

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 102

**Die wirtschaftliche Betrachtungsweise
im Privatrecht**

**Dargestellt an den Kapitalaufbringungs-
und -erhaltungsvorschriften
im Recht der GmbH**

Von

Dr. Christian Möller



Duncker & Humblot · Berlin

CHRISTIAN MÖLLER

**Die wirtschaftliche Betrachtungsweise
im Privatrecht**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 102

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht

**Dargestellt an den Kapitalaufbringungs-
und -erhaltungsvorschriften
im Recht der GmbH**

Von

Dr. Christian Möller



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Möller, Christian:

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht : dargestellt an den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Recht der GmbH / von Christian Möller. – Berlin : Duncker und Humblot, 1997 (Schriften zum Wirtschaftsrecht ; Bd. 102)

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 1995/96

ISBN 3-428-08758-5 brosch.

D 703

Alle Rechte vorbehalten

© 1997 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: W. März, Tübingen

Druck: Werner Hildebrand, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 3-428-08758-5

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 1995/96 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Sie wurde von Herrn Prof. Dr. *Lutz Michalski* betreut, dem ich hierfür herzlich danken möchte. Weiterer Dank gilt Herrn Prof. Dr. *Volker Emmerich* für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich schließlich bei Herrn Dr. rer. pol. *Michael Pfaar* für vielfältige Gespräche und, vor allen Dingen, bei meinen Eltern für die in jeder Hinsicht gewährte Unterstützung und Förderung. Ihnen widme ich diese Arbeit.

Düsseldorf, im August 1996

Christian Möller

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht – Zielsetzung, Definition, Abgrenzung und Vorgehensweise 17

I. Die Zielsetzung dieser Arbeit	17
II. Vorläufige Definition des Begriffes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	19
III. Abgrenzung zu verwandten oder in der Bezeichnung ähnlich lautenden Gegenständen	22
1. Wirtschaftliche Bedeutung von Sachverhalten als Inhalt des Tatbe- standes einer Norm	22
2. Verwendung wirtschaftswissenschaftlicher Methoden bei der Rechts- findung	23
3. „Wirtschaftliche Betrachtungsweise“ als eine die wirtschaftliche Lage der von der Entscheidung Betroffenen beachtende Form der Rechtsan- wendung	24
4. Ökonomische Analyse des Rechts	24
5. Wirtschaftliche Betrachtungsweise als eine bestimmte Auslegung bürgerlich-rechtlicher Begriffe	25
IV. Gang der Darstellung	26

2. Kapitel

Fälle der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Recht der GmbH 27

I. Verdeckte Sacheinlagen	27
1. Problemstellung	27
2. Rechtsprechung	30
a) Reichsgericht	30
b) BGHZ 15, 52 ff.	31
c) BGHZ 28, 314 ff.	32
d) BGHZ 110, 47 ff.	33
e) BGHZ 118, 83 ff.	34

f) BGHZ 113, 336 ff.	36
g) BGHZ 122, 180 ff.	37
3. Einordnung in der Literatur	37
II. Die verdeckte Gewinnausschüttung	39
1. Problemstellung.	39
2. Rechtsprechung	40
a) RGZ 146, 84 ff.	41
b) BGHZ 31, 258 ff.	42
c) BGHZ 81, 365 ff.	43
3. Einordnung in der Literatur	44
a) Die Lehre vom Doppelgeschäft	44
b) Leistungen <i>causa societatis</i>	45
c) Einzelfallbezogene Ansätze	46
III. Kapitalersetzende Darlehen	47
1. Problemstellung	48
2. Rechtsprechung	50
a) Reichsgericht	50
aa) JW 1938, S. 862 ff.	50
bb) JW 1939, S. 355 ff.	51
b) Bundesgerichtshof	52
aa) BGHZ 31, 258 ff.	52
bb) WM 1972, S. 74 ff.	53
cc) BGHZ 105, 168 ff.	53
c) Zusammenfassung	54
3. Gesetzesbegründung	55
4. Einordnung in der Literatur	55
a) Fehlverhalten des Gesellschafter-Gläubigers	56
aa) <i>Venire contra factum proprium</i>	56
bb) Vertrauensschutz	56
cc) Konkursverschleppung	57
dd) Finanzierungsverantwortung der Gesellschafter	58
b) Wirtschaftliche Betrachtungsweise: Materieller Eigenkapitalbegriff	59

c) Verhältnis von Fehlverhaltensvorwurf und wirtschaftlicher Betrachtungsweise	60
d) Ergebnis	61
5. Wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen, § 32a Abs. 3	61

3. Kapitel

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Steuerrecht 63

I. Regelung in der Reichsabgabenordnung von 1919	63
1. Enno Beckers Entwurf zu § 4 Reichsabgabenordnung	63
a) Verselbstständigung des Steuerrechts durch Gesetzesauslegung, § 4 Satz 1 des Entwurfes	64
b) Überwindung der Verhaftung an äußeren Formen durch „Tatbestandswürdigung“, § 4 Satz 2 des Entwurfes	65
2. Endgültige Regelung in der RAO und weitere Entwicklung	66
a) Fehlen des § 4 Satz 2 in der Endfassung des Gesetzes	66
b) Entwicklung der Rechtsprechung	67
II. § 1 Abs. 3 des Steueranpassungsgesetzes von 1934	68
1. Nationalsozialistisches Verständnis der Vorschrift	68
2. Die Position des Reichsfinanzhofes	69
III. Die Zeit von 1945 bis zur Neuordnung der Abgabenordnung	70
IV. Abgabenordnung 1977	71
V. Dogmatische Einordnung der Sachverhaltsbeurteilung	72
1. Sachverhaltsbeurteilung als Teil des Rechtsanwendungsprozesses	73
2. Sachverhaltsbeurteilung als methodisch unzulässige Vorgehensweise	74
3. Bestimmte Auslegung der Steuergesetze	75
VI. Bedeutung der steuerrechtlichen Diskussion für die weitere Untersuchung	76
1. Fehlende Kodifizierung	76
2. Rechtsstaatliche Erwägungen	76
3. Analogieverbot im Steuerrecht	77
4. Eigenständigkeit des Steuerrechts	77

4. Kapitel

**Die Behandlung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise
im Schrifttum außerhalb des Steuerrechts** 79

I. Gesellschaftsrechtliches Schrifttum		80
II. Zivilrechtliches Schrifttum		81
1. Rittner		81
2. Häsemeyer		82
3. Pawlowski		82
4. Jahr		83
5. Leenen		84
6. Ballerstedt/Mestmäcker		84
7. Raisch/K. Schmidt		84
8. Torggler		85
III. Kartellrecht		85
1. Ulmer		86
2. Teichmann		86
IV. Strafrecht		87
1. Bruns		87
2. Cadus		88
3. Otto		88
V. Zusammenfassung		88

5. Kapitel

**Eigener Ansatz für die methodologische Einordnung
der wirtschaftlichen Betrachtungsweise** 90

I. Sachverhaltsbeurteilung		90
1. Die „Brille“ der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der Rechtsprechung		91
a) Das Problem		91
b) Die Lösung nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise in ihrer herkömmlichen Form		91
2. Semantische Bedeutung des Ausdrucks „wirtschaftliche Betrachtungsweise“		93

Inhaltsverzeichnis	13
3. Elemente zwischen Norm und Sachverhalt?	93
a) Der Justizsyllogismus	94
b) Engischs Bild vom „Hin- und Herwandern des Blickes“	96
aa) Die Bildung des Sachverhaltes	97
bb) Subsumtion als Annäherung des Lebenssachverhaltes an die Norm	98
c) A. Kaufmanns These von der Rechtsfindung als einer Assimilation von Lebenssachverhalt und Norm	99
d) Unergiebigkeit der neueren rechtsmethodischen Diskussion	101
e) Zwischenergebnis	102
4. Verfassungswidrigkeit einer sachverhaltsbeurteilenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise?	102
5. Ungeeignetheit einer sachverhaltsbeurteilenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Mittel einer rationalen Argumentation	103
a) Ungeeignetheit des Kriteriums des „wirtschaftlichen“	103
b) Fehlende Auswahlkriterien	104
6. Zwischenergebnis	105
II. Auslegung und Qualifikation rechtsgeschäftlicher Erklärungen	105
1. Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen	106
a) Auslegungslösung bei kapitalersetzenden Darlehen	106
b) Ungeeignetheit der rechtsgeschäftlichen Auslegung zur Einordnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	107
2. Qualifikation von Rechtsgeschäften	108
a) Die Bedeutung der rechtsgeschäftlichen Qualifikation im Privatrecht	109
aa) Der Begriff der rechtsgeschäftlichen Qualifikation	109
bb) Qualifikation als Begrenzung der Privatautonomie	109
cc) Praktische Bedeutung der Qualifikation	110
b) Qualifikation und wirtschaftliche Betrachtungsweise	112
c) Stellungnahme	113
3. Zwischenergebnis	113
III. Treu und Glauben, § 242 BGB	114
1. Nähe von § 242 BGB und wirtschaftlicher Betrachtungsweise in der Rechtsprechung	114
2. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch	115

a) Individueller Rechtsmißbrauch	115
b) Institutioneller Rechtsmißbrauch	116
3. Ungeeignetheit des Rechtsmißbrauchsgedankens für die Einordnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise	117
4. Zwischenergebnis	119
IV. Gesetzesumgehung	119
1. Geschichte	120
2. Heute vertretene Auffassungen zur Gesetzesumgehung	122
a) Gesetzesumgehung als Scheingeschäft	122
b) Gesetzesumgehung als eigenständiges Rechtsinstitut	123
c) Der Begriff der Gesetzesumgehung als Kennzeichnung einer Form der normzweckorientierten Rechtsanwendung	125
3. Zwischenergebnis	126
V. Typologische Betrachtungsweise	126
1. Die Denkform des Typus	127
2. Der Erkenntniswert der Typuslehre für die Rechtsanwendung	128
a) Tatbestandsmerkmal als Typus	128
b) Rechtsfortbildung aus Strukturtypen	129
3. Die Konzeption Leenens zur Einordnung der wirtschaftlichen Betrachtungs- weise	130
4. Stellungnahme	131
5. Zwischenergebnis	133
VI. Gesetzesauslegung im weiteren Sinne	133
1. Unmöglichkeit der Zuordnung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise allein zur Gesetzesauslegung oder allein zur Analogie	134
2. Erforderlichkeit einer Zuordnung unter dem Gesichtspunkt einer Wesens- verschiedenheit beider Institute oder aus rechtsstaatlichen Erwä- gungen?	136
a) Möglichkeit einer Abgrenzung?	136
b) Praktisches Bedürfnis für eine Abgrenzung?	137
3. Erforderlichkeit einer Zuordnung aufgrund praktisch unterschiedlicher Vorgehensweise?	138
a) Gesetzesauslegung als zunehmende Konkretisierung des Gesetzes durch Gleichsetzung	138
aa) Das Gleichsetzungsmodell Engischs und Kaufmanns	139
bb) Kritik und Stellungnahme	141

Inhaltsverzeichnis 15

cc) Zwischenergebnis: Auslegung als Gleichsetzung von Fällen . . .	142
b) Analogie als die Gleichbehandlung ähnlicher Sachverhalte	142
aa) Voraussetzung der Gesetzeslücke als einziger Unterschied zwischen Auslegung und Analogie	143
bb) Erforderlichkeit einer Gesetzeslücke?	144
(1) Dogmatische Begründung	144
(2) Relevanz in der praktischen Prüfung?	145
c) Zwischenergebnis: Übereinstimmender Prüfungsansatz	146
4. Zusammenfassung: Wirtschaftliche Betrachtungsweise als Gesetzesauslegung im weiteren Sinne	146
5. Bedürfnis für einen eigenständigen Begriff der wirtschaftlichen Betrachtungsweise?	147
a) Wirtschaftliche Betrachtungsweise als Kennzeichnung der Umgebungsituation	147
b) Wirtschaftliche Betrachtungsweise als besondere Vorgehensweise bei der Gesetzesauslegung im weiteren Sinn	148
c) Bedeutung gesetzlicher Vorschriften zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise	148
6. Nichtanwendbarkeit einer Norm aufgrund wirtschaftlicher Betrachtungsweise?	149
a) Einschränkende Auslegung	149
b) Teleologische Reduktion	150
c) Ergebnis	151

6. Kapitel

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der praktischen Prüfung 152

I. Besondere Anwendungsvoraussetzung einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise?	152
II. Die Prüfungsfolge	153
1. Der gesetzliche Normfall	154
2. Zuordnung des Lebenssachverhaltes	154
3. Vergleich anhand des Gesetzeszweckes	154
4. Wertende Entscheidung	155
III. Zur Verwendung dieser Prüfungsfolge	156

7. Kapitel	
Anwendung auf ausgewählte Probleme	
I. Verdeckte Sacheinlagen	157
1. Der Normfall	157
2. Erforderlichkeit eines subjektiven Elementes?	159
a) Bisherige Diskussion	159
b) Wertender Fallvergleich	161
3. Drei- und Mehrpersonenverhältnisse	163
a) Bisherige Diskussion	164
b) Wertender Fallvergleich	165
II. Verdeckte Gewinnausschüttungen	169
1. Der gesetzliche Normfall	169
2. Wechselseitige Beteiligungen	170
a) Bisherige Diskussion	170
b) Wertender Fallvergleich	171
3. Leveraged Buyout und Management Buyout	175
a) Bisherige Diskussion	176
b) Wertender Fallvergleich	177
III. Eigenkapitalersetzende Darlehen	179
1. Der Normfall	180
2. Einschränkung der Regeln über den Eigenkapitalersatz für Treuhänder?	180
a) Bisherige Diskussion	181
b) Wertender Fallvergleich	182
3. Eigenkapitalersetzende Funktion von Nutzungsüberlassungen	188
a) Bisherige Diskussion	188
aa) Einbeziehung in den Tatbestand des kapitalersetzenden Darlehens	188
bb) Rechtsfolgen	190
b) Wertender Fallvergleich	191
8. Kapitel	
Zusammenfassung der Ergebnisse	
	199
Literaturverzeichnis	
	201

1. Kapitel

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Privatrecht – Zielsetzung, Definition, Abgrenzung und Vorgehensweise

I. Die Zielsetzung dieser Arbeit

Vor mittlerweile über zwanzig Jahren hat *Fritz Rittner* die erste und bislang einzige monographische Untersuchung über die wirtschaftliche Betrachtungsweise in der zivilrechtlichen Judikatur des Bundesgerichtshofes veröffentlicht.¹

Rittners Untersuchung des vorhandenen Entscheidungsmaterials beschreibt die Unsicherheit und die gelegentliche Floskelhaftigkeit, mit der zuweilen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Begriff einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise verwandt wird, um die als angemessen angesehenen Ergebnisse durch die Verwendung von Leerformeln zu begründen.² Die Untersuchung schließt mit der eindringlichen Warnung vor einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als methodischem Instrument. Sie sei inhaltlich nicht fixiert und verkürze daher in den meisten Fällen unbewußt die wirklichen Gründe einer Entscheidung. Wirtschaftliche Betrachtungsweise gefährde damit die Rationalität der Rechtsfindung und öffne das Tor zu verdeckter richterlicher Willkür.³

Rittners Warnung ist nicht gehört worden. Wie im zweiten Kapitel dieser Arbeit am Beispiel der Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften des GmbH-Gesetzes dargestellt werden soll, bedient sich die Rechtsprechung, seit neuerer Zeit aber auch der Gesetzgeber⁴, weiterhin der – hier vorläufig so bezeichneten – *Rechtsfigur* der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Es läßt sich also wohl konstatieren, daß in bestimmten Fällen ein praktisches Bedürfnis zu bestehen scheint, Rechtsfindung mit Hilfe einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu betreiben, obwohl es sich nicht um eines der klassischen Instrumente der juristischen Methodenlehre, wie es die Analogie oder die teleologische Reduktion einer Norm sind, handelt.

¹ Die sogenannte wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (1975).

² A.a.O., S. 47 ff.

³ A.a.O., S. 54.

⁴ Vgl. insbesondere § 32a Abs. 3 GmbHG, und hierzu 2. Kapitel, IV.

In auffallendem Widerspruch zu ihrer praktischen Bedeutung steht die geringe wissenschaftliche Aufmerksamkeit, die der wirtschaftlichen Betrachtungsweise in der methodentheoretischen Literatur⁵, aber auch im allgemeinen zivil- oder gesellschaftsrechtlichen Schrifttum⁶ zuteil geworden ist.

Dies erstaunt umso mehr, als daß die steuerrechtliche Literatur zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise mittlerweile unübersehbar umfangreich geworden ist.⁷ Der noch darzustellenden, allerdings über ihren Stellenwert im Privatrecht noch weit hinausgehenden, Bedeutung dieser Rechtsfigur im Steuerrecht entspricht dort also eine – immer wieder neu belebte⁸ – Diskussion über ihre Grenzen und ihren Inhalt. Dies hat dazu geführt, daß der Begriff der wirtschaftlichen Betrachtungsweise heute ganz allgemein eben mit dem Steuerrecht assoziiert wird.⁹

Ziel dieser Arbeit soll es nun sein, in gleicher Weise für das Privatrecht Grundlagen zu finden, von denen aus auch hier die wirtschaftliche Betrachtungsweise ein Instrument rationaler Rechtsfindung sein kann. Hiermit wird das von Rittner so eindringlich dargestellte Problem in ein neues Licht gerückt: Es kann nicht in Frage stehen, ob im Privatrecht wirtschaftliche Betrachtungsweise in die Rechtsfindung eingeht. Dies ist, das macht ein erster Blick auf das umfangreiche Entscheidungsmaterial¹⁰ deutlich, von der Praxis längst im bejahenden Sinn entschieden. Vielmehr soll an dieser Stelle nach einer kritischen Analyse des Vorhandenen versucht werden, einen Ansatz zu finden, nach dem wirtschaftliche Betrachtungsweise in einem rationalen Verfahren und auf einer sicheren methodologischen Grundlage stattfinden kann. Nunmehr von einem anderen Ansatzpunkt her wird es damit wiederum unternommen, der von Rittner zu Recht als einer solchen bezeichneten Willkür in der Rechtsfindung, die bislang mit wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Zivilrecht¹¹ einhergeht, entgegenzuwirken.

⁵ Keine Erwähnung findet die wirtschaftliche Betrachtungsweise in den Standardwerken von *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, und von *Fikentscher*, Methodenlehre des Rechts, Band III; bei *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 596, wird sie als eine methodologische Besonderheit des Steuerrechts bezeichnet.

⁶ Vgl. hierzu insbesondere 4. Kapitel.

⁷ Statt aller: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, § 5 Rn. 65 ff. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. weiterhin 3. Kapitel mit Nachweisen.

⁸ In den letzten Jahren insbesondere durch die Habilitationsschrift von *Crezelius*, Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung (1983); hierzu kritisch *Tipke/Lang*, a.a.O.

⁹ Vgl. das schon angeführte Zitat bei *Bydlinski*, oben Fn. 5, sowie etwa *Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag, S. 391, und *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, S. 105.

¹⁰ Aufgeführt insbes. im 2. Kapitel.

¹¹ Wobei das Steuerrecht insofern kaum nachsteht; vgl. *Crezelius*, a.a.O., S. 195 ff., und 3. Kapitel.

II. Vorläufige Definition des Begriffes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise

Eines der *Ziele* der Untersuchung soll es mithin sein, den methodologischen Standort der wirtschaftlichen Betrachtungsweise festzumachen. Zur Festlegung des Untersuchungsgegenstandes soll es jedoch zunächst genügen, sich dieser Rechtsfigur als einem in der Rechtsfindung, vor allem der Gerichte, auftretenden Phänomen zu nähern, also rein deskriptiv eine als „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ im Sinne dieser Untersuchung zu bezeichnende Vorgehensweise zu umschreiben.

Insoweit möchte ich im Sinne dieser Arbeit die wirtschaftliche Betrachtungsweise als jene Form der Rechtsanwendung kennzeichnen, bei der ausdrücklich oder auch implizit darauf abgestellt wird, daß ein Rechtssatz zwar nicht nach den in ihm genannten tatbestandlichen Voraussetzungen Anwendung finden könne, daß es aber die tatsächliche Gestaltung des Lebenssachverhaltes erfordere, den Rechtssatz dennoch anzuwenden, weil nämlich – eben wirtschaftlich betrachtet – der zu beurteilende Lebenssachverhalt dem Regelungsbereich der Norm unterfalle. Kennzeichnend für eine derartige Vorgehensweise sind die Gegenüberstellung von Begriffen wie „bloß formaler Gestaltung“ oder „bloß begrifflichem“ Vorliegen oder Nichtvorliegen der Anwendungsvoraussetzungen einer Norm einerseits und der „wirtschaftlichen Bedeutung“, der „faktischen Lage“, des „materiellen Gehalts“ oder des „tatsächlichen“ oder „wirklichen“ Inhalts eines Sachverhaltes andererseits.¹²

Diese zunächst etwas abstrakt klingende Beschreibung wird im folgenden durch die Darstellung der Rechtsprechung und Literatur zu den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften im Recht der GmbH an Kontur gewinnen. An dieser Stelle sei ihr Farbe verliehen anhand einer Passage aus einer der ersten Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen, die der Sache nach eine wirtschaftliche Betrachtungsweise vorgenommen hat, und die zugleich auch etwas von dem richterlichen Selbstverständnis vermittelt, das der Verwendung dieser Rechtsfigur in der Rechtsprechung der Obergerichte zugrundeliegt¹³:

„Es ist ... Sache der Jurisprudenz und vor allem Pflicht der ... Judikatur ... nicht zu dulden, daß im öffentlichen Interesse wurzelnde Rechtsprinzipien in ihrer le-

¹² An dieser Stelle soll ein Beleg dieser Zitate zunächst unterbleiben; insbesondere im 2. Kapitel wird diese hier als der Arbeit vorgegeben dargestellte Definition mit Beispielen belegt werden.

¹³ Tatsächlich wird diese Entscheidung insbesondere von *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung des Privatrechts, S. 3 f., als Beleg für ein Ende des vergangenen Jahrhunderts aufkommendes stärkeres Selbstbewußtsein der Judikatur gegenüber dem positiven Gesetz zitiert.