. Kovács, Budapest 1970; *Dietmar Moench*, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, 1971; *Gustav Boehmer*, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II*, 1, 1951, S. 158 ff.

<sup>3</sup> Anstöße gingen aus von *Josef Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1. Aufl. 1956 (jetzt 2. Aufl. 1964); *Theodor Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*, 1. Aufl. 1953 (jetzt 4. Aufl. 1969). Vgl. jetzt *Franz Wieacker*, *Zur Topikdiskussion in der zeitgenössischen deutschen Rechtswissenschaft*, in: *Festschrift Pan. J. Zepos*, I. Bd., 1973, S. 391 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Walther Richter*, *Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung*, 1973; *ders.*, *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, 1968; *ders.*, *Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik*, in: *Hamburger Jb. f. Wirtsch.- u. Gesellschaftspolitik* 5 (1960) S. 241 ff.; *Ralf Dahrendorf*, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland*, 1966, S. 260 ff.; *ders.*, *Zur Soziologie des Richters*, in: *DRiZ* 1965, S. 5 ff.; *ders.*, *Deutsche Richter*, in: *Gesellschaft und Freiheit*, 1962, S. 176 ff. (zuvor in: *Hb. Jb. f. W. u. Ges.pol.* 5, S. 260 ff.); *Klaus Zwingmann*, *Zur Soziologie der Richter in der Bundesrepublik*, 1966; *Rüdiger Larutmann*, *Rolle und Entscheidung des Richters*, in: *Jb. f. Rechtssoz. u. Rechtstheorie* 1 (1970) S. 381 ff.; *Hubert Rottleuthner*, *Richterliches Handeln*, 1973.

<sup>5</sup> Vgl. *Robert Weimar*, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, 1969; *Ludwig Bendix*, *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, 1968 (Soziologische Texte 43); *Jörg Berkemann*, *Die richterliche Entscheidung in psychologischer Sicht*, in: *JZ* 1971, S. 537 ff.

Kompetenzen angemeldet und versprechen neue Einsichten in das Richterbild.

Den Verfassungen der westlichen Tradition ist die Gewaltentrennung, unabhängig von der jeweiligen Begründung, selbstverständlich<sup>6</sup>. Der Gesetzgeber schützt die Grenzziehung zwischen Legislative und Rechtsprechung, indem er die Problematik ignoriert und tabuisiert. Die Rechtsprechung, der nahezu ausschließlich die Problembewältigung überbürdet ist, hütet sich ebenfalls streng davor, das Dogma in Frage zu stellen. Selbst dort, wo sie das bisherige Gefüge aufbricht und in Abkehr vom geläufigen Normverständnis neuen Lösungen Raum gibt, wahrt sie den Schein der Gesetzestreue. Die neuere Rechtsgeschichte kennt das in seiner Weise einmalig dastehende Beispiel einer Selbstbehauptung der rechtsprechenden Gewalt gegenüber der Legislative, wobei Rechtssatz gegen Rechtssatz ausgespielt wird: Das Reichsgericht hatte seit 1923 sein streng gehütetes Nominalprinzip bei Geldschulden aufgegeben und „selbstschöpferisch“<sup>7</sup> inflationär zerfallene Geldschulden aufgewertet. Den „als wünschenswert und nötig erachteten Anhalt im positiven Rechte“<sup>8</sup> hatte es in dem in § 242 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz von „Treu und Glauben“ gesehen. Die Reichsregierung erwog darauf, dieser ihr unerwünschten Äquivalenzjudikatur durch ein Stabilitätsgesetz zu begegnen, das jede Umwertung verbieten und dem Prinzip „Mark gleich Mark“ wieder Geltung verschaffen sollte. In einer Eingabe an die Regierung verwahrte sich der Richterverein des Reichsgerichts am 8. 1. 1924 gegen einen solchen „Machtanspruch des Gesetzgebers“, eine Terminologie, die den gesetzgeberischen Akt in das Vorstellungsfeld absolutistischer Eingriffe in den geordneten Verfahrensgang rückt. Weiter stellte aber das Schreiben den Gesetzesinitiatoren den staatlichen Autoritätsverlust vor Augen, „wenn es dazu kommen müßte, daß jemand, der sich im Rechtsstreit auf die neue

<sup>6</sup> Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 7. Aufl. 1974, S. 192 ff.; Hans Peters, Geschichtl. Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, bearb. v. J. Salzwedel u. G. Erbel, 1969, S. 184 ff.; ders., Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954; Peter Schneider, Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AöR 82 (1957) S. 1 ff.; Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 253 ff.; Werner Kagi, Von der klassischen Dreiteilung zur umfassenden Gewaltenteilung, in: Festschrift für Hans Huber, 1961, S. 151 ff. Vgl. auch BGHZ 11, Anhang S. 50.

<sup>7</sup> RGZ 104, 397. Vgl. dazu die informative und kritische Darstellung bei Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, insbes. S. 64 ff. Zur Entwicklung in Österreich: Heinrich Klang, Der Oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts, in: Festschrift zur Hundertjahrfeier des österr. Obersten Gerichtshofs 1850 - 1950, 1950, S. 154 ff. In Frankreich ist der Grundsatz „le franc vaut le franc“ von den Gerichten nie durchbrochen worden. Vgl. Murad Ferid, Das französische Zivilrecht I, 1971, S. 445.

<sup>8</sup> RGZ 100, 132.

gesetzliche Vorschrift beriefe, damit von den Gerichten mit der Begründung abgewiesen würde, seine Berufung auf die Vorschrift verstoße gegen Treu und Glauben<sup>9</sup>. Bei dieser Androhung künftiger „Estoppel“-Verfahren ist bemerkenswert, daß die Richter sich auf eine Norm des positiven Rechts, nämlich § 242 BGB, berufen und damit Gesetzesgehorsam demonstrieren.

Die Gerichte betreten die Problemzone nicht über ein Infragestellen der Gewaltenteilung, sondern mit Hilfe ihrer hergebrachten Standeskunst. Dabei können sie auf ein reichhaltiges Arsenal juristischer Hermeneutik zurückgreifen, die vom schlichten Regelverstehen bis zur hierarchischen Normenbewertung reicht. Stellt der Gesetzgeber selbst Rechtsquellen- und Interpretationsregeln auf, sucht er schon in diesem Bereich zu steuern. Wenn er andererseits hier wieder Generalklauseln einfügt, so nimmt er — meist ungewollt — die möglichen Einbruchstellen der Geschichtlichkeit des Rechts wieder in das System auf. Daß generalklauselartige Rechtsfindungsregeln auch die richterliche Hemmungsschwelle senken und freirechtlich-subjektivistischen Bestrebungen den Weg ebnen, ist damit keineswegs gesagt. Solche Regeln sind nur Teil der gesamten Rechtskultur, in der sie ihren mehr oder minder hoch zu veranschlagenden Stellenwert haben. In der kontinentalen Rechtsmentalität wird darin meist weniger die Einsetzung eines „Richterkönigtums“<sup>10</sup> gesehen, als vielmehr der tunlichst zu meidende und ohne Not gar nicht erst zu betretende Zufluchtsort<sup>11</sup>.

Aus dem geltenden Recht läßt sich eine Reihe von Rechtsquellen anführen, die methodische Anweisungen und dabei Generalermächtigungen enthalten<sup>12</sup>. So nennt Art. 38 des *Statuts des Internationalen Gerichtshofs* im Haag als Erkenntnismittel des Völkerrechts die internationalen Abkommen, den internationalen Brauch, die Spruch- und Lehrautoritäten, darüber hinaus aber auch „die von den zivilisierten Staaten anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätze“<sup>13</sup>. Der vorsichtige

<sup>9</sup> DRiZ 1924, Sp. 7. Abgedruckt auch bei *Hattenhauer/Buschmann*, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, S. 308 ff.

<sup>10</sup> Zum Reizwort geworden seit der Streitschrift von *Ernst Fuchs*, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; neuaufgelegt: *Ernst Fuchs*, *Gesammelte Schriften über Freirecht und Rechtsreform*, hrsg. v. A. S. Foulkes, I, 1970. S. 109 (Ges. Schr. S. 135): „Nur Richterkönigen können wir die freie Rechtsfindung und Interessenabwägung, also die Rechtsprechung vom höheren Standpunkt wahrer Gerechtigkeit anvertrauen, die unsere niedere Begriffsjurisprudenz ablösen muß. Die dialektische Konstruktion mit ihren Interpretationskünsten für die subalterne Schreibjustiz, die freie Rechtsfindung mit ihrer Schöpferkraft für das Richterkönigtum!“

<sup>11</sup> Vgl. unten XIV.

<sup>12</sup> Zur Verwendung und Funktion „allgemeiner Rechtsgrundsätze“ vgl. *Esser*, *Grundsatz und Norm*; *Claus-Wilhelm Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 1964, S. 93 ff.

<sup>13</sup> „Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées“ — „the general principles of law recognized by civilised nations.“ Vgl. dazu