

Die Veröffentlichung des Werkes

„Die allgemeinen Rechtsgrundsätze“

erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Autors.

Die allgemeinen Rechts-
grundsätze

Inaugural-Dissertation
zur

Erlangung des rechtswissenschaftlichen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

1. Berichterstatter: Prof.Dr. WOLFF

2. Berichterstatter: Prof.Dr. KLEIN

Dekan: Prof.Dr. PETERS

Vorgelegt von
Dieter S c h n a d
aus Münster/Westf.
1 9 5 6



56 K 25/423

Inhaltsverzeichnis

Seite

Einleitung	1
Hauptteil	5
1. Kap.: <u>Begriff und Wesen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes.</u>	5
§ 1. Bisherige Auffassungen in Schrifttum und Rechtsprechung über den allgemeinen Rechtsgrundsatz im allgemeinen.	5
I. Die im Rahmen allgemeiner Darstellungen geäußerten, nicht weiter zu klassifizierenden Ansichten.	5
II. Die unter dem Gesichtspunkt der Ausfüllung der Gesetzeslücken entwickelte Ansicht.	6
III. Die unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfindungstechnik entwickelte Ansicht.	8
IV. Die insbesondere im Völkerrecht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsquellenlehre entwickelte ("naturrechtliche") Ansicht.	11
§ 2. Einzelne, insbesondere von der Rechtsprechung als allgemeine Rechtsgrundsätze ausgegebene Sätze.	14
Treu und Glauben (S.15) - Gute Sitten (S.21) - § 618 BGB (S.24) - § 75 EInl. ALR (S.25) - §§ 139 u.282 BGB (S.24)	
§ 3. Zusammenhänge zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem allgemeinen Ordnungsprinzip im Recht.	29
§ 4. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Ausdruck des Gerechtigkeitsprinzips im Recht.	30
I. Allgemeine Zusammenhänge zwischen den allgemeinen Grundsätzen und dem Gerechtigkeitsprinzip.	30
II. Entwicklung des principium iuris aus dem allgemeinen Sittengesetz und Abgrenzung gegenüber dem Tugend- und Liebesprinzip.	33

III. Erste allgemeine Folgerungen für die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus der Tatsache ihres Zusammenhanges mit dem principium iuris.	35
§ 5. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip.	37
Möglichkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze neben dem Rechtsprinzip (S.39) - als Formulierung zwingender Folgerungen aus dem Rechtsprinzip im allgemeinen (S.39) - und als unter diesem Rechtswerte fixierende und postulierende Normen im besonderen (S.40) - Wert und Unwert (S.42) - Rechtssatz und Rechtsgrundsatz (S.43) - Allgemeine Rechtsgrundsätze und Interessenlage (S.45) - Unterschiede zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (S.46/47) - Zusammenhänge zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen (S.47/48) - Gemeinsame Merkmale beider (S.49) - Besondere Rechtsgrundsätze (S.50).	
§ 6. Die Auffassung LAUNS bezüglich der allgemeinen Rechtsgrundsätze.	51
§ 7. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als unmittelbarer Ausdruck eines den verschiedenen Rechtsschichten gemeinsamen Strukturprinzips.	55
2. Kap.: <u>Stellung in der Rechtsquellenlehre</u>	61
§ 8. Der allgemeine Rechtsgrundsatz als Rechtsquelle sui generis des positiven Rechts mit Vorrang gegenüber Gesetz und Gewohnheitsrecht.	61
Das positive Recht und seine Bestandteile (S.61) - Zusammenhänge zwischen positivem Recht und Rechtsprinzip (S.61/62) - mögliche und notwendige Ergänzung des bisher erkannten Standes des positiven Rechtes um die allgemeinen Rechtsgrundsätze (S.65/66) - Allgemeine Rechtsgrundsätze als Rechtsguelle n (S.67) - allgemeines Verhältnis der Rechtsquellen des positiven Rechtes zueinander (S.69).	

Seite

Literaturverzeichnis

- § 9. Abgrenzung zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Gewohnheitsrecht im besonderen.
- § 10. Abgrenzung der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes von der analogen Anwendung von Rechtsnormen.
- § 11. Allgemeiner Rechtsgrundsatz und Generalklausel.
- § 12. Allgemeiner Rechtsgrundsatz und "Natur der Sache".

73

73

76

79

S C H L U S S

Zusammenfassung.

83

Anschütz, Gerhard

Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellem Recht. 2. Aufl. Berlin 1913

" "

Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen. In: Verwaltungs-Archiv Band 14 (1906), S. 315 ff.

Anzilotti, Dionisio

Lehrbuch des Völkerrechts. I. Band. 3. Aufl. Berlin 1929

Apelt, Willibald

Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920

Eachof, Otto

Verfassungswidrige Verfassungsnormen. Tübingen 1951

Belts, Wilhelm

Treu und Glauben und die guten Sitten nach neuerer Rechtsauffassung und ihre Geltung in der ZPO. Dissertation Köln 1937

Bergbohm, Karl

Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Leipzig 1892

Bergmann, Heinrich

Die Auswertung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches im Rechtsbereich der Verwaltung. Dissertation Leipzig 1946

Boyer, W.R.

Der Ausschluss übergesetzlicher Grundsätze im Verwaltungsrecht. In: Deutsches Verwaltungsblatt 1951, S. 628 ff.

Bierling, E. Rudolph

Kritik der juristischen Grundbegriffe. I. Teil, 1. Buch. Gotha 1877

Capograssi, Giuseppe

Die Konfliktsituation des heutigen Juristen und das Problem des ungerechten Gesetzes. In: Universitas 1954, H. 1, S. 25 ff.

Cavaró, Louis

Le droit international public positif. Tome I Paris 1951

Coing, Helmut

Grundzüge der Rechtsphilosophie. Berlin 1950

" "

Die obersten Grundsätze des Rechts. Heidelberg 1947

Coing, Helmut
Allgemeine Rechtsgrundsätze in der
Rechtsprechung des Reichsgerichts zum
Begriff der guten Sitten (§§ 823, 826
BGB).
In: Neue Juristische Wochenschrift 1947/
48, S. 211 ff.

" "
Vom Sinngehalt des Rechts.
In: Forum der Rechtsphilosophie, heraus-
gegeben von Ernst Sauer.
Köln 1950, S. 61 ff.

Cosack, Konrad
Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Band I, Allgemeine Lehren und das
Schuldrecht. 11. Aufl. Jena 1922

Dahm, Georg
Deutsches Recht.
2. Aufl. Stuttgart-Köln 1951

Dohna, Alexander Graf
zu
Beziehungen und Begrenzungen von Straf-
und Verwaltungsrecht.
In: Verwaltungs-Archiv Band 30 (1925),
S. 233 ff.

Drost, Heinrich
Grundlagen des Völkerrechts.
München-Leipzig 1936

Eichler, Hermann
Die Rechtslehre vom Vertrauen.
Tübingen 1950

Engisch, Karl
Die Einheit der Rechtsordnung.
Heidelberg 1935

" "
Die Idee der Konkretisierung in Recht
und Rechtswissenschaft unserer Zeit.
Heidelberg 1953

Enneccerus-Kipp-Wolff
Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
I. Band, Alg. Teil, bearb. von Nipperdey.
14. Aufl. Tübingen 1952

Esser, Josef
Einführung in die Grundbegriffe des
Rechts und Staates. Wien 1949

EVRO
Entwurf einer Verwaltungsordnung für
Württemberg. Stuttgart 1931

Fedorer, Julius
Über den Freiheitsgedanken im Code
civil und badischen Landrecht.
In: Deutsche Rechtszeitschrift 1946,
S. 7 ff.

Fischer, Hans Albrecht
Die Rechtswidrigkeit. München 1911

Fleiner, Fritz
Institutionen des deutschen Verwal-
tungsrechts.
8. Aufl. Tübingen 1928

Forsthoff, Ernst
Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
I. Band, Allg. Teil.
2. Aufl. München-Berlin 1951

Friedrichs, Karl
Der allgemeine Teil des öffentlichen
Rechts.
Berlin-Leipzig 1927

- -
Wieweit sind die Vorschriften des BGB
auf Schuldverhältnisse des öffentlichen
Rechts anwendbar?
In: Archiv für Bürgerliches Recht Band
42, (1915), S. 28 ff.

Gerber, Hans
Grundsätze eines allgemeinen Teils des
öffentlichen Rechts in der jüngsten
Rechtsprechung des Preuss. OVG.
In: Verwaltungs-Archiv Band 36 (1931),
S. 1 ff.

Germann, O.A.
Zum Verhältnis zwischen Rechtsquellen und
Rechtsfindung.
In: Festschrift für Hans Lewald.
Basel 1953, S. 285 ff.

Giess, Friedrich
Welche Massnahmen empfehlen sich, um
dem Grundsatz von Treu und Glauben und
dem Verbot sittenwidrigen Handelns auf
dem Gebiet des öffentlichen Rechts Gel-
tung zu verschaffen?
Gutachten zum 6. Deutschen Juristentag
in der Tschechoslowakei 1933.

Guggenheim, Paul
Lehrbuch des Völkerrechts, Band I.
Basel 1948

Gutswiller, Max
Was ist Gerechtigkeit?
(Bemerkungen zu zwei neuesten Schriften
von Prof. Hans Kelsen.)
In: Zeitschrift für Schweizerisches Recht
N.F. Band 72, 1953, Heft 6, S.
393 ff.

- -
Zur Lehre der "Natur der Sache".
In: Festschrift der Juristischen Fakultät
der Universität Freiburg (Schweiz)
zur 59. Jahresversammlung des
Schweizerischen Juristenvereins.
Fribourg 1924 (S. 282 ff.)

Gysin, Arnold
Die Lehre vom Naturrecht bei Leonhard
Nelson und das Naturrecht der Aufklä-
rung.
Berlin 1924

Hagen, Konrad
Die guten Sitten als Rechtsbegriff.
In: Beiträge zur Erläuterung des Deut-
schen Rechts, begr. von Gruchot Band
52. 1908. S. 497 ff.

Hamburger, Max Treu und Glauben im öffentlichen Recht.
In: Leipziger Zeitschrift für Deutsches
Recht 1931, S. 1438 ff.

Hammes, Klaus Positives Recht, Übergesetzliches Recht
und Ethik.
In: Juristische Rundschau 1949, S. 457 ff.

Härle, Elfrid Allgemeine Entscheidungsgrundlagen des
ständ. Internationalen Gerichtshofes.
Berlin 1933

Hartmann, Nicolai Anfänge des Schlichtungsgedankens in der
alten Philosophie.
In: Abhandlungen der Preuss. Akademie der
Wissenschaften Nr. 3, S. 1 ff.
Berlin 1943

Heck, Philipp Interessenjurisprudenz.
Tübingen 1933

Hecker, Gottfried Der völkerrechtliche Wohnsitzbegriff.
Berlin 1931

Hedemann, Justus W. Die Flucht in die Generalklausel,
Tübingen 1933

- - - Reichsgericht und Wirtschaftsrecht.
Jena 1929

Heller, Hermann Die Souveränität.
Berlin 1927

Herrfahrdt, Heinrich Der Streit um den Positivismus in der
gegenwärtigen deutschen Rechtswissen-
schaft.
In: Deutsche Rechtszeitschrift 1949, S.
32 ff.

Heydt, Friedrich Glossen zu einer Theorie der allgemeinen
August von der Rechtsgrundsätze.
In: Friedenswarte 1933, S. 289 ff.

- - - Franciscus de Vitoria und sein Völker-
recht.
In: Zeitschrift für öffentl. Recht Band
13 (1933), S. 249 ff.

Hildebrandt, Heinz Rechtsfindung im neuen Staat.
Berlin-Leipzig 1935

Hippel, Ernst von Untersuchungen zum Problem des fehler-
haften Staatsaktes.
Berlin 1924

- - - Über die Verbindlichkeit der Gesetze.
In: Archiv für öffentliches Recht Band
18 nF (1930), S. 86 ff.

Hölscher, Emil

Hueck, Alfred

Jellinek, Georg

- -

- -

Kant, Immanuel

Kelsen, Hans

Kipp, Heinrich

- -

Klein, Friedrich

- -

Knieper, Werner

Kohler, Josef

Korrmann, Karl

Sittliche Rechtslehren. Band I.
München 1928

Der Treuegedanke im modernen Privatrecht.
München 1947

System der subjektiven öffentlichen
Rechte.
2. Aufl. Freiburg 1892

Die sozialethische Bedeutung von Recht,
Unrecht und Strafe.
2. Aufl. Berlin 1908

Verwaltungsrecht.
3. Aufl. Offenburg 1948.
Nachtrag 1950

Metaphysik der Sitten, I. Teil.
Metaphysische Anfangsgründe der Rechts-
lehre.
3. Aufl. von Karl Vorländer.
Leipzig 1907

Das Problem der Souveränität und die
Theorie des Völkerrechts.
2. Aufl. Tübingen 1928

Nominalistisches oder realistisches
Rechtsdenken.
In: Forum der Rechtsphilosophie, S.
95 ff.
Köln 1950

Naturrecht und moderner Staat.
Nürnberg 1950

Von der Zulässigkeit zur Unzulässig-
keit rückwirkender Steuergesetze.
In: Steuer und Wirtschaft XXXI. Jahr-
gang Nr. 1/2 1954, S. 2 ff.
Institutionelle Garantien und Rechts-
institutionsgarantien.
Breslau 1934

Treu und Glauben im Verwaltungsrecht.
Dissertation Heidelberg 1933

Über die Grundlagen des Zivilprozesses.
In: Archiv für zivilistische Praxis Band
87 (1905), S. 1 ff.

Öffentlichrechtliche Verjährung und Ver-
schweigung.
In: Annalen des Deutschen Reiches 1912,
S. 120 ff.

Kormann, Karl
 Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts.
 In: Annalen des Deutschen Reiches 1911, S. 850 ff. und S. 903 ff.; 1912, S. 16 ff.; S. 114 ff. und S. 195 ff.
 System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte.
 Berlin 1911

Koster, J.
 Les fondements du droit des gens.
 In: Bibliotheca Visseriana, Tom. Quartus.
 Lugdovini Batavorum (Leyden) 1925

Köttgen, Arnold
 Polizei und Gesetz.
 In: Reichsverwaltungsblatt 1938, S. 273 ff.

Kröckmann, Paul
 Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts.
 In: Archiv für zivilistische Praxis Band 108 (1912), S. 179 ff.

Küntzel, Walter
 Ungeschriebenes Völkerrecht.
 Königsberg 1935

Larens, Karl
 Lehrbuch des Schuldrechts.
 I. Band, allg. Teil.
 München-Berlin 1953

Lasson, Adolf
 System der Rechtsphilosophie.
 Berlin-Leipzig 1882

Laun, Rudolf
 Recht und Sittlichkeit.
 3. Aufl. Berlin 1935

" "
 Allgemeine Rechtsgrundsätze.
 In: Festschrift für Radbruch, Beiträge zur Kultur- und Rechtsphilosophie; Heidelberg 1948, S. 117 ff.

Lauterpacht, H.
 Private Law Sources and Analogies of international law.
 London 1927

Legas y Lacambra, Luis
 Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre.
 In: Zeitschrift für Öffentliches Recht Band 12 (1932), S. 641 ff.

Lehmann, Heinrich
 Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.
 7. Aufl. Berlin 1952

" "
 Die Wirkungstheorie des Naturrechts.
 In: Festschrift für Leo Ranpe zum 7. Geburtstag. Hamburg 1948, S. 371 ff.

Leibholz, Gerhard
 Das Verbot der Willkür und des Ermessensmissbrauchs im völkerrechtlichen Verkehr der Staaten.
 In: Zeitschrift für ausländ. öffentliches Recht und Völkerrecht Band 1 (1929), S. 77 ff.

Louthold, C.E.
 Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrecht.
 In: Annalen des Deutschen Reiches 1884, S. 321 ff.

Loening, Hellmuth
 Die gesetzliche Koppelung von unbestimmtem Rechtsbegriff und Ermessenstatbestand bei der Versagung und Entziehung von Begünstigungen.
 In: Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S. 197 ff.

Maunzen, Walter
 Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht.
 In: Süddeutsche Juristenzeitung 1948, Sp. 646 ff.

Mayer, Otto
 Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts.
 2. Aufl. München 1914
 3. Aufl. München 1924

Meier-Brancke, H.
 Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht.
 In: Archiv für öffentliches Recht Band 11 NF (1926), S. 230 ff.

Menger, Christian-Friedrich
 System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes.
 Tübingen 1954

Mezger, Edmund
 Besprechung von Rudolf Laun's "Allgemeine Rechtsgrundlagen".
 In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 38 (1949/50), S. 282 f.

Mugdan, B.
 Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
 I. Band, Einführungsgesetz und Allg. Teil.
 Berlin 1899

Mitteis, Heinrich
 Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte.
 Weimar 1947

Münzner, Richard
 Rechtsgrundsätze zum Allgemeinen Teil des öffentlichen Rechts in den neueren Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte von Preussen und Sachsen und der Verwaltungsgerichtshöfe von Bayern und Württemberg.
 In: Verwaltungs-Archiv Band 43 (1938), S. 95 ff.

Nebinger, Robert Verwaltungswissenschaft. Stuttgart 1946

Nelson, Leonhard System der philosophischen Rechtslehre und Politik. Aus: Vorlesungen über die Grundlagen der Ethik, III. Band. Göttingen 1923

- - Die Rechtswissenschaft ohne Recht. 2. Aufl. Göttingen 1949

Nipperdey, Hans Karl Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung, herausgegeben von Nipperdey. Bd. I. Berlin 1929
Bd. II und III. Berlin 1930

Nippold, Ottfried Der völkerrechtliche Vertrag. Berlin 1894

Noel, - Henri Le "Lotus" a la cour de la Haye. In: Revue de droit international 1928, S. 65 ff.

Olivecrona, Karl Gesetz und Staat. Kopenhagen-Leipzig 1940

Oppenheim, L. International Law Vol. I, Seventh Edition. Ed. by Lauterpacht, London-New York-Toronto 1948

Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949

Petraschek, Karl System der Rechtsphilosophie. Freiburg 1932

Poetzsch-Heffter Treu und Glauben und gute Sitten im öffentlichen Recht. In: Deutsche Juristen-Zeitung 1933, S. 739 ff.

Pradelle, Paul de la Nouvelles Conventions de Genève. Paris 1951

Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie. 4. Aufl. Stuttgart 1950

Radbruch, Gustav "Die Natur der Sache" als juristische Denkform. In: Festschrift für Laun (65. Geburtstag). Hamburg 1948, S. 154 ff.

Reuss, Hermann Der unbestimmte Rechtsbegriff. In: Deutsches Verwaltungsblatt 1953, S. 649 ff.

Ross, Alf Lehrbuch des Völkerrechts. Stuttgart-Köln 1941

Rudnitski, Ernst Das Wesen der Obstruktionstaktik. In: Grünhuts Zeitschrift für das private und öffentliche Recht Band 31 (1904), S. 465 ff.

Salvioli, Giovanni La Cour permanente de justice internationale. In: Rivista di diritto internazionale Band 16 (1924), S. 280

Sauer, Wilhelm Juristische Methodenlehre. Stuttgart 1940

- - System der Rechts- und Sozialphilosophie. 2. Aufl. Basel 1949

Schack, Friedrich Die Haftung bei öffentlich-rechtlicher Verwahrung. In: Reichsverwaltungsblatt 1935 (Band 56), S. 189 ff.

- - Analogie und Verwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze. In: Festschrift für Laun zum 65. Geburtstag. Hamburg 1948, S. 275 ff.

Scheuner, Ulrich Grundfragen des modernen Staates. In: Recht, Staat und Wirtschaft Band III, S. 126 ff. Düsseldorf 1951

Scheurl, Eberhard Freiherr von Die Grundlagen des deutschen Militärverwaltungsrechts. In: Archiv des öffentlichen Rechts Band 37 (1918), S. 210 ff.

Schmölzeisen, G.K. Die Überwindung der Starrheit im neuzeitlichen Rechtsdenken. Berlin 1933

Scholz, Franz Treu und Glauben bei Privatrechtsgeschäften der öffentlichen Hand. In: Neue Juristische Wochenschrift 1953, S. 961 ff.

Schöne, Fritz Die rechtliche Natur der disziplinarischen Bestrafung der Staatsbeamten unter besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechts.
In: Verwaltungs-Archiv Band 19 (1911), S. 180 ff.

Schultzenstein, Besprechung von Schepp, Das öffentliche Recht im bürgerlichen Gesetzbuch.
In: Verwaltungs-Archiv Band 7 (1899), S. 587 ff.

Schüle, Adolf Treu und Glauben am Verwaltungsrecht.
In: Verwaltungs-Archiv Band 38 (1934), S. 399 ff.; Band 39 (1935), S. 1 ff.

Scott, James Brown L' Universalité du droit de gens.
In: Revue de droit international 1927, S. 65a ff.

Soupin, Hans Ulrich Über die Menschenrechte.
In: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie. Festschrift für Rudolf Laun zum 70. Geburtstag.
Hamburg 1953, S. 173 ff.

Schm, Rudolf Institutionen.
16. Aufl.
München 1920

Somló, Felix Juristische Grundlehre.
2. Aufl.
Leipzig 1927

Spiropoulos, Jean Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht.
Kiel 1928

Stahl, Friedrich J. Die Philosophie des Rechts.
3./5. Aufl.
Tübingen 1870
(Auswahlausgabe, herausgegeben vom Henning v. Arnim, Tübingen 1926).

Staudinger, v. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
I. Band, Allg. Teil, bearb. von Ziegler, 10. Aufl.
München, Berlin, Leipzig 1936
II. Band, 1. Teil §§ 241-245, bearb. von Wilhelm Werner Weber.
10. Aufl.
Berlin 1940/41

Thoma, Richard Grundbegriffe und Grundsätze.

In: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma.
II. Band, § 71, S. 108 ff. und S. 137
Tübingen 1932

Turegg, Kurt Egon v. Lehrbuch des Verwaltungsrechts.
Berlin 1950

Ule, C.H. Über die Gewissensgebundenheit des Richters.
In: Zentraljustizblatt für die Britische Zone 1948, S. 261 ff.

Unger, Joseph System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. I. Band.
3. Aufl.
Leipzig 1868

Vecchio, Giorgio del Lehrbuch der Rechtsphilosophie.
Basel 1951

- - - Gerechtigkeit.
Basel 1950

- - - Grundprinzipien des Rechts.
Berlin 1923

Verdross, Alfred Lehrbuch des Völkerrechts.
2. Aufl.
Berlin 1950

- - - Die bona fides als Grundlage des Völkerrechts.
In: Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie.
Festschrift für Rudolf Laun zum 70. Geburtstag.
Hamburg 1953, S. 29 ff.

- - - Die systematische Verknüpfung von Recht und Moral.
In: Forum der Rechtsphilosophie, herausgegeben von Ernst Sauer, Köln 1950, S. 9 ff.

- - - Règles générales du droit international de la paix.
In: Recueil des cours Band 30 Paris 1929, S. 275 ff.

- - - Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft.
Berlin 1930

Verdross, Alfred Les principes généraux de droit dans la jurisprudence internationale.
In: Recueil des cours, Band 52 (1955), S. 195 ff.

- - Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquelle.
In: Gesellschaft, Staat und Recht. Wien 1931, S. 354 ff.

- - Die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht.
In: Friedenswarte 1928, S. 100 f.

- - Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung.
Tübingen 1923

- - Die Wertgrundlagen des Völkerrechts.
In: Archiv des Völkerrechts Band 4 (1953), S. 129 ff.

Vogels Willensmängel bei der Beamtenanstellung.
In: Verwaltungsarchiv Band 27 (1919), S. 247 ff.

Wegner, Arthur Neuaufgegebene Bemerkungen über Naturrecht und Völkerrecht.
In: Juristische Rundschau 1950, S. 321 ff.

- - Besprechung von Harle, Die allgemeinen Entscheidungsgrundlagen des ständ. Internationalen Gerichtshofes.
In: Deutsche Juristenzeitung 1934, Sp. 1215 f.

Weigelin, Ernst v. Recht und Naturrechtslehre.
In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Band 39 (1950/51), S. 113 ff.

Weigert, H.W. Öffentlich-rechtliche Verwahrungsverhältnisse.
In: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begr: von Gruchot, Band 69, (1928), S. 303 ff.

Welsol, Hans Naturrecht und materiale Gerechtigkeit.
Göttingen 1951

Wenner, Giovanni Willensmängel im Völkerrecht.
Zürich 1940

E i n h e i t l i c h e i t

Der allgemeine Rechtsgrundsatz ist eine Erscheinung, die von der Rechtslehre im allgemeinen nur am Rande behandelt wird¹⁾, auf die die Rechtsprechung nur andeutungsweise hinweist²⁾ und über die die Gesetze sich mit geringer Ausnahme in Schweigen hüllen.³⁾

1) BIERLING, Jurist. Grundbegriffe S. 11; O. MAYER, Verw. Recht I, Bd. 3. Aufl. S. 91 ff.; O. Z. zu DOHNA, Verw. Arch. Bd. 30 S. 233; FRIDRICHES, Allgem. Teil des öffentl. Rechts S. 42; WEIGERT, Gruchot, Bd. 69 S. 303; ANZILOTTI, Völkerrecht S. 49; ENGISCH, Einheit der Rechtsordnung S. 41; SCHACK, RVBL 1935 S. 189; SCHACK, Festschrift für LAUN S. 277 ff.; W. JELLINEK, Verw. Recht S. 155; WOLFF, Vorlesung Verw. Recht S. 60; PETERS, Verw. Recht S. 196; FORSTHOFF, Verw. Recht S. 142 ff.; TUREGG, Verw. Recht S. 60.

2) Preuss. OVG 73/38; 75/94; RGZ 97/43; 107/189 etc. (vgl. auch S. 10, Anm. 2).

3) Solche Ausnahmen sind z. B. Einltg. § 49 des Preuss. ALR (1794), "Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muss er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen und nach den wegen ähnlicher Fälle vorhandenen Verordnungen, seiner besten Einsicht gemäß, erkennen". Das Badische Landrecht von 1809 (Vgl. SPIROPOWLOS, Allgem. Rechtsgrundsätze S. 27 Anm. 4; BURAZETTI, Einf. in das französische Zivilrecht und das Badische Landrecht S. 79; FEDERER, DRZ 1940 S. 8) bestimmte, dass der Richter bei Versagen sonstiger Entscheidungsmittel auf die "natürlichen Rechtsgrundsätze" zurückzugreifen habe, Art. 7 des Allgemeinen Oesterreichischen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 verweist unter den gleichen Voraussetzungen wie das Badische Landrecht auf die "natürlichen Rechtsgrundsätze" (Vgl. UNGER, Privatrecht S. 67). Art. 3 Abs. 2 der einleitenden Bestimmungen des Italienischen Zivilgesetzbuches von 1865 besagte, dass bei Fehlen genauer gesetzlicher Bestimmungen und Versagen auch der Analogie: "se desidero secondo i principi generali di diritto" (Im neuen Ital. Gesetzbuch von 1942 wurde der Ausdruck "principi generali di diritto" ersetzt durch "principi generali dell'ordinamento giuridico dello stato" in den neuen "Disposizioni sulla legge in generale" Art. 12; vgl. DEL VECCHIO, Lehrbuch S. 390 f.) Art. 16. Código civil português von 1876: "Se as questões sobre direitos e obrigações nao puderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serao decididas pelos principios de direito natural, conforme as circunstancias do caso". (Wenn Fragen über Rechte und Verbindlichkeiten weder mit Hilfe des Gesetzes, textes noch durch Heranziehen des in ihm enthaltenen Grundgedankens, noch durch Heranziehen analoger Fälle, wie sie in anderen Gesetzen geregelt sind, gelöst werden

können, so sollen mit Rücksicht auf den natürlichen Rechtsgrundsätzen und unter besonderer Berücksichtigung des Falles entschieden werden.)

§ 1 des ersten Entwurfes zum BGB von 1888 bestimmte:

"... in Ermangelung solcher Vorschriften (Vorschriften nämlich, die den Fall ausdrücklich regeln oder die analog anwendbar sind) sind die aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend". - (Dieser Paragraph wurde von der zweiten Kommission gestrichen, da man als selbstverständlich ansah, dass bei Ermangelung von Vorschriften die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen sind, die "aus dem Geist der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze massgebend sind". Vgl. dazu MUGDAN, Protokolle I S. 568; STAUDINGER-RIEGLER, Allgem. Teil, Einl. S. 25 ff. Nr. 63, der allerdings von "Analogie auf breiter Grundlage" spricht.)

Art. 6 Abs. II Código civil español von 1889;

"Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho".

(Sollte es eine Vorschrift, die genau auf den strittigen Punkt anwendbar ist, nicht geben, wird man auf das Gewohnheitsrecht des Ortes und sollte es an einem solchen fehlen, auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückgreifen.)

Codex Juris Canonici (1917) can. 20 (b):

"Si in lege universalis vel particulari non invenitur expressum legis praescriptum certa de re, suppletio legis - unico casu, de quo infra, excepto - fieri potest uno ex quatuor nominandis medio adhibito.

a) ...

b) In suppletione legis uti quoque licet generalibus iuris principiis cum aequitate canonica servatis,

Art. 22 des Código civil de la República de Guatemala vom 15. September 1925:

"En caso de falta, obscuridad o insuficiencia de la ley, resolverán, atendiendo: 1. ... al espíritu de las leyes; 2. a otra disposiciones sobre casos análogos; 3. a los principios generales de derecho.

(Fehlt es an Vorschriften oder sind diese dunkel oder unzureichend, wird man entscheiden unter Beachtung: 1. des Grundgedankens der Gesetze; 2. anderer, analoge Fälle regelnder Vorschriften und 3. der allgemeinen Rechtsgrundsätze.)

§ 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches der Republik China vom 10. Oktober 1929:

Ist ein bürgerlich-rechtlicher Fall vom Gesetz nicht geregelt, so ist die Gewohnheit massgebend. Bei Fehlen einer Gewohnheit sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze massgebend. (Vorstehende Übersetzung des chinesischen Urtextes wurde zur Verfügung gestellt vom Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Tübingen.)

Art. 4 des Einföhrungsgesetzes zum Código civil brasileiro vom 4. September 1942:

"Quando a lei for omisa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os principios gerais de direito".

(Ist eine Vorschrift nicht vorhanden, wird der Richter zur Entscheidung eines Falles Analogie, die Gewohnheiten und die allgemeinen Rechtsgrundsätze anwenden.)

Art. 4 Abs. II des Código civil de Venezuela vom 1. Oktober 1942:

Aber es wäre ein grober Fehlschluss, wollte man aus diesen negativen Feststellungen zu dem negativen Urteil über die Erscheinung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes kommen, dass er eben nur eine Randerscheinung unseres Rechtes sei. Im Gegenteil, gerade dort, wo der allgemeine Rechtsgrundsatz nur andeutungsweise erwähnt wird, und dort, wo er dem Namen nach fast gänzlich verschwiegen wird, gerade dort - in Rechtsprechung und Gesetz - ist er von grosser Bedeutung und eine ständige Erscheinung unseres Rechtslebens.

Warum rückt man ihn nicht ins Licht? Warum behandelt man ihn so beiläufig? Die Antwort ist einfach; sie ist aus nahezu jeder Fundstelle in Literatur oder Entscheidung, die den allgemeinen Rechtsgrundsatz erwähnt, zu entnehmen: man hält ihn und seine Anwendung im Rechtsleben für selbstverständlich¹⁾ nur vergisst man meistens zu sagen, warum.

"Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho".

(Ist eine bestimmte Vorschrift nicht vorhanden, wird man diejenigen Vorschriften heranziehen, die ähnliche Fälle oder analoge Materien regeln; sollten dennoch Zweifel bleiben, wird man die allgemeinen Rechtsgrundsätze heranziehen.)

Art. 38 Abs. 1 Ziffer 3 des Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofes im Haag vom 13. 12. 1920 (= Art. 38 Ziff. 1 lit. c des neuen Statuts des Internationalen Gerichtshofes vom 24. Oktober 1945, das gemäss Art. 92 der UNO - Satzung deren integrierender Bestandteil ist):

La cour applique ...

3° les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.

Art. 67 der Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre de 12. Aout. 1949:

"Les tribunaux ne pourront appliquer que les dispositions légales antérieures à l'infraction et conformes aux principes généraux du droit, notamment en ce qui concerne le principe de la proportionnalité des peines ...

Vgl. auch fr. 9 D I 1 § 1, Inst. I 2:

"Omnes populi qui moribus et legibus reguntur partim suo proprio partim communium omnium iure utuntur" (Vgl. T. VECCHIO, Grundprinzipien S. 12 Anm. 13).

1) GERBER, Verw. Arch. Bd. 36 S. 9 ff.; SCHÖNE, Verw. Arch. Bd. 19 S. 313; LEUTHOLD, Annalen 1884 S. 357; VOGELS, Verw. Arch. Bd. 27 S. 250; KOHLER, AEP Bd. 97 S. 13; SCHÜLS, Verw. Arch. Bd. 38 S. 404; KORMANN, Annalen 1912 S. 115; TURGO, Verw. Recht S. 61; MEIER-BRANECKE, ABR, nF. Bd. 11 S. 238

Noch eine weitere Frage drängt sich auf: Wie ist es zu erklären, dass man in unserer Zeit verhältnismässig häufig mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen arbeitet? Geschichte es darum, weil unsere Zeit überhaupt eine Schwäche für das Allgemeine - und Nivellierende - hat oder darum, weil das bisher allgemein Giltige heute nicht mehr in gleicher Stärke im Bewusstsein der Allgemeinheit ist und selbst elementare Grundsätze fraglich werden?¹⁾

Die folgenden Untersuchungen sollen dazu dienen, das Profil dieser bisher ziemlich vernachlässigten und unklaren Rechtserscheinungen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes so scharf wie möglich herauszuarbeiten und eine möglichst erschöpfende Wesensanalyse zu geben.

1) HEDEMANN, Flucht in die Generalklausel S.59.

H A U P T T E I L

1. Kap.: Begriff und Wesen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes.

§ 1: Bisherige Auffassungen in Rechtslehre und Rechtsprechung über den allgemeinen Rechtsgrundsatz im allgemeinen.

Sucht man nach einer ganz allgemeinen Orientierung über den darzustellenden Gegenstand und seine bisherige Behandlung in der Rechtslehre und Rechtsprechung, so erweist es sich als nützlich, einführend die Meinungen mitzuteilen, die sich wegen ihrer Vielfalt zwar einer Systematisierung oder gruppierten Darstellung entziehen, von denen aber einige, wie sich später herausstellen wird, bereits wesentliche Teilerkenntnisse zum Ausdruck bringen.

I. Die im Rahmen allgemeiner Darstellungen geäusserten, nicht weiter zu klassifizierenden Ansichten.

MEIER-BRAMECKE¹⁾ versteht unter allgemeinen Rechtsgrundsätzen lediglich Bestimmungen wie die über Zeit und Fristen (§§ 186 - 193) im BGB.

WEGENER²⁾ ist der Auffassung, allgemeine Rechtsgrundsätze seien "blosse Auslegungsregeln, Grundbegriffe, weiter nichts."

FORSTHOFF³⁾ begnügt sich mit der Umschreibung, es seien solche Rechtsätze, die "wegen ihres allgemeinen Inhaltes und ihrer Sinnfälligkeit evident sind."

WEBER bei STAUBINGER⁴⁾ wiederum sagt, es handle sich um den Ausdruck von Prinzipien der der Volksgemeinschaft innewohnenden Rechtsordnung.

Nach H.GERBER⁵⁾ sollen allgemeine Rechtsgrundsätze solche Rechtsätze sein, die die "Grundlage des Gemein-

1) ABR Bd. 11 nF S. 243

2) DJZ 1934 Sp. 1215 f.

3) Verw. Recht I S. 146

4) zu § 242 Ann. 33

5) in Verw. Arch. Bd. 36 S. 9; ähnlich auch Hamburg OVG in JW 1927 S. 2948 f.

schaftslebens" bilden, und von diesen wiederum vor allem solche, die "moralische Werturteile positivieren".

ENGISCH¹⁾ behauptet, sie seien als Fixierung "identischer Wertgesichtspunkte" anzusehen, in denen die Prinzipien enthalten sind, die man bei Schaffung einzelner Regelungsinhalte verfolgt hat.

Graf zu DOHNA²⁾ sieht in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen das "ethische Minimum" in der Rechtsordnung, ohne dass die soziale Gemeinschaft nicht bestehen kann. Er verwendet den Ausdruck "Kulturnormen" und meint damit, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze "uraltres Kulturgut" darstellen.

Von TUREGG³⁾ will nur solche Rechtssätze als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkennen, die die rechtliche Fassung ethischer Werturteile darstellen.

Diese Reihe recht unbestimmter Andeutungen zur Begriffs- und Wesensanalyse der allgemeinen Rechtsgrundsätze liesse sich noch eine Weile fortführen⁴⁾ allerdings ohne dass ein neuer Gesichtspunkt gewonnen würde. Wir können sie daher hier abschliessen und auf die vor allem bei STAUDINER-WEBER⁵⁾ zahlreich gegebenen Literaturhinweise verweisen.

II. Die unter dem Gesichtspunkt der Ausfüllung der Gesetzeslücken entwickelte Ansicht.

Während die bisher genannten Autoren die allgemeinen Rechtsgrundsätze eher nebenbei und mehr aus allgemeinem Anlass erwähnen, finden sich andere, die sie unter dem Blickwinkel ganz bestimmter Problemstellungen näher behandeln.

1) Die Einheit der Rechtsordnung S.35

2) Verw.Arch. Bd.30 S.242

3) Verw.Recht S.61

4) ZINSER, Verw.Arch. Bd.39 S.55; SCHACK, RVBl 1935 S.189 ff; SCOTT, Revue de droit international, 1927 S.630; REY, Principes généraux de droit S.1 ff.(mit b.SPIROPOULOS, Rechtsgrundsätze S.10 Anm.1). A.ROSS, Völkerr. S.68 f. spricht von "freien Faktoren".

5) n.§ 242, Anm.33

So ist das Problem der Gesetzeslücken vielfach Ausgangspunkt zu Erörterungen auch über die allgemeinen Rechtsgrundsätze. In diesem Zusammenhang nimmt vor allem FLEINER¹⁾ zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen Stellung. Er ist der Auffassung, dass ein Rechtssatz häufig nur eine Seite des hinter ihm stehenden Rechtsgedankens zum Ausdruck bringe und es Aufgabe der Wissenschaft sei, den allgemeinen Rechtsgedanken herauszuschälen, sobald das Leben es erfordere.

Der Richter habe die Pflicht, bei Fehlen einer Norm, die ein bestimmtes Rechtsverhältnis unmittelbar regelt, "sich der analogen Auslegung zu bedienen, oder bei Fehlen von solchen Normen, welche auf dem Wege der Analogie anwendbar sind, auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze zurückzugreifen."²⁾

FLEINER meint, um zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz zu kommen, sei "aus den geltenden Rechtsvorschriften das Zufällige, durch wechselnde Tatumstände Bedingte auszuscheiden, um so den allgemeinen Rechtsgedanken herauszuschälen, der jedem neuen Lebensverhältnisse sein Recht weist."³⁾

FLEINER sucht also induktiv "aus Spezialbestimmungen einen Obersatz herzuleiten"⁴⁾, unter den auch der neue Sachverhalt fällt, dessen Regelung in keiner Weise mit Hilfe der bereits geltenden Spezialbestimmungen zu treffen ist, da diese den neuen Sachverhalt nicht berücksichtigen.

Für FLEINER ergeben sich allgemeine Rechtsgrundsätze bei dem "Zurückgehen auf die letzten Gründe der Rechtssätze und bei dem Zu-Ende-Denken bestimmter Rechtsgedanken".⁵⁾

Auch NIPPERDEY⁶⁾ behandelt die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Zusammenhang mit Erörterungen über das Lückenproblem. Er ist der Auffassung, dass der Richter, der bei

1) FLEINER, Institutionen S.96 ff.; vom Lückenproblem her auch DEL VECCHIO, Lehrb. S.390-92 und ENNECCERUS-NIPPERDEY, Allg.Tl. § 98, III, S.211 f.

2) FLEINER, a.a.O., S.58

3) FLEINER, a.a.O., S.57

4) FLEINER, a.a.O., S.57

5) FLEINER, a.a.O., S.57

6) NIPPERDEY, Allgem. Teil § 98 III, S.211 f.

der Entscheidung eines Rechtsfalles eine Gesetzeslücke feststelle, die auch durch Analogie nicht zu überbrücken sei, die "massgebende Norm nach pflichtmässigem Ermessen" und im Einklange mit den "Grundgedanken des Gesetzes" sowie "bewährter Lehre und Überlieferung" selbständig zu bilden habe.¹⁾ Bei dieser Normenbildung habe er auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze heranzuziehen.

In den allgemeinen Rechtsgrundsätzen sieht NIPPERDEY aus der Rechtsides abgeleitete, "für die Rechtsfindung nahe-
liegende praktische Gesichtspunkte".²⁾

Eine nähere Bestimmung dessen, worin diese allgemeinen Rechtsgrundsätze bestehen, wie sie zu bilden und von welcher Art sie sind, findet sich bei NIPPERDEY nicht.

III. Die unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfindungstechnik entwickelte Ansicht.

Vielfach werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch lediglich unter dem engen Blickwinkel der Rechtsfindungspraxis der Gerichte behandelt.

So taucht der allgemeine Rechtsgrundsatz z.B. bei O.MAYER als Ausfluss "feststehender Rechtsprechung" der Gerichte auf.³⁾

Hier erfolgt aber nur eine etwas vage Miterfassung dessen, was wir unter dem Begriff des allgemeinen Rechtsgrundsatzes verstanden sehen wollen, wenn wir diesen nämlich schon jetzt einmal vorbehaltlich der späteren exakten Definition, als einen den verschiedenen Rechtsgebieten gleichermaßen innewohnenden Rechtsgedanken bezeichnen. Es leuchtet ein, dass es möglich ist, dass die Gerichte in ständiger Praxis das in den Gesetzen enthaltene Recht auch dann - wenn vielleicht nur intuitiv - anwenden, wenn ein ausdrücklicher Rechtssatz nicht vorhanden ist, indem sie sich von dem Grundgedanken eines Gesetzessystems

1) NIPPERDEY, a.a.O., S.211
2) NIPPERDEY, a.a.O., S.211
3) O.MAYER, Verw.Recht S.91

leiten lassen und so auch allgemeine Rechtsgrundsätze zur Anwendung bringen, die ja vielfach in den betreffenden Anwendungsgebieten nicht kodifiziert sind.

Dieser Gedankengang mag es rechtfertigen, in dem Hinweis Otto MAYERS auf die Rechtsgrundsätze der feststehenden Rechtsprechung¹⁾ zugleich einen Hinweis auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz zu sehen. Eine solche "Mit"definition ist für unsere Zwecke jedoch nicht brauchbar.

Ebenfalls unter dem Aspekt der Rechtsfindungstechnik der Gerichte taucht der allgemeine Rechtsgrundsatz in den Entscheidungen des Reichsgerichts auf.²⁾

Das RG beschäftigt sich mit ihm im Hinblick auf die Notwendigkeit für den Richter, auch dann eine Entscheidung zu treffen, wenn ein passender Rechtssatz in Gesetzen oder im Gewohnheitsrecht nicht zu finden ist und der Rechtsschutz versagt werden müsste, wenn nicht die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Entscheidungsgrundlage herangezogen werden könnten.

ANSCHUTZ³⁾ vertrat zwar die Auffassung, der Richter sei - auch ohne Rückgriff auf allgemeine Rechtsgrundsätze - sehr wohl in der Lage, sogar solche Fälle zu entscheiden, für die passende Rechtsregeln in Gesetzen oder im Gewohnheitsrecht nicht auffindbar seien. Die von ihm zu treffende Entscheidung müsse dann aber negativ ausfallen, dergestalt nämlich, dass den vorgebrachten Tatsachen eine Rechtsfolge nicht zugeordnet werden könne.

Eine solche negative Entscheidung hielt das RG in den ihm vorliegenden Fällen aus Gründen der Gerechtigkeit jedoch für untragbar. Das Rechtsschutzbedürfnis war zu offensichtlich, als dass man sich mit einer "negativen Entscheidung" hätte begnügen können.

So geht denn das RG von der Annahme aus, dass es allgemeine Rechtsgrundsätze gibt, die sowohl im Privatrecht als auch im öffentlichen Recht gleichermaßen anwendbar sind, auch wenn sie auf dem Entscheidungsgebiet nicht kodifi-

1) O.MAYER, Verw.Recht 1.Bd.3.Aufl.S.91
2) Vgl. Zusammenstellung der Entscheidungen unten S.10, Anm.2
3) in Verw.Arch. Bd.14, S.323

ziert und auch nicht als Inhalt eines Gewohnheitsrechtes nachweisbar sind.

Die Möglichkeit zu einer klaren Begriffsbildung in Bezug auf diese allgemeinen Rechtsgrundsätze zu kommen, verschliesst sich das RG aber schon dadurch, dass es die Existenz allgemeiner Rechtsgrundsätze zwar zutreffend annimmt, aber darauf verzichtet, diese Annahme auch hinreichend zu begründen.

Trotzdem kann man aus den Wegen, die das RG beschreitet, wenn es zu einem allgemeinen Rechtsgrundsatz kommen will, entnehmen, was es sich unter dem Ziel vorstellt.

Der Ausgangspunkt ist, wie für das RG naheliegend, das Privatrecht. Diesem wird eine Rechtsregel entnommen und solange von speziellen, nur für das Privatrecht zugeschnittenen Einkleidungen abstrahiert, bis die gesetzgeberische Grundkonzeption freigelegt ist. Dabei muss sich dann herausstellen, dass diese Grundidee des Gesetzgebers wegen ihrer allgemeinen Form im öffentlichen Recht ebenso zur Anwendung kommen kann wie im Privatrecht und zwar ohne jegliche Veränderung ihres substanzialen Gehaltes.¹⁾

Verfolgen wir diesen Weg, können wir daraus folgendes schliessen: Unter einem allgemeinen Rechtsgrundsatz versteht das Reichsgericht eine Rechtsregel, die dem positiven Recht als Grundkonzeption immanent ist und als solche auf verschiedenen Rechtsgebieten gleichermaßen zur Anwendung kommen kann. Der so gewonnene Rechtsgrundsatz ist dann aber a u e h ein Rechtsgrundsatz des öffentlichen Rechts.²⁾

1) SCHUELE, Verw.Arch.Bd.38 S.404 ff.

2) Das RG wanderte seine oben dargestellte Theorie vom allgemeinen Rechtsgrundsatz erstmalig im Jahre 1916 an; vgl. LZ 1916 Sp.1102, Nr.18; LZ 1917 Sp.740 Nr.4 = WarnRG 1917 Nr.53 = GrünhütZ Bd.61 S.663
Der Theorie vom allgemeinen Rechtsgrundsatz folgen: RGZ 97/44, 104/60, 107/88 und 190, 108/393, 110/294, 111/82, 113/24, 115/115, 120/76, 124/194, 130/98, 131/73, 134/9 und 15, 137/353, 141/258 und 388, 146/373 und 396, 155/232, 158/36, 126 und 236, 166/223, 171/219; RG in JW 1927 S.2106, 1929 S.3379, 1933 S.1389; Hambg. OVG in JW 1927 S.2948; desgl. Preuss. OVG 82/305, 83/144, 84/181, 87/1, 90/253, 92/37 und 240, 97/95, 101/24 (vgl. Zusammenstellung bei BERGMANN, Diss.S.24 und S.26).

IV. Die insbesondere im Völkerrecht unter dem Gesichtspunkt der Rechtsquellentheorie entwickelte ("naturrechtliche") Ansicht.

Ein verhältnismässig grosser Beitrag zur Diskussion um die allgemeinen Rechtsgrundsätze ist im Rahmen der Völkerrechtswissenschaft geleistet worden. Diese Diskussion ist u.a. besonders durch die Existenz des Art. 38 Abs.1 Ziff.3 des Statuts des früheren Ständigen Internationalen Gerichtshofs in Haag entstanden. Dort hiess es in der amtlichen Fassung des französischen Urtextes:

Art. 38: La cour applique
3° les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées.¹⁾

Dieser Satz bedeutete also nicht mehr und nicht weniger als die Anweisung an die Richter des damaligen Ständigen Internationalen Gerichtshofs, als Grundlage ihrer Entscheidungen in internationalen Rechtsstreitigkeiten die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die "principes généraux de droit" anzuwenden. Damit wurde die Frage bedeutsam, ob diese allgemeinen Rechtsgrundsätze als eine weitere selbständige Rechtsquelle des Völkerrechts - neben Vertrag und Gewohnheitsrecht - anzusehen seien. So wird es verständlich, dass in den zahlreichen literarischen Äusserungen zu dem genannten Artikel²⁾, aber auch in den Beratungen des die Satzung ausarbeitenden Juristenkomitees, die in den Sitzungsprotokollen ihren Niederschlag gefunden haben,³⁾ die allgemeinen Rechtsgrundsätze besonders unter dem Gesichtspunkt der Rechtsquellentheorie behandelt worden sind. Soweit hiermit zugleich Rechtsquellentheoretische Spezialprobleme bezüglich der allgemeinen Rechte-

1) So wörtlich auch Art.38 Ziff.1 Lit. c. des neuen Statuts des Internationalen Gerichtshofs vom 24.10.1945 (vgl. auch Ann.3 v.S.1 auf S.3)

2) Vgl. etwa VERDROSS, Völkerrecht S.114; ders. in Recueil des cours Bd.52 (1935), S.195 f; ders. "Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Völkerrechtsquellen" S.354 ff; HARLE, Allgemeine Entscheidungsgrundlagen S.24 ff; K. WOLFF in Recueil des cours Bd.36 (1931) II S.496.

3) Procès verbaux des séances du comité 16 juin - 24 juillet 1920 I.

grundsätze zur Diskussion kommen, soll auf diese Darstellungen erst an späterer Stelle eingegangen werden. Hier interessiert vorerst nur das, was vom rechtsquellentheoretischen Gesichtspunkt her nur *a l l g e m e i n e* Charakterisierung der allgemeinen Rechtsgrundsätze beigebracht worden ist.

In diesem Zusammenhang ist vor allem SPIROPOULOS zu nennen, der eine naturrechtliche Deutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gibt.¹⁾ Unter Anschluss an SPIROPOULOS vertritt auch HECKER²⁾ die Auffassung, dass es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um Naturrecht handelt.³⁾ HECKER⁴⁾ und SPIROPOULOS⁵⁾ definieren fast gleichlautend die allgemeinen Rechtsgrundsätze als die in mehreren Rechtsordnungen enthaltenen gleichen Rechtsanschauungen mit dem Charakter der Allgemeingültigkeit. Ausgehend von der Unterscheidung von Rechtsgrundsatz und Rechtssatz wird dann die "naturrechtliche" Auffassung entwickelt.⁶⁾ Indem nämlich unter Rechtssatz nur das gesetzte Recht und das Gewohnheitsrecht verstanden wird und man diesen beiden Rechtsquellen den Begriff "positives Recht" überordnet, wird vom Rechtsgrundsatz gesagt, er könne wohl gesetztes Recht oder Gewohnheitsrecht zum Inhalt haben, aber selbst stelle er keinen positiven Rechtssatz dar. Daraus folgert man, da es ausser dem positiven Recht nur das Naturrecht gäbe, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze dem Naturrecht angehören.⁷⁾

1) Vgl. Mitte dieser Seite
 2) Völkerrechtlicher Wohnsitzbegriff S.36 ff;
 3) Vgl. ferner: KOSTER, Les fondements du droit des gens S.215 f. Dort sagt KOSTER unter Bezugnahme auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze: "L'origine de droit naturel d'un grand nombre des principes auxquels on vise, ne se démentit pas".
 LLANAS, Fuentes del derecho internacional, según el estatuto del tribunal permanente de justicia (zit. b. SPIROPOULOS, Rechtsgrds. S.24, Ann.30) spricht von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen als den "höheren Maximen" der Vernunft und der "natürlichen Gerechtigkeit".
 DEL VECCHIO, Lehrb. S.391 meint, wenn der Gesetzgeber von allgemeinen Rechtsgrundsätzen spreche, so könne damit jeweils nur das Naturrecht gemeint sein.
 4) a.a.O., S.28
 5) Allgem. Rechtsgrundsätze S.9
 6) SPIROPOULOS a.a.O., S.25
 7) So auch HECKER, a.a.O. S.38: "Da es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um ein Recht handelt, das weder gesetztes Recht noch Gewohnheitsrecht ist, haben diese Rechtsgrundsätze naturrechtlichen Charakter".

Diese naturrechtliche Auffassung, die, so wie sie vor allem von SPIROPOULOS vertreten wird, lediglich auf der Unterscheidung von Rechtsgrundsatz und Rechtssatz aufbaut, hat gerade hierin ihre schwächste Stelle. SPIROPOULOS¹⁾ ist dabei der Meinung, "ein Rechtsgrundsatz sei nur als die Summe einzelner positiver Rechtsätze mit gleichem Inhalt" anzusehen. Dem liegt die unrichtige Ansicht zugrunde, dass ein Grundsatz aus der Summierung von Einzelsätzen zustande komme (ein Ergebnis, zu dem man allerdings, wenn auch fälschlicherweise gelangen kann, wenn die *E r k e n n t n i s s* des Grundsatzes mit Hilfe des induktiven Schlussverfahrens erlangt wurde), während doch gerade umgekehrt die Einzelsätze deduktiv aus dem Grundsatz gewonnen werden.²⁾ Daher wäre es willkürlich, wollte man den Grundsatz einem anderen Rechtssystem zuordnen als die auf ihn zurückgehenden Einzelsätze. SPIROPOULOS tut das dann in Wirklichkeit auch nicht, sondern er vermeidet falsche Ergebnisse der ersten unrichtigen Auffassung dadurch, dass er eine Inkongruenz hinzufügt, indem er behauptet, dieses seiner Meinung nach doch ganz andere Rechtssystem des Naturrechts, dem er die allgemeinen Rechtsgrundsätze zuordnet, wolle er so verstanden wissen, dass es die rechtlichen Grundanschauungen des positiven Rechtes wiedergebe; womit dann schliesslich, wenn auch ungewollt, doch gesagt wird, die allgemeinen Rechtsgrundsätze seien positiv rechtliche Normen.³⁾

1) Allgemeine Rechtsgrundsätze S.18-29 und dortige Anmerkungen.
 2) Dies gilt zwar nicht immer in dem Sinne, dass der Einzelsatz schon ohne Hinzunahme weiterer Daten rein deduktiv aus dem Grundsatz zu gewinnen sei. Besonders in der Rechtsordnung kann das nicht der Fall sein, da dem Einzelsatz oft auch nur für ihn geltende Merkmale anhaften, die aus der speziellen Materie, die er regelt, herzuleiten sind.
 3) Im Übrigen muss auf die im Text später folgende Darstellung des positiv-rechtlichen Charakters der allgemeinen Rechtsgrundsätze verwiesen werden, die insgesamt als Berichtigung und Auseinandersetzung mit der Gegenmeinung aufzufassen ist.
 Von den bestehenden Unterschieden zwischen Rechtssatz und Rechtsgrundsatz wird an späterer Stelle (vgl. unten S. 46 ff.) noch einmal eingehend die Rede sein.

§ 2: Einzelne, insbesondere in der Rechtsprechung als allgemeine Rechtsgrundsätze ausgegebene Sätze.

Welche Sätze werden im einzelnen und insbesondere in der Rechtsprechung als allgemeine Rechtsgrundsätze bezeichnet und ausgegeben?

Überblickt man die Vielzahl der hier in Frage kommenden höchstrichterlichen Entscheidungen, so lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung im Grunde genommen doch nur einige wenige Sätze als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkennt.¹⁾ Diese Feststellung ergibt sich allerdings nicht schon auf den ersten Blick, sondern erst nach eingehendem Studium und Vergleich der die Einzelentscheidungen tragenden Gesichtspunkte. Dabei wird nämlich ersichtlich, dass häufig ein und derselbe Rechtsgrundsatz nur in verschiedenen Erscheinungsformen angewandt wird. Zudem werden vielfach zwar verschiedene in den Leitsätzen formulierte Rechtsätze als allgemeine Rechtsgrundsätze bezeichnet, eine nähere Untersuchung der Entscheidungsgründe zeigt aber, dass sie in Wahrheit doch nur als "Ausfluss" oder "Niederschlag" eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes aufgefasst werden, aus dem sie erst entwickelt wurden.²⁾

Andererseits wird der Begriff "allgemeiner Rechtsgrundsatz" in zahlreichen Entscheidungen als solcher überhaupt nicht erwähnt, sondern man begnügt sich mit rein umschreibenden Formulierungen,³⁾ die aber im Vergleich mit anderen Entscheidungen wiederum erkennen lassen, dass es sich doch um die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes handelt.

Diese Unzulänglichkeiten erklären sich weitgehend aus der Tatsache, dass der Rechtsprechung eine etwa von der Rechtslehre eingehend ausgearbeitete Theorie der allge-

1) Die in der Rechtsprechung angewandte Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. So werden z.B. die Ausdrücke "allgemeiner Rechtsgrundsatz" (RGZ 161/390), "allgemeiner Rechtsgedanke" (RGZ 134/167), "das ganze Rechtsleben beherrschender Grundsatz" (pr. OVG 82/315) u.a. nebeneinander und synonym verwandt.

2) Vgl. z.B. S. 17 ff.

3) Vgl. z.B. S. 15 ff.

meinen Rechtsgrundsätze nicht zur Verfügung stand. Sie war daher gezwungen, aus Anlass des jeweilig zur Entscheidung stehenden Einzelfalles und in enger Anlehnung an diesen sich erst vorsichtig an den Problembereich heranzutasten. Hierbei überwog naturgemäß mehr das Bestreben den konkreten Rechtsfall zu entscheiden als die Absicht, eine bis ins Feinste ausgearbeitete Theorie der allgemeinen Rechtsgrundsätze aufzustellen.

In einer verhältnismässig grossen Anzahl höchstrichterlicher Entscheidungen wird der Satz von Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt und seine Geltung im gesamten Rechtsleben bejaht. Allerdings sucht man dabei vergeblich nach einer näheren Begründung. Zumeist wird nur die Tatsache der allgemeinen Geltung festgestellt, wenn nicht auch darauf verzichtet und der Rechtsgrundsatz lediglich als solcher zur Anwendung gebracht wird.

Typisch für diese Art der Darstellung sind die folgenden Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen:

In der Entscheidung RG 110/385 handelte es sich um die Beurteilung der Tragweite von Erklärungen einer Gemeindebehörde gegenüber Beamten in Besoldungsangelegenheiten. Das RG führt dazu auf S. 387 aus:

"Hätte sie (die beklagte Stadtgemeinde Berlin) ihre Zusage nach der erwähnten Richtung beschränken wollen, so hätte sie dies nach dem auch für die Auslegung öffentlich-rechtlicher Erklärungen massgebenden Grundsatz von Treu und Glauben dem Kläger in unzweideutiger Weise kundgeben müssen."

In der Entscheidung RG 113/19 hat das RG zu der Frage, ob der Staat zur Aufwertung des an die Stelle beschlagnahmter Sachen getretenen Erlöses nach Freispruch des jetzigen Klägers von der Anklage des Preiswuchers verpflichtet sei, wie folgt Stellung genommen:

"Die Zahlungspflicht des Staates aber ist unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben zu beurteilen, der im § 242 BGB für bürgerlich-rechtliche Schuldverhältnisse ausdrücklich gesetzlich anerkannt worden ist, aber auch unabhängig von solcher gesetzlicher Formulierung im gesamten Rechtsleben gilt." (S. 24).

Der Entscheidung RG 125/295 lag ein Fall zugrunde, in dem ein Richter seinen Übertritt aus dem Reichskolonialdienst in den Badischen Staatsdienst an die Bedingung geknüpft hatte, dass das Reich den Differenzbetrag zwischen seinem höheren Gehalt im Reichsdienst und dem niederen im Badischen Staatsdienst ausgleiche und an ihn zahle. Das Reich gab dem Antrag des Richters auf Genehmigung des Übertritts in den badischen Staatsdienst statt, erklärte sich aber nicht zu der mit dem Antrag verbundenen vermögensrechtlichen Bedingung. Später verweigerte es die Zahlung des Ausgleichsbetrages.

Das Reichsgericht führt dazu aus:

"Der Beklagte (das Deutsche Reich) hatte demnach unter Berücksichtigung der besonderen Lage des Falles die Verpflichtung, sich auf die Forderungen des Klägers zu erklären. Tat er dies nicht, so ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die im öffentlichen Recht ebenso zu beachten sind, wie im bürgerlichen Recht, anzunehmen, dass er den Forderungen des Klägers zugestimmt hat." (S.298).

Ebenso kurz und apodiktisch ist die Feststellung des RG in JW 1931/735 (736):

"Nicht minder ist anerkannt, dass der Rechtsgedanke des § 242 BGB, die Herrschaft von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, auch für das öffentliche Recht, mit der durch dessen besondere Beschaffenheit gebotenen Schranken, gilt."

Aber nicht nur in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, sondern auch in der des pr.OVG wurde der Satz von Treu und Glauben als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt bzw. den Entscheidungen als solcher wenigstens stillschweigend zugrundegelegt.¹⁾

Darüberhinaus hat das pr. OVG auch die Bestimmung des § 162 BGB als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz bezeichnet.

1) Vgl. u.a. pr.OVG E 83/144(150); 84/155(158); 84/301(305); 87/1(4); 87/136(140); 88/95(97); 88/117(121); 88/252(255); 92/37(38); 94/16; 95/110; 97/189(194); 101/94(96 f); 102/121(125); 103/72(79); 104/6(7).
Da die gleichfalls knapper gehaltenen Formulierungen des pr.OVG sich im wesentlichen mit den oben angeführten des RG decken, erübrigt sich hier eine gesonderte Wiedergabe von Einzelentscheidungen des pr.OVG. Vgl. neuerdings auch OVG Lüneburg A.S. Bd.6 S.393(395)

Untersucht man aber die einschlägigen Entscheidungen näher, so ergibt sich, dass die genannte Bestimmung eher als ein Ausfluss bzw. ein Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben denn als unabhängiger und selbständiger Rechtsgrundsatz aufgefasst wird. Das zeigen besonders 2 Entscheidungen des pr. OVG, die sich mit dieser Frage ausführlicher befassen.¹⁾

Der Entscheidung pr.OVG 82/305²⁾ lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Kreisverband (in Oberschlesien) hatte durch öffentlich-rechtlichen Vertrag von der Oberschlesischen Steinkohlen-Bergbau-Hilfskasse die Unterhaltungspflicht für gewisse Chausseen übernommen. Die Übernahme war davon abhängig gemacht worden, dass die Chausseegrundstücke dem Übernehmenden Verband aufgelassen werden sollten. Die mehrfach angebotene Auflassung wurde aber später von dem Kreisverband nicht entgegengenommen, da dieser an der Durchführung des geschlossenen Vertrages kein Interesse mehr hatte.

Als durch eine Verfügung des Regierungspräsidenten dem Kreisausschuss aufgegeben worden war, gewisse Instandsetzungsarbeiten an einer der Chausseen in Angriff zu nehmen, erhob der Kreisausschuss Klage gegen den Regierungspräsidenten u.a. mit dem Antrage, die Verfügung des Regierungspräsidenten aufzuheben.

Der Kreisausschuss hielt sich zur Ausführung der Arbeiten nicht verpflichtet, da auch die Chausseegrundstücke noch nicht an ihn aufgelassen worden seien, wie es der Vertrag für die Übernahme der Unterhaltungspflicht voraussetze. Nachdem das pr.OVG festgestellt hatte, dass der klagende Kreisausschuss durch seine Ablehnung der Auflassungsangebote den Eintritt der Bedingung absichtlich verhindern wollte, obwohl die an dem Vertrag Beteiligten nach Treu und Glauben erwarten durften, dass der Kreisausschuss den Eintritt der Bedingung nicht verhindern würde, fährt es fort:

1) vgl. auch pr.OVG 83/144(150); 102/121(155).
2) = pr.OVG in JW 1927 S.2166.

"Für das Gebiet des bürgerlichen Rechtes sind derartige Fälle durch die Bestimmung des § 162 Abs.1 BGB geregelt, welcher lautet: Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten.

Diese Bestimmung fußt auf dem Grundsatz der Auslegung der Verträge nach Treu und Glauben, welcher das ganze Rechtsleben beherrscht und daher auch auf das öffentliche Recht anwendbar ist. Die genannte Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuches muss daher unbedenklich als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz angesehen werden, welcher sich seiner inneren Berechnung nach auch auf die Vereinbarungen des öffentlichen Rechtes bezieht. Wendet man diesen Grundsatz hier an, so muss im vorliegenden Falle die Bedingung des Eigentumsüberganges, von welcher der Kreis die Übernahme der Unterhaltungspflicht abhängig gemacht hatte, als erfüllt gelten und die Klage demnach abgewiesen werden" (S.315).

In der Entscheidung pr.OVG 90/293 hat das pr.OVG dann nochmals ausführlich und ergänzend zu dem bereits in pr. OVG 82/305 ff. behandelten Fragen der Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben sowie des § 162 BGB im öffentlichen Recht Stellung genommen.

Der Sachverhalt war folgender:

Die in den Rechtsmittelszug gesetzlich eingeschaltete Behörde hatte durch Abwarten einer in Aussicht stehenden rückwirkenden Gesetzesänderung eine dem Rechtsmittelführer günstige Entscheidung absichtlich verhindert. Anknüpfung an den vorgenannten Sachverhalt führt das Pr.OVG aus:

"Dies führt zu der Frage, ob und inwieweit im öffentlichen Recht, dessen allgemeiner Teil noch keine gesetzliche Zusammenfassung gefunden hat, diejenigen Rechtsgrundsätze gelten, die über den Begriff von Treu und Glauben im bürgerlichen Recht entwickelt sind. Die Bejahung ergibt sich notwendig aus der Erwägung, dass im Rechtsstaat auch das öffentliche Recht diese Grundsätze

nicht entbehren kann. ... Wie aus den Grundsätzen von Treu und Glauben neuerdings das Reichsgericht sogar einen neuen Rechtsbegriff, den der Verwirkung von Ansprüchen, entwickelt hat, so gehört besonders hierher der obengenannte § 162 BGB" (S.257).

Das pr. OVG betont dann weiter, die Anwendung des § 162 BGB im öffentlichen Recht sei auch nicht etwa auf Verträge des öffentlichen Rechtes beschränkt, sondern der im § 162 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke könne auch dann angewandt werden, wenn ein Vertragsverhältnis nicht vorliege.

Eine weitere Gruppe von Entscheidungen befasst sich mit der Frage, ob die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Willensmängel (§§ 119 ff BGB) auch im öffentlichen Recht Anwendung finden können. Unter Hinweis darauf, dass es sich bei diesen Vorschriften um einen Ausdruck allgemeiner, auch für das öffentliche Recht gültiger Rechtsgedanken bzw. um einen Niederschlag des das ganze Rechtsleben beherrschenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes von Treu und Glauben handelt, wird die Anfechtbarkeit auch öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen bejaht.

Das RG hat sich mit diesem Problem vor allem in der Entscheidung RG 124/192 auseinandergesetzt.¹⁾ Ausgangspunkt der Erörterungen des Reichsgerichts war die Rechtsfrage, ob Verwaltungshandlungen, welche die Anstellung oder Zurruhesetzung eines Beamten betreffen, wegen eines Willensmangels der Behörde anfechtbar seien. In diesem Zusammenhang führt das RG aus:

"Der Kläger (ein Beamter) bestreitet, dass eine solche Anfechtung einer bereits wirksam gewordenen Zurruhesetzung rechtlich möglich und dass es überhaupt angängig sei, die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes und ihre Wirkungen auf das öffentliche Recht, insbesondere auf Beamtenverhältnisse zu übertragen. Letztere sind allerdings auch in ihren vermögensrechtlichen Beziehungen nach öffentlichem Recht zu beurteilen und unterliegen weder der Anwendung noch der Übertragung von Grundsätzen des bürgerlichen

1) Vgl.auch RG 141/240 (258)

Rechtes. Diejenigen Rechtsgedanken aber, die sich sowohl im bürgerlichen wie im öffentlichen Recht finden und im ersteren eine auf letzteres anwendbare Fassung gefunden haben, finden auch im öffentlichen Recht Anwendung, dann aber als zu ihm gehörende Rechtssätze,

Ein solcher auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts wirksamer Rechtsgedanke ist der einer Anfechtbarkeit von Verwaltungshandlungen wegen Willensmängel, jedenfalls insoweit, als diese Mängel bei der Anstellung von Beamten obwalten. Begründete Bedenken aus dieser Rechtsauffassung haben sich nicht ergeben. An ihr ist daher festzuhalten und folgerichtig ergibt sich aus ihr, dass, wie die zur Begründung des Beamtenverhältnisses führende Anstellung der Anfechtung wegen Willensmängel unterliegen kann, so auch die zur Beendigung des Beamtenverhältnisses führende Zuruhesetzung, wenn von Willensmängeln beeinflusst, anfechtbar ist." (S.193 f.)

Dieser Auffassung des RG hat sich später auch das pr.OVG in der grundlegenden Entscheidung pr.OVG 92/240 angeschlossen.

Unter Bezugnahme auf die soeben behandelte Entscheidung RG 124/192 äussert sich das pr.OVG wie folgt:

"Der Senat teilt die Auffassung, dass die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Willensmängel des Irrtums und der arglistigen Täuschung der Niederschlag eines Rechtsgrundsatzes sind, der über das bürgerliche Recht hinaus, auch für das öffentliche Recht allgemeine Bedeutung haben muss, weil er letzten Endes auf dem das gesamte öffentliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben aufgebaut ist." (S.243).¹⁾

Das pr.OVG erwägt in der genannten Entscheidung dann ferner noch die Frage, ob und inwieweit für die Anfechtung wegen Willensmängel auch im öffentlichen Recht die Fristbestim-

1) Die Anfechtbarkeit öffentlich-rechtlicher Willenserklärungen bejahen gleichfalls bay.VGH E vom 17.5.1950 in DV Bl 51/516, hess.VGH E vom 22.6.51 DVBl 51/738(740) und OVG Münster (Urteil vom 8.11.51) in DVBl 52/606. Der hess.VGH a.a.O. S.740 ist darüber hinaus der Auffassung, dass es sich bei den in den §§ 119 ff. enthaltenen Grundgedanken um Rechtsgedanken handle "welche einen selbstverständlichen immanenten Bestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung darstellen."

mungen des Bürgerlichen Rechtes (§§ 121 - 124 BGB) Anwendung finden können und führt dazu aus:

"Der Senat ist der Auffassung gewesen, dass die Anfechtungsfristen im BGB schon deshalb nicht schlechthin zur Anwendung gebracht werden können, weil sie sich lediglich auf den Geschäftsverkehr beziehen, ohne die Belange und Besonderheiten des öffentlichen Rechtes mit zu umfassen. Es kommt jedoch bei der Bemessung der Fristen im BGB ein Rechtsgedanke zum Ausdruck, der auch auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes wirksam sein kann und als ungeschriebene Norm für dessen Geltungsbereich anzuwenden ist. Der Grundgedanke bei der Bemessung der Fristen im BGB geht nämlich dahin, die Ausübung der Anfechtung dann nicht mehr zuzulassen, wenn nach Treu und Glauben angenommen werden muss, dass der Anfechtungsberechtigte nach Ablauf einer gewissen Frist von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch mehr machen will. Wird dieser Rechtsgedanke auf das öffentliche Recht übertragen, so ergibt sich hier für die Frist der Geltendmachung einer Anfechtung folgendes: Wenn eine Anstellungsbehörde (bei der Anstellung eines Beamten) in Kenntnis wirksamer Anfechtungsgründe so lange hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, dass billigerweise auf den Willen einer Fortsetzung des Beamtenverhältnisses geschlossen werden kann, so hat sie ihr Anfechtungsrecht verwirkt." (S. 245)¹⁾

Neben dem in den vorgenannten Entscheidungen behandelten Grundsatz von Treu und Glauben und dessen Niederschlag in einigen Vorschriften des BGB wird in der Rechtsprechung auch der Vorschrift des § 138 Abs.1 BGB eine über das bürgerliche Recht hinausgehende Bedeutung auch für das öffentliche Recht zuerkannt.

Grundlegend für diese Rechtsprechung war eine Entscheidung des RG (RG 134/160) sowie eine den Ausführungen des RG zustimmende und sie weiterführende Entscheidung des preuss. OVG (pr.OVG 97/95). Darüber hinaus wird in der genannten Entscheidung des RG auch dem Grundgedanken des § 134 BGB

1) so auch neuerdings hess.VGH E vom 22.6.51 in DVBl 51/738 u.OVG Münster (Urteil v. 8.11.51 DVBl 52/606).

die Bedeutung eines auch für das öffentliche Recht verbindlichen allgemeinen Rechtsgrundsatzes zugesprochen. Den Erörterungen des RG lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Oberbürgermeister einer Stadtgemeinde hatte mit einem städtischen Beamten ein Abkommen dahingehend getroffen, dass, wenn dieser seine Entlassung beantrage, und auf alle beamtenrechtlichen Ansprüche verzichte, eine von dem Beamten im Dienst begangene Straftat nicht zur Anzeige kommen solle. Der Beamte beantragte die Entlassung. In einem späteren Verfahren berief er sich jedoch auf die Nichtigkeit der Entlassung, da sie gesetz- und sittenwidrig zustande gekommen sei.

Das RG führt dazu aus:

"Das Oberlandesgericht erklärt das nach seiner Auffassung dem Entlassungsantrag zugrundeliegende Abkommen für nichtig und für anfechtbar. Die Nichtigkeit stützt es auf §§ 134 u. 138 Abs. 1 BGB, da die Vereinbarung zwischen dem Oberbürgermeister und dem Kläger sowohl gegen ein gesetzliches Verbot wie gegen die guten Sitten verstosse. Schon eingangs ist betont worden, dass eine solche unmittelbare Anwendung von Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse, wie sie hier zur Entscheidung stehen, nicht anhängig ist. Es kann sich nur fragen, inwieweit solche Vorschriften allgemeine Rechtsgedanken zum Ausdruck bringen, die, wenngleich sie nur im Privatrecht einen positiven Niederschlag gefunden haben, doch auch für das öffentliche Recht Geltung zu beanspruchen haben. Diese Frage muss allerdings für die genannten beiden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches bejaht werden. Willenserklärungen, die einem gesetzlichen Verbot oder den guten Sitten zuwiderlaufen, können auch im öffentlichen Recht keine Anerkennung beanspruchen. Dabei kann an dieser Stelle unerörtert bleiben, wie ein Verwaltungsakt, der einen solchen Verstoß enthält, in seiner rechtlichen Wirkung zu beurteilen ist. Jedenfalls sind öffentlich-rechtliche Willenserklärungen von Privatpersonen, die unsittlichen oder verbotswidrigen Charakter tragen, nichtig. Dasselbe gilt von behördlichen Willenser-

klärungen, die nicht Verwaltungsakte sind. Deshalb würde, wenngleich an sich Vereinbarungen zwischen Behörde und Beamten über dessen Ausscheiden aus dem Dienst rechtlich zulässig sind, auch das fragliche Abkommen nichtig sein, wenn ihm der Mangel der Gesetzeswidrigkeit oder Unsittlichkeit anhaftete." (S.167).

Dies wird im Folgenden sodann nach eingehender Untersuchung des Sachverhaltes vom RG verneint.

Das pr. OVG, das einen ähnlichen, wenn auch hier in seinen Einzelheiten nicht näher interessierenden Fall zu entscheiden hatte, (pr.OVG 97/95¹⁾), stimmte den grundsätzlichen Ausführungen des RG zu. Darüber hinaus erörtert es aber noch die vom RG offen gelassene Frage, ob und inwieweit ein Verwaltungsakt, der von einer Willenserklärung einer Privatperson abhängig ist, in seiner Rechtsbeständigkeit dadurch beeinflusst wird, dass diese Willenserklärung wegen Vorliegens der Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist. Nachdem das pr.OVG festgestellt hat, dass ein Staatsakt auch wenn er fehlerhaft ist, in der Regel nur anfechtbar, nicht aber nichtig sei, und die Nichtigkeit des Aktes nur in wenigen Ausnahmefällen in Frage komme (wie Erlasse durch absolut unzuständige Behörde, Ausserachtlassung einer evtl. gesetzlich vorgeschriebenen Form, Anordnung von tatsächlich oder rechtlich Unmöglichkeit) fährt es fort:

"Hoheitsakte sind mit stärkerer Widerstandskraft als private Rechtsgeschäfte begabt. Die unmittelbare Anwendung von privaten Rechtsnormen auf das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis ist, wie wohl allgemeine, in privatrechtlichen Vorschriften ausgeprägte Rechtsgedanken die Grundlage für eine öffentlich-rechtliche Rechtsregel zur Ausfüllung einer Lücke des positiven öffentlichen Rechtes bilden können, ohne weiteres nicht anhängig.

1) Ein Beamter behauptete die Nichtigkeit seiner Zurruehssetzung, weil sein dahingehender Antrag s.Zt. unter widerrechtlicher Drohung seines Vorgesetzten gestellt worden und daher der Erlass, durch den seine Zurruehssetzung erfolgte, unter sittenwidrigen Umständen zustandegekommen sei.

... Die Vorschrift des § 138 Abs.1 BGB kann daher insoweit nicht uneingeschränkt auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes übernommen werden, als es sich um die rechtliche Wirkung sittenwidrig bestimmter Willenserklärungen auf den Bestand des von ihnen abhängigen Verwaltungsaktes handelt.

Die Folge eines durch sittenwidriges Handeln beeinflussten Entlassungsantrages ist daher nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit des Entlassungsaktes". (S.100)¹⁾

Rein zeitlich gesehen wurde der der Vorschrift des § 618 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke zuerst vom RG als ein allgemeiner, über das bürgerliche Recht hinaus auch im öffentlichen Recht Geltung beanspruchender Rechtsgrundsatz anerkannt. Dabei konnte das RG in der hier grundlegenden Entscheidung RG 97/43 bereits auf seine entsprechenden (allerdings nur in knappen Auszügen veröffentlichten) Entscheidungen aus dem Jahre 1916 hinweisen.

In RG 97/43 lag dem Reichsgericht die Klage eines Postsekretärs gegen das Deutsche Reich zur Entscheidung in der Revisionsinstanz vor. Der Postsekretär verlangte mit seiner Klage Schadensersatz, da er infolge fehlerhafter Beschaffenheit seines Arbeitsplatzes erkrankt war. Der Berufungsrichter hatte den Anspruch zu 3/4 zugesprochen im Übrigen abgelehnt. In den Gründen der Revisionsentscheidung führt das RG aus:

"Der Berufungsrichter stützt sein Erkenntnis auf entsprechende Anwendung des § 618 BGB. Die Revision des Beklagten stellt dies zur Nachprüfung. Dem Berufungsrichter ist beizustimmen, jedoch, wie der erkennende Senat schon wiederholt dargelegt hat, (vgl. s.B. Entscheidungen vom 2. Juni 1916 und vom 15. Dez. 1916 III, 65/16 und 3/354/16, Leipz.Zschr. 1916 Sp. 1102 Nr.18, 1917 Sp.746 Nr.4) nicht

1) Für den Fall, dass ein Verwaltungsakt selbst sittenwidrig ist, vgl. VGH Stuttgart (Urteil vom 29.4.1953 in DOV 1953 S.475 (476): "Keine Behörde des Staates darf bei ihren Massnahmen und Handlungen sittliche Grundsätze verletzen. Deshalb sind Verwaltungsakte, die gegen die guten Sitten, wozu auch allgemein anerkannte sittliche Grundsätze gehören, verstossen, nicht nur anfechtbar, sondern sogar nichtig."

in dem Sinne, als ob es sich um entsprechende analoge Anwendung, des privatrechtlichen § 618 auf das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis handele. Der Richter schöpft vielmehr aus Natur und Inhalt des Beamtenverhältnisses eine öffentlich-rechtliche Rechtsregel, die auf einem allgemeinen Rechtsgedanken fusst, der, wie er für das Privatrecht in § 618 ausgeprägt ist, so in Ausfüllung einer Lücke des positiven öffentlichen Rechtes auch das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis beherrschen muss. Es wird also nicht der § 618 angewendet, sondern § 618 ist nur ein auf anderem Rechtsgebiete gefundener Beleg für das Vorhandensein und die Notwendigkeit des allgemeinen Rechtsgedankens, den der Richter selbstschöpferisch in das öffentliche Recht einführt und auch dessen innere Eigenarten und Erfordernisse, also unabhängig von § 618, entwickelt, begrenzt und anwendet" (S.44)¹⁾

Eine seit Jahrzehnten feststehende Rechtsprechung des RG, die neuerdings durch den BGH fortgesetzt wird, sieht in dem § 75 Einl. ALR den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes.²⁾

Als Beispiel dafür mag die Entscheidung RG 161/387 dienen. Dort handelt es sich um folgenden Sachverhalt:

Die Deutsche Reichspost hatte eine Fernsprechanlage in Betrieb genommen, die in den Schutzbereich eines dem Kläger gehörenden Patentes fiel. Der Kläger verlangte Schadensersatz. Das RG nahm an, die Anlagen seien zum Zwecke der öffentlichen Wohlfahrt und in Ausübung eines Hoheitsrechtes in Benutzung genommen worden. Es war jedoch der Auffassung, dass dem Patentinhaber der sonst gegebene Anspruch auf Vergütung gemäss § 5 Abs.2 Satz 2 Patentgesetz vom 7. April 1891 nicht zustehe, da die hierfür gemäss § 5 Abs.1 Patentgesetz zur Voraussetzung gemachte Be-

1) Ebenso auch RG 104/58 (60); 141/385(389)
 2) Vgl. RG 102/390(391); 113/301(306); 145/107(111 ff); 159/129(134-136); 161/387(390); 163/228(230) und BGH 7/96(99 f); 9/83 - 9). In BGH 9/83 wird darüber hinaus auch die Anwendbarkeit des im § 75 Einl. ALR zum Ausdruck gekommenen allg. Rechtsgrundsatzes bei Vorliegen von Körperschäden entgegen RG 156/305 bejaht.

stimmung des Reichskanzlers oder der Reichsregierung darüber, dass die Erfindung zu Zwecken der öffentlichen Wohlfahrt benutzt werden sollte, nicht ergangen war.

Das RG fährt sodann fort:

"Der dem Patentinhaber in einem solchen Falle zustehende Anspruch geht nicht auf Vergütung für die durch die Bestimmung des Reichskanzlers oder der Reichsregierung begründete Zwangslizenz, sondern stellt einen Entschädigungsanspruch dar, der nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie er z.B. im § 75 Einltg. ALR zum Ausdruck kommt, jemanden zusteht, der gezwungen ist, seine Rechte dem allgemeinen Wohl aufzuopfern. Ein solcher Fall ist gegeben, wenn das Reich zur öffentlichen Wohlfahrt eine Erfindung in Ausübung eines Hoheitsrechtes in Benutzung nimmt, ohne dass eine Bestimmung der Reichsregierung gem. § 5 Abs.2 Satz 1 Patentgesetz a.F. ergeht." (S.390)

Mit dieser Entscheidung aus dem Jahre 1939 bestätigte das RG nur noch einmal seine Auffassung, die es erstmals bereits im Jahre 1921 in der Entscheidung RG 102/390 geäußert hatte; damals war es der Reichsmilitär-fiskus, der die Erfindung eines Patentinhabers ohne die im § 5 Abs.2 Patentgesetz vorgesehene Bestimmung des Reichskanzlers benutzt hatte.

Das RG hatte s.Zt. entschieden:

"In einem solchen Falle ... entspricht es der Billigkeit, dass für die nachträgliche Entschädigung der allgemeine Rechtsgrundsatz Platz greift, wie er z.B. in § 75 Einltg. ALR zum Ausdruck gebracht ist, wonach in dem Masse, in welchem jemand seine privaten Rechte dem allgemeinen Wohl aufzuopfern gezwungen wurde, er zu entschädigen ist". (S.391).

Eine letzte Gruppe der hier in Frage kommenden höchstrichterlichen Entscheidungen befasst sich mit so speziellen und selbst beweistechnischen Vorschriften wie den §§ 139 und 282 BGB und sieht in ihnen den Ausdruck allgemeiner auch für das öffentliche Recht verbindlicher Rechtsgrundsätze.

Für den § 139 BGB hat das RG unter anderem in seiner Entscheidung RG 134/1 ausgesprochen.¹⁾

Dort handelt es sich um die Klage zweier oldenburgischer Landesbeamten gegen den Oldenburgischen Staat. In diesem Verfahren machten die Kläger, die als Staatsminister unter Gewährung des gesetzlichen Wartegeldes zur Disposition gestellt worden waren, geltend, dass ihr Wartegeld zu niedrig berechnet worden sei. Mit der Klage verlangten sie Nachzahlung der ihnen angeblich noch zustehenden Beträge nebst Zinsen. Im Verlaufe des Rechtsstreites, der in seinen sonstigen Einzelheiten hier nicht näher interessiert, taucht u.a. die Frage der Rechtsgültigkeit des § 33 des Oldenburgischen Beamtendienstleistungsgesetzes vom 11. August 1920 auf. Auf Grund dieser Vorschrift konnten nämlich die gesetzlich festgelegten Dienstbezüge der Beamten durch (einfaches) Gesetz geändert werden und zwar so weit, dass selbst eine unbeschränkte Herabsetzung und sogar völlige Entziehung der Bezüge möglich war. Das RG sah die genannte Vorschrift des Oldenburgischen Beamtendienstleistungsgesetzes daher als in Widerspruch zu Art. 129 Abs.1 WR Verf. stehend an, nach dem die erworbenen Rechte der Beamten unverletzlich sind. Es fährt sodann fort.

"Der Berufungsrichter nimmt sonach mit Recht an, dass die genannte Vorschrift des Oldenburgischen Gesetzes insoweit mit der Reichsverfassung nicht mehr vereinbar ist. Es erhebt sich jedoch die weitere Frage, ob damit aufgrund des Artikels 13 R. Verf.²⁾ die ganze Vorschrift nichtig ist, ... oder ob sie - entsprechend dem dem § 139 BGB zu Grunde liegenden, auch im öffentlichen Recht verwertbaren allgemeinen Rechtsgedanken - in dem Umfang aufrecht zu erhalten ist, in welchem ein Widerspruch mit Art. 129 Abs.1 RVerf. nicht vorliegt. Trotz der sich aus der Schwierigkeit der Grenzziehung ergebenden Bedenken hält der Senat eine Teilung der Vorschrift in einen gültigen und einen ungültigen Teil für möglich." (S.15).

1) Vgl. ferner RG 133/206(211) und neuerdings auch BGH 7/1(10).

2) Art. 13 Abs.1 WRVerf.: "Reichsrecht bricht Landesrecht."

Das RG hat verschiedentlich auch in der Beweislastregel des § 282 BGB den Ausdruck eines allgemeinen, im privaten wie im öffentlichen Recht anwendbaren Rechtsgrundsatzes gesehen.¹⁾

In dem der Entscheidung RG in JW 1934 S.2842 Nr.2 zugrunde liegenden Fall, klagte ein Grundschuldgläubiger gegen den Justizfiskus auf Schadensersatz wegen Verlustes der vom Kläger vorgelegten Urkunden, die später aus den Akten verschwunden waren. Das RG nahm wie folgt Stellung:

"Das Berufungsgericht hat mit Recht die Ersatzpflicht des Beklagten allein schon auf den in der Rechtsprechung des RG ... entwickelten Rechtssatz gegründet, dass dann, wenn eine Behörde Sachen einer Privatperson in Verwahrung nimmt, eine nach öffentlichem Recht zu beurteilendes Rechtsverhältnis entsteht, kraft dessen für den Staat und seine Organe die Verpflichtung zur Obhut und, falls öffentliche Interessen nicht entgegenstehen, zur Rückgabe der Sache in unversehrtem Zustand erwächst. Hier beruft der Beklagte sich freilich darauf, dass der unstreitig eingetretene Verlust der Sachen nicht auf einem von ihm zu vertretenden Umstand beruhe. Die Rechtsbeziehungen der Parteien unterliegen aber dem in § 282 BGB zum Ausdruck gelangten allgemeinen Rechtsgedanken, der auch für das hier begründete öffentlich-rechtliche Verwahrungsvorhältnis Geltung beansprucht. Dennoch hatte der Beklagte, dessen Beamte die Urkunden in ihre Obhut übernommen hatten, darzutun und beim Bestreiten des Klägers zu beweisen, wie es zum Verlust der Urkunden gekommen ist und weshalb ihr Verlust bei Anwendung der gebotenen pflichtmäßigen Sorgfalt nicht abgewendet werden konnte."

1) So in RG in JW 1934 S.2842 Nr.2 und RG 166/218(240); im Ergebnis auch in RG 120/62 und 137/155.

§ 3: Zusammenhänge zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem allgemeinen Ordnungsprinzip im Recht.

Nachdem wir uns im Vorhergehenden einen allgemeinen Überblick über den Stand der Diskussion um die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die in Literatur und Rechtsprechung dazu geklärten Auffassungen sowie darüber verschafft haben, welche Sätze in einzelnen insbesondere von der Rechtsprechung als allgemeine Rechtsgrundsätze ausgegeben werden, soll nunmehr die eigene Ansicht zum Problem der allgemeinen Rechtsgrundsätze dargelegt und entwickelt werden.

Versucht man zuerst eine umschreibende Darstellung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes zu geben, so lässt sich folgendes sagen:

Es handelt sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um Rechtsregeln allgemeiner Art, die in ihrer Universalität jeder Rechtsordnung und jedem Rechtsgebiet notwendig immanent sind. Indem von ihnen gefordert wird, dass sie als Minimum in jeder Rechtsordnung enthalten sind, besteht zwischen ihnen und dem Wesen des Rechts überhaupt eine enge Beziehung. Diese enge Beziehung mit dem Wesen des Rechts lässt die allgemeinen Rechtsgrundsätze als einen unmittelbaren Ausfluss der Idee des Rechts erscheinen. Eine Rechtsordnung ohne sie ist keine Rechtsordnung. Immer dann, wenn ein Rechtsverkehr stattfinden soll, muss notwendigerweise in dem Willen, ihn zu eröffnen, auch der Wille enthalten sein, die durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze gegebene Ordnung einzuhalten. In demselben Augenblick, in dem ein Rechtsverkehr eröffnet wird, dem ja notwendig eine Rechtsordnung zugrunde liegen muss, in demselben Augenblick werden die allgemeinen Rechtsgrundsätze als notwendiger Bestandteil jeder Rechtsordnung mit dieser zugleich existent.¹⁾

1) Vgl. auch KÜNTZEL, Ungeschriebenes Völkerrecht S.6

Aus der soeben gegebenen umschreibenden Darstellung soll nun vorerst nicht mehr entnommen werden als Folgendes: Wie jeder vernünftigen menschlichen Ordnung ein bestimmtes Prinzip, eine bestimmte Ordnungsvorstellung, eine bestimmte Ordnungsidee zugrunde liegt, ohne die die Erscheinung "Ordnung" gar nicht denkbar ist, so ist das notwendig auch bei der Rechtsordnung der Fall. Innerhalb eines solchen Ordnungsgefüges gibt es einmal Ordnungssätze, die ganz spezielle Sachverhalte regeln. Bei diesen Sätzen ist das Ordnungsprinzip oft kaum noch erkennbar, weil es zu stark durch die speziellen Gegebenheiten überlagert wird. Zum anderen gibt es innerhalb jeden Ordnungsgefüges solche Sätze, die, wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze, mehr allgemeiner Natur sind und bei denen das der gesamten Ordnung zugrunde liegende Prinzip nicht so weitgehend in einen Spezialbereich transportiert werden musste. Daraus ergibt sich, dass es bei diesen Sätzen auch leichter ist, das Prinzip zu erkennen, weil es bei ihnen weniger durch spezielle Gegebenheiten überlagert erscheint.

Innerhalb der Rechtsordnung sind es die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die wegen ihrer allgemeinen Natur das die Rechtsordnung tragende Ordnungsprinzip im besonderen Masse zur Geltung bringen und von ihm beeinflusst werden.

§ 4: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Ausdruck des Gerechtigkeitsprinzips im Recht..

I. Allgemeine Zusammenhänge zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Gerechtigkeitsprinzip.

Wurde bisher davon gesprochen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze zu dem tragenden Ordnungsprinzip der Rechtsordnung in einem engen Verhältnis stehen, so ist dabei doch noch völlig offen geblieben, um welches Ordnungsprinzip es sich inhaltlich handelt und welche

Qualifikation dieser Ordnung zukommt. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind aber als Rechtsgrundsätze nicht Bestandteil einer beliebigen Ordnung, sondern Bestandteil der Rechtsordnung. Als Rechtsordnung können wir aber in Wahrheit nur eine solche Ordnung bezeichnen, die einer materialen Rechtsidee entspricht, die also nach einem bestimmten Ordnungsprinzip hin orientiert ist.

Die nahezu einhellige Meinung betont mit Recht, dieses Prinzip, nach dem eine jede Ordnung ausgerichtet sein müsse, damit wir ihr den Namen Rechtsordnung beilegen können, sei das Prinzip der Gerechtigkeit.¹⁾

1) Vgl. z.B. ESSER, Einführung S.11 ff; RADBRUCH, Rechtsphilosophie S.123 ff u. S.336; COING, Grundzüge S.29 ff; LEHMANN, Wirkungsstätte S.372 u. S.376; BACHOF, Verfassungswidrige Verfassungsnormen S.45, der zwar von "Übergesetzlichem Recht" spricht, diesen Ausdruck aber wohl synonym für Gerechtigkeit anwendet; dazu ähnlich auch HAMMES, Positives Recht JR. 1949, S.458; WOLFF, Gerechtigkeit als principium iuris in Festschrift für SAUER und derselbe schon in Juristische Person S.380. Schon für die Staatsrechtslehre der Weimarer Zeit betont THOMA in HÄDSTE II S.140 die immanenten Schranken jeder Rechtsordnung, die durch die Zielrichtung "Gerechtigkeit" gegeben sind. Vgl. auch die bei THOMA in Anmerkung 74 a.a.O. S.140 gegebenen Literaturhinweise, vor allem TRIPPEL, Goldbilanzverordnung und Vorzugsaktien 1924, S.25. SCHEUNER, R-St-Wi III S.145 scheidet klar Recht und Gesetz in diesem Sinne. ULE, Über die Gewissensgebundenheit des Richters in ZJBl BZ 1948 S.261 f. weist darauf hin, dass sogar die optimistischen Rationalisten des 18. und beginnenden 19. Jahrhunderts u.a. Montesquieu selbstverständlich die Übereinstimmung von Gesetz und Recht im Sinne der Gerechtigkeit voraussetzten. LEGAZ Y LACAMERA, Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre ZÖR Bd.12 1932, S.664; DAHM, Deutsches Recht S.15; BEYER, Der Abschluss Übergesetzlicher Grundsätze im Verwaltungerecht in DVBl 1951 S.628 f. geht davon aus, dass die Gerechtigkeit (bei ihm in Gestalt von "Naturrechtssatz und Billigkeit") "in das Gesetz selbst hinein gearbeitet ist." WEIGELIN, Recht und Naturrechtslehre JRSPH. Bd.39 (1950/51) S.117 ff gibt zu, dass positive Gesetze als "niederträchtige Gesetze" nichtig sein können. HERRFAHRDT, DRZ 1949, S.32 ff; v.HIPPEL, Über die Verbindlichkeit der Gesetze AÖR 1930 Bd. 19 nF S.109; KLEIN, StW Sp.38 betont, dass auch der Gesetzgeber "an Rechtsidee und materielle Gerechtigkeit gebunden ist". Aus dieser Literaturübersicht ergibt sich, dass der extrempositivistische Standpunkt, wie er vor allem in

Kommen wir auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz zurück, so ergibt sich folgendes:

Nachdem nachgewiesen wurde, dass der allgemeine Rechtsgrundsatz schon seinem Begriff zufolge in engster Beziehung zu dem wie auch immer gearteten tragenden Ordnungsprinzip der Rechtsordnung steht und dass weiter dieses Prinzip kein anderes als das Prinzip der Gerechtigkeit, das Rechtsprinzip, ist und darüber hinaus eine Rechtsordnung nur insoweit gegeben ist, wie sie an diesem Prinzip orientiert ist, so haben wir nunmehr ein neues Charakteristikum der allgemeinen Rechtsgrundsätze erhalten.

Aus dem soeben Dargelegten kann man nämlich darauf schliessen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze in ihrer jeweiligen Gestalt durch die Idee der Gerechtigkeit auch besonders nachhaltig beeinflusst worden. Infolgedessen wird das Rechtsprinzip in ihnen einen besonders intensiven Wirkungsgrad erreichen und ein Verstoß gegen allgemeine Rechtsgrundsätze somit auch als eine besonders starke Ungerechtigkeit empfunden werden.

den Lehren BERGBOHMS (s.B. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie) vertreten wurden, überwunden ist. Aus der neueren Judikatur vgl. KO in SJZ 1947 S.262; OLG Kiel in SJZ 1947 Sp.327; LG Frankfurt in SJZ 1947 S. 622; die angeführten Entscheidungen besagen, dass "positives Recht", das den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widerspricht, nicht "Recht" ist. Die Bindungen des Gesetzgebers an Recht und Gerechtigkeit betonen folgende Entscheidungen des bay-Vf-GH: Entscheidung vom 22.3.1948 in bayVwGE nF 1.Bd. 1947/48 S.63 ff; Entsch. vom 28.6.1948 ebenda S.38 ff. Die Anerkennung von "Überpositiven" Rechtsgrundsätzen (als geltende Normen) ausserhalb des Bereiches des gesetzten Rechtes bringt die Entscheidung des BVerfG v.23.10.1951 (BVerfGE 1/17 (Leits. 21a), 61). Dort wird allerdings das positive Recht mit dem gesetzten Recht gleichgesetzt; dazu, dass das nicht angängig ist, vgl. S.61 ff.

II. Entwicklung des principium iuris aus dem allgemeinen Sittengesetz und Abgrenzung gegenüber dem Tugend- und dem Liebesprinzip.

Indem wir so also erkannt haben, dass zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Idee des Rechts in Gestalt des Prinzips der Gerechtigkeit eine notwendige Beziehung besteht, wird es nunmehr erforderlich, dieses Prinzip näher zu bestimmen.¹⁾

Ein Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, worin das Prinzip der Gerechtigkeit bestehe, findet sich in den Entscheidungen des Gewissens, das uns durch diese seine Entscheidungen im konkreten Fall eine Vorstellung davon gibt, welche Handlungsweise gerecht und welche ungerecht sein würde. Ist es doch das Gewissen, dem wir uns letztlich anvertrauen, wenn wir eine Aussage über rechtes oder unrechtes Tun machen wollen.

Wie wertvoll das Gewissen aber für die Entscheidung im konkreten Fall auch ist, so bietet es uns dennoch keine unmittelbare Erkenntnis des Prinzips, das den verschiedenen Einzelentscheidungen zugrunde liegt, und dessen Anwendung sie darstellen.

Diese Tatsache ergibt sich aus der Funktionsweise des Gewissens, die darin besteht, zwar Einzelentscheidungen in Fällen konkreter Interessens-kollisionen zu geben, dagegen die Erkenntnis des die Einzelentscheidungen bestimmenden Prinzips nicht unmittelbar zu vermitteln.

Kenntnis von dem Inhalt des Prinzips lässt sich nur dann²⁾ erlangen, wenn man von den konkreten Besonderheiten jener Gewissensentscheidungen abstrahiert. "Dann gewinnen wir die unbewusste unmittelbare Erkenntnis, die ihnen allen zugrunde liegt. Es ist das Prinzip, daß dem jeweils objektiv wertvolleren menschlichen Interesse der Vorzug zu geben ist."²⁾ Dieses Prinzip gibt aber erst den In-

1) Diese Bestimmung geschieht hier unter Zugrundelegung der Darstellung WOLFF's in: Über die Gerechtigkeit als principium iuris (SAUER-Festschrift S.103 ff).

2) WOLFF, a.a.O. S.112.

halt des allgemeinen "Sittengesetzes" wieder, ohne den Besonderheiten Rechnung zu tragen, die für die Rechtsordnung und damit auch für das Grundgebot der Gerechtigkeit als oberstes normatives Prinzip des Rechts bestehen.

Das Rechtsprinzip, das die Frage beantworten soll "was im Verhältnis aller Menschen untereinander diesen pflichtmässig unbedingt geboten ist",¹⁾ ist vielmehr der "überhöchste Anwendungsfall"²⁾ des "Sittengesetzes."

Das Rechtsprinzip muss nämlich einerseits unterschieden werden vom Tugendprinzip, das angibt, wie der Mensch sich hinsichtlich seiner selbst zu verhalten habe (nämlich so, "dass von kollidierenden Eigeninteressen dem objektiv wertvolleren der Vorzug zu geben ist")³⁾ und andererseits vom Liebesprinzip, das auf die innere Haltung und das äussere Verhalten bestimmter Menschen gegenüber **b e s t i m m t e n** anderen Menschen Bezug nimmt und "optativisch wünscht, einem Eigeninteresse das objektiv wertvolle Interesse des Geliebten, des Freundes, des "Nächsten" vorzuziehen."

Demgegenüber bezieht sich das Rechtsprinzip nur auf das **a u s s e r e** Verhalten aber dasjenige **b e l i e b i g e r** Menschen untereinander, und ist im Umfang und der Kategorik seiner Geltung entsprechend eingeschränkt auf das Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird.⁴⁾

1) WOLFF, a.a.O., S.112.

2) WOLFF, a.a.O., S.112.

3) WOLFF, a.a.O., S.112 f.

4) ebd.

III. Erste allgemeine Folgerungen für die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus der Tatsache ihres Zusammenhangs mit dem principium iuris.

Wurde bisher festgestellt, dass zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Prinzip der Gerechtigkeit eine enge Beziehung besteht und haben wir weiter gesehen, dass das Prinzip der Gerechtigkeit nicht nur eine vage Vorstellung, sondern ein exakt bestimm- und formulierbares Prinzip ist, so ist damit eine erste Grundlage gewonnen, von der aus sich bereits einige allgemeine Folgerungen für die allgemeinen Rechtsgrundsätze ziehen lassen. Wenn im vorhergehenden die Idee der Gerechtigkeit als oberstes Rechtsprinzip gekennzeichnet wurde, so ergibt sich daraus, dass die Rechtsordnung in gewissen Fundamentalsätzen,¹⁾ die sich unmittelbar, d.h. ohne Zwischenschluss aus der Idee der Gerechtigkeit ergeben - den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nämlich - von jedem wie auch immer gearteten Willensmoment unabhängig sein muss.²⁾

1) Dass es sich bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen um Fundamentalsätze handeln muss, betont auch SCUPIN, Menschenrechte, Festschrift für LAUN-1953, S.179 und ähnlich WOLFF, SAUER-Festschrift S.116, der hervorhebt, dass ein solcher Satz von küsserster Abstraktion und Generalität sein muss.

2) Die Möglichkeit und Notwendigkeit, gewisse Fundamentalsätze aus der Rechtsidee unmittelbar abzuleiten, steht im Einklang mit der Auffassung, dass der Idee eine unmittelbare Gestaltungskraft zukommt und inneohnt. Diese Auffassung gehört zur philosophischen Tradition des Abendlandes, nahm ihren Ausgangspunkt bei PLATON, wurde in Abwandlungen auch von ARISTOTELES gelehrt, trat während des mittelalterlichen Universalienstreites zurück, um später wieder als philosophischer Realismus bis heute bestimmend zu werden. (Zur Entwicklung des philosophischen Realismus und Nominalismus vgl. die eingehenden Darstellungen bei KIPP, Forum der Rechtsphilosophie S.95 ff.) Auf die Bedeutung der Idee (als Rechtsidee) weist auch LEGAZ Y LACAMBRA, Die ontologische Grundlage der reinen Rechtslehre ZÜR Bd.12, S.643 besonders nachdrücklich hin, wenn er sinngemäss ausführt, geltendes Recht könne nur aus der Idee der Gerechtigkeit als Recht begründet werden. Vgl. auch ESSER, Einführung vor allem S.4-6. Schliesslich begründet auch SPIROPOULOS die allgemeinen

Diese Unabhängigkeit verführt bei oberflächlicher Betrachtung leicht zu der Annahme, die allgemeinen Rechtsgrundsätze seien nur als einer besonderen Rechtsordnung, nämlich der Naturrechtsordnung, angehörend aufzufassen, da die Unabhängigkeit vom menschlichen Willen ein besonderes Merkmal des Naturrechts sei. Nach der oben dargestellten Bedeutung der Idee der Gerechtigkeit für die positive Rechtsordnung als Rechtsordnung und der unmittelbaren Ableitung der sich aus dem Gerechtigkeitsprinzip ergebenden Fundamentalsätze als allgemeine Rechtsgrundsätze, kann eine "naturrechtliche" Deutung in dem geschilderten Sinne - wie sie insbesondere von SPINOPOLLOS vertreten wird - aber nicht mehr aufrecht erhalten werden. Da wir nämlich festgestellt haben, dass die positive Rechtsordnung in dem Gesamtbestand ihrer Normen als positive Rechtsordnung erst angesprochen werden kann, wenn sie auf das Prinzip der Gerechtigkeit hin ausgerichtet ist, die Idee der Gerechtigkeit also selbst ein Grund- und Leitsatz des positiven Rechtes ist, wäre es widersinnig, wollte man die aus ihr unmittelbar abgeleiteten Fundamentalsätze in eine besondere Rechtsordnung verweisen.¹⁾

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind also Bestandteile der positiven Rechtsordnung und zwar ohne, dass ein Gesetzgeber einen dahingehenden Willensäußerung braucht.²⁾

Rechtsgrundsätze, die er als Naturrecht bezeichnet, in Wahrheit aus der Idee der Gerechtigkeit, wenn er selbst in Anm. 26, S. 20 darauf hinweist, dass er unter Naturrecht entsprechend einer neueren Auffassung nicht so sehr eine besondere Rechtsordnung, sondern vielmehr "natürliche Gerechtigkeit", "principes généraux de la justice et de l'équité" versteht.

- 1) Eine Parallele zu der hier vertretenen Auffassung findet sich neuerdings in einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹⁾, wenn dieses ausführt: Es sei zu berücksichtigen, "dass das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden und innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen". (BVerfG Urt. vom 1.7.1953 - 1 BvL 23/29 in NJW 1953 S. 1137 f. bes. S. 1138 unten Ziff. II 2). Vgl. auch ESSER, Einführung S. 9, der von der Rechtsidee sagt, sie lebe nicht jenseits des positiven Rechtes, sondern in ihm.
- 2) Das erkannte schon das hamb. OVG in seiner Entsch. in JW 1927 S. 2948 f.

Das ist in letzte Konsequenz die "Enttötung des Gesetzgebers",¹⁾ denn es gibt keinen Gesetzgeber, der sich dem Bahkreise großer Rechtsgrundsätze entziehen könnte. Solange er die Ambition hat, eine Rechtsordnung zu schaffen, muss er sie aus Bestandteil dieser Rechtsordnung machen und sie als außerhalb seiner Willensmacht liegend anerkennen.²⁾

§ 5: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze als zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip.

Während bisher nur geklärt worden konnte, dass zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem oben entwickelten Rechtsprinzip eine notwendige enge Beziehung bestehen muss, bedarf es nun noch einer näheren Untersuchung dahingehend, welcher Art diese Beziehung ist, worin dieser enge Zusammenhang besteht.

Fragen wir uns, welche allgemeinste Beziehung zwischen dem Rechtsprinzip und Rechtsakt überhaupt besteht, so lässt sich sagen, dass Rechtsakte durch Anwendung des Rechtsprinzips auf Interessenkollisionen ent-

1) Das gilt unmittelbar jedoch nur für diese Fundamentalsätze. Im Übrigen muss es vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit dabei bleiben, dass die Rechtsidee durch einen Gesetzgeber konkretisiert wird (so auch WOLFF, Jurist. Pers. S. 41 und 46 und DAHM, Deutsches Recht S. 45). Das ist aber schließlich nur eine Frage der Verteilung der Zuständigkeit innerhalb einer bestimmten Rechtsgemeinschaft (angelsächsisches Präjudizienrecht!). Das Rechtsgesetz fordert nämlich nicht, dass diese Zuständigkeit nur einem bestimmten Staatsorgan zustehen solle (vgl. WOLFF, Jurist. Pers. S. 407). Vgl. auch COING, Operate Rechtsgrundsätze S. 132, der vom Gesetz als "objektivierendes Gerechtigkeit" spricht. Ähnlich auch die Darstellung bei ESSER, Einf. S. 15-17. Dass es sich dabei aber immer nur um ein Annäherungsverhältnis handeln kann, d. h. die Gerechtigkeit nur der jeweiligen Kulturlage entsprechend verwirklicht werden kann, war schon seitwärts Erkenntnis der spanischen Scholastik (vgl. LEZAMA Y LACAMBRA, SUR Bd. 12 S. 661).

2) Zum Vorstehenden vgl. auch v. i. HEYDE, Friedenswarte 1933 S. 289 ff.

stehen.¹⁾ Die Rechtsätze geben das Ergebnis dieser Anwendung wieder, indem sie bestimmen, wie gewisse Interessenkollisionen geregelt werden sollen.

Nun gibt es Interessenkollisionen spezieller Art und solche, die mehr allgemeiner Natur sind. Ja, es ist denkbar, dass es gewisse allgemeinste typische und konstante Interessenlagen gibt, die im gesamten Rechtsgebiet gleichermaßen und immer wieder auftauchen.²⁾ Einen Rechtsatz, der eine solche konstante Interessenlage allgemeinsten Art regelt, könnten wir als allgemeinen Rechtssatz bezeichnen. Er würde sich dadurch gegenüber anderen Rechtsätzen auszeichnen, dass er kraft der Universalität der Interessenlage in allen Rechtsgebieten gleichermaßen anwendbar wäre.³⁾

Es ist aber auch ein anderer Weg denkbar, um ausgehend vom Rechtsprinzip zu Rechtsnormen zu gelangen, die kraft ihres allgemeinen Inhaltes geeignet sind, auf allen Rechtsgebieten Anwendung finden zu können.

So wie das Rechtsprinzip nicht eine Interessenlage selbst schon regelt, sondern nur den allgemein gültigen Maßstab, die Richtlinie angibt, wie Interessenlagen überhaupt, sollten sie auftreten, zu regeln sind, so ist es denkbar, dass es noch weitere Normen gibt, die solche allgemein gültigen Richtlinien für die rechtliche Regelung von Interessenkollisionen zum Inhalt haben und daher ihren Geltungsanspruch auf den gesamten Rechtsbereich ausdehnen.

Derartige Richtlinien oder Maßstäbe könnten aber nur ein Ausfluss des vom Rechtsprinzip angegebenen Maßstabes sein, da das Rechtsprinzip und damit der in ihm enthaltene Maßstab den Vorrang beanspruchen.

Der Maßstab des Rechtsprinzips lautet: Das objektiv geringwertige Interesse soll zurückgestellt werden. Suchen wir nun Richtlinien angegebende Rechtsnormen, die einer-

1) Wenn man einmal von reinen Ordnungssätzen wie etwa dem Gebot des Rechts- oder Linksfahrens etc. und solchen Sätzen absieht, die nur Definitionen enthalten.

2) So auch WOLFF, a.a.O., S. 114.

3) Vgl. aber unten S. 47 f.

seits ebenso generell für das gesamte Rechtsgebiet gelten, andererseits mit dem Rechtsprinzip im Einklang, nicht aber mit ihm identisch sein sollen, so kann es sich nur um die deutliche Formulierung unmittelbarer, zwingend notwendiger allgemeiner Folgerungen aus dem Rechtsprinzip handeln.

Dabei wird jedoch im folgenden zu beachten und darzulegen sein, dass einige dieser Folgerungen insofern eine besondere Beachtung verdienen, als es sich bei ihnen um die Fixierung und Postulierung von Rechtswerten handelt, die dadurch, dass ihnen gegenüber anderen eine typische und objektive Höherwertigkeit zukommt, für die gesamte Rechtsordnung gleichermaßen bedeutsam sind.¹⁾

Die Möglichkeit, überhaupt allgemein gültige, einen Maßstab oder eine Richtlinie angegebende Rechtsnormen zu bilden, die zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip formulieren, bedarf vorerst keiner näheren Begründung, denn sie ist als solche einsichtig.²⁾ Insofern bleibt im wesentlichen nur die Aufgabe, solche zwingenden Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und den allgemeinen Interessenkollisionen zu entwickeln.³⁾

- 1) Diese letzte Möglichkeit wird auch von COING, Oberste Rechtsgrundsätze, besonders S. 54 ff. herausgestellt und betont.
- 2) Vgl. auch WOLFF, Verwaltungsrecht S. 60 der gleichfalls solche Normen als allgemeine Rechtsgrundsätze anerkennt, die unswefelhafte Folgerungen aus dem Rechtsprinzip formulieren.
- 3) So ist z.B. das Prinzip der persönlichen Gleichheit wie es von WOLFF aus dem Rechtsprinzip entwickelt wird (vgl. principium iuris S. 115) als eine allgemeingültige Rechtsnorm anzusehen, die eine zwingende Folgerung aus dem Rechtsprinzip formuliert. Das gleiche gilt für das Postulat der "Sachlichkeit": "Bei einer sittlichen oder rechtlichen Entscheidung sind nur diejenigen Faktoren zu berücksichtigen, welche den objektiven Wert der auf dem Spiele stehenden Interessen bestimmen. So sind z.B. Haarfarbe, Geschlecht, oder Zugehörigkeit zu einer politischen Partei ohne Bedeutung für die Interessen, die bei einer Darlehensschuld, einem Besitzrecht, einer Schankkonzession oder der Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes auf dem Spiele stehen". (WOLFF, a.a.O., S. 115).

Zweifelhafter mag dagegen die oben angegebene Möglichkeit erscheinen, hierbei auch das Vorhandensein solcher Normen nachzuweisen, die dadurch, dass sie gewisse im Verhältnis zu allen sonstigen Rechtswerten typisch und objektiv höherwertige Rechtswerte postulieren, ebenfalls für das gesamte Rechtsgebiet gleichermaßen geltende Maßstäbe für die Regelung von Interessenkonflikten darstellt.

Derartige Zweifel lassen sich jedoch alsbald beseitigen, wenn wir die besondere Struktur des Rechtsprinzips mit in Betracht ziehen, d.h. an dieser Stelle vor allem seinen bloss formalen Charakter. Das Rechtsprinzip trägt formalen Charakter, weil es allein nicht zur Entscheidung eines Rechtsfalles ausreicht; dazu bedarf es vielmehr noch eines Urteils über das objektive Wertverhältnis der im konkreten oder typischen Fall auf dem Spiele stehenden Interessen.¹⁾ Indem das Rechtsprinzip nichts darüber aussagt, wie das objektiv höherwertige Interesse zu bestimmen ist, verweist es insoweit auf ein unabhängig von ihm bestehendes Rangverhältnis der Werte, auf Grund dessen die Bewertung der Interessen zu erfolgen hat²⁾. Lassen sich bestimmte für das ganze Rechtsgebiet bedeutsame Werte feststellen, denen gegenüber anderen objektiv eine typische Höherwertigkeit zukommt, so gewinnen wir durch die deutliche Formulierung und Postulierung dieser Rechtswerte gleichfalls allgemeingültige Rechtsnormen und zwar Rechtsnormen in diesem Fall, die die Forderung und das Gebot zum Inhalt haben, einen bestimmten, sich durch seine typische Höherwertigkeit gegenüber anderen auszeichnenden Rechtswert im gesamten Rechtsleben zu beachten. Ob und welchen Werten eine derartige Qualifikation zukommt, kann nicht allein aus

1) vgl. auch WOLFF, Principium iuris S.113.

2) vgl. auch VERDROSS, Wertgrundlagen S.139, der darüber hinaus betont, die positiven Normen verlieren überhaupt ihren Sinn, "wenn ihre Wertgrundlage weggedacht wird." Im Anschluss an BYNNEERSHOEK (in Quaestio iuris publici libri duo, 1737 II, cap.X) sagt VERDROSS mit Bezug auf das Völkerrecht: "haec valores si tollis, tollis inter gentes commercia tollis ius gentium ipse". Über die Notwendigkeit der Erkenntnis der Wertgrundlagen, die der positiven Ordnung immanent sind vgl. CAPOGRASSI, Konfliktsituationen (in Universitas 1954 H.1) S.25 ff.

dem Rechtsprinzip hergeleitet werden, da dieses nicht selbst eine bestimmte Wertstufung vornimmt, sondern auf eine solche nur verweist. Diese Qualifikation muss daher aus allgemeinen Überlegungen gewonnen werden, d.h. Überlegungen die vom Wesen und Zweck des Rechts sowie seiner Stellung im Normbereich auszugehen haben.¹⁾ ist sie

1) So ergibt sich z.B. aus Wesen und Zweck des Rechts als Friedensordnung (vgl. dazu etwa COING, Oberste Grundsätze S.24), dass die Rechtssicherheit einen derartigen qualifizierten Wert darstellt (so auch OLG Frankfurt in DVBl 1953 S.600: "Die Rechtssicherheit gehört ... zu den obersten Zielsetzungen des Rechtsstaates") - Aus der Aufgabe des Rechts, Beziehungen zwischen Menschen zu ordnen, folgt, dass Treu und Glauben (wobei "Treu" im weitesten Sinne etwa im Sinne von "Konsequenz" - vgl. auch unten S. 37 - zu verstehen ist, also sowohl Festhalten am gegebenen Wort wie auch Stehenbleiben bei einem einmal eingetragenen Verhalten etc.) als ein Grundwert im gesamten Bereich zwischenmenschlicher Beziehungen (vgl. besonders COING a.a.O. S.20 f.) ebenfalls zu den höchsten Rechtswerten zu rechnen ist. So zählt auch SCHACK (Rechtsgutachten zur Frage der Gültigkeit des § 9 Abs.1 des bremischen Gesetzes betr. der Alters- und Hinterbliebenenversorgung der bremischen Angestellten - GBl 1952 S.142 -, unveröffentlicht, S.15 des maschinenschriftlichen Exemplars; zit. bei KLEIN, StW 1954 Nr.1 - 2 Sp.34 f.) Treu und Glauben zu den elementarsten Wertgedanken der Rechtsordnung. Auch die Rechtsprechung (vgl. oben S. 19 ff.) betont, dass der Satz von Treu und Glauben im gesamten Rechtsleben Geltung beanspruche. Daraus, dass das Rechtsprinzip lediglich ein "Anwendungsfall" des Sittengesetzes ist (vgl. WOLFF, principium iuris S.112 und vorliegende Darstellung S.34 f), ergibt sich, dass das Recht einen Verstoß gegen die guten Sitten nicht zulassen kann und die guten Sitten als ein stets zu beachtender höchster Rechtswert anzusehen sind. Das hat z.B. zur notwendigen Folge, dass eine sittenwidrige Schädigung eine Verpflichtung zum Schadensersatz nach sich zieht und u.a. solchen Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen, die Wirksamkeit zu versagen ist. Beiden Forderungen hat der Gesetzgeber dann auch in den §§ 138 und 826 BGB Rechnung getragen. Diese Vorschriften haben daher alle den allgemeinen Rechtsgrundsatz der Wahrung der guten Sitten konkretisierende Vorschriften eine über den Geltungsbereich des bürgerlichen Rechts hinausgehende, sich auf alle Rechtsgebiete erstreckende Bedeutung (vgl. auch unten S. 49 Anm. 1). Hinsichtlich der in der Rechtsprechung (vgl. S.23 ff) strittigen Frage, ob ein sittenwidriger Verwaltungsakt nur unfechtbar oder aber nichtig sei, ist m.E. der Auffassung des VGH Stuttgart (vgl. S.24 Anm.1) aus den dort angeführten Gesichtspunkten zuzustimmen und ein sittenwidriger Verwaltungsakt für nichtig zu erachten.

aber festgestellt, so gebietet das Rechtsprinzip die Beachtung dieses Wertes bei jeder rechtlichen Interessenbewertung; denn die negative Forderung, das objektiv geringerwertige Interesse zurückzustellen schliesst zwangsläufig ein, dass dem objektiv höherwertigen Interesse und damit auch dem entsprechenden Wert wenigstens auch insoweit zur Durchsetzung zu verhelfen ist, als er sonst, erhalte das objektiv geringerwertige Interesse den Vorrang, verletzt würde.

Die darin liegende Einschränkung, dass der höhere Wert nur durch das Ausschliessen des geringeren, sonst aber nicht gefördert werden soll, ergibt sich schon aus der Funktion und Struktur des Rechtsprinzips. Denn dieses verlangt nur die Zurückstellung des objektiv geringerwertigen Interesses im Kollisionsfall, schliesst damit also nur die Verwirklichung bestimmter Werte aus, nicht aber gebietet es positiv die Verwirklichung anderer Werte. Wenn also oben davon gesprochen wurde, dass Rechtsprinzip erfordere die "Beachtung" gewisser höchster Rechtswerte und indirekt auch ihre "Durchsetzung", so ist das in dem oben bezeichneten einschränkenden Sinne zu verstehen. Genau genommen kann es sich somit nur darum handeln, dass die Durchsetzung eines einem höchsten Wert entsprechenden "Unwertes"¹⁾ in jedem Fall ausgeschlossen werden soll.²⁾

Haben wir solche typisch höherwertigen Rechtswerte auf die oben angegebene Weise gefunden, so stellen die diese Werte postulierenden Normen dann ihrerseits, wie das Rechtsprinzip und die sonstigen aus ihm abgeleiteten

- 1) Auf die innere Gesetzmässigkeit des Reiches der Werte, in dem jeden positiven Wert ein negativer Unwert gegenübersteht (etwa wie Gerechtigkeit und Willkür, Treue und Unbeständigkeit), weist COING, Oberste Grundsätze S.55 f. hin.
- 2) NELSON behandelt diesen Ausschluss von "Unwerten" im Zusammenhang mit der Entwicklung des "Prinzips des rechtlichen Rigorismus" (System S.53 f.) - Vgl. auch die auf ähnlichen Gedankengängen beruhende Lehre von der negativ sittlichen Natur des Rechtes, wie sie STAHL (Philosophie des Rechts II Auswahl Ausgabe S.75 f.) und LASSON (Rechtsphilosophie S.208 ff.) vertraten.

zwingenden allgemeinen Folgerungen, wiederum Richtlinien bzw. Maßstäbe dar, auf Grund deren im Einklang mit dem Rechtsprinzip Interessenlagen zu beurteilen sind.¹⁾

Derartige Normen können aber nicht mehr als Rechtsätze angesprochen werden, denn es fehlt ihnen das für einen Rechtssatz Typische, nämlich die direkte Regelung einer Interessenkollision durch die Angabe eines Tatbestandes für durch ein Zurechnungssubjekt oder durch irgendein bestimmtes Ereignis erfüllt werden muss, und die Bestimmung einer Rechtsfolge die ein Zuordnungssubjekt setzen soll.²⁾ Es kommt ihnen vielmehr die Bezeichnung allgemeiner Rechtsgrundsätze³⁾ zu,

- 1) Man kann in ihnen materielle Ergänzungen des Rechtsprinzips sehen wie z.B. COING, Oberste Grundsätze S.50 ff, oder sie unter dem Gesichtspunkt der Konkretisierung des Rechtsprinzips betrachten, eine Erscheinung, die besonders ENGISCH (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit) neuerdings untersucht hat.
- 2) Zur Struktur des Rechtssatzes vgl. WOLFF, Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht in AOR Bd. 76, S.208; ESSER, Einführung S.196.
- 3) Zum Verhältnis von Rechtsgrundsätzen und Rechtsätzen vgl. HÜLSCHER, Rechtslehre S.189, der zweiteilige Rechtsätze (bestehend aus Tatbestand und Folge) und einteilige Rechtsätze unterscheidet und mit letzteren wohl die hier Rechtsgrundsätze genannten Normen mit erfassen will; sowie KLEIN, Institutionelle Garantien S.276 ff., der zutreffend den Unterschied zwischen Rechtsätzen und Rechtsgrundsätzen betont, sich aber dann der m.E. unrichtigen Auffassung HELLERS anschliesst (vgl. HELLER, Souveränität S.48) und den Rechtsgrundsätzen den positiv rechtlichen Charakter abspricht, nur weil sie nicht die Form und die Funktion der Rechtsätze haben und nicht bestimmte Tatbestände erfassen. BOEHMER bei NIPPERDEY III S.251 und 254 unterscheidet aktuell wirksame Rechtsätze von unmittelbar inhaltlich bestimmendem Charakter, programmatische Rechtsgrundsätze (worumter er "Direktiven an den Gesetzgeber" versteht, "bisher geltendes Recht zu ändern", S.251) und positive Rechtsgrundsätze (die er als "rechtsgrundsätzliche Sanktionen unentbehrlicher Bestandteile der Rechtsordnung auffasst, die "die allgemeinen Fundamente festliegen", auf denen die Rechtsordnung ruht, S.254 f.), womit er die hier allgemeine Rechtsgrundsätze genannten Normen zu erfassen scheint. Die Ausführungen STIER-SOMLOS bei NIPPERDEY I, S.191 u.200 sind verwirrend; er unterscheidet: Rechtsätze, Rechtsgrundsätze und rechtlich wirkungslose Programmsätze (S.191). Im Verlaufe seiner Ausführungen spricht er aber einmal von der Möglichkeit

womit zum Ausdruck kommt, dass sie eine Richtschnur darstellen für die Regelung und Bewertung von Interessenlagen¹⁾, nicht aber bereits, wie die Rechtsätze, diese Regelung schon selbst im einzelnen vornehmen.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze und zwar auch insoweit es sich bei ihnen um solche handelt, die einen Wert postulieren, stehen nun allerdings nicht ausserhalb jeden Bezuges zum Tatsächlichen und den sich daraus ergebenden Interessenlagen. Nur regeln sie nicht bereits unmittelbar bestimmte, wenn auch typische Einzelsachverhalte. Sie setzen aber immerhin die Existenz einer Vielzahl von Menschen voraus und beziehen sich daher auf solche allgemeine Interessenlagen, die schon lediglich im Hinblick auf die Existenz einer Vielzahl von Menschen entstehen.

Die unter dieser Voraussetzung denkbaren Interessenkollisionen lassen sich zum Teil, jedenfalls insoweit in diesem Abstraktionsgrad schliesslich die Kollision eines Wertes mit den ihm widersprechenden Unwert besonders deutlich wird, auch als Wertkollision auffassen, die

unwirksamer und unanwendbarer Rechtsgrundsätze und andererseits von Programmsätzen, die unmittelbarer Rechtsanwendung fähig sind.

1) Damit wird dem Richter eine Aufgabe übertragen, die "in erster Linie Sache des Gesetzgebers ist". Die Anwendung eines solchen Grundsatzes verlangt vom Richter " - anders als die einer Spezialnorm - nicht nur oder doch überwiegend Beweiswürdigung und Subsumtion des Tatbestandes. Eine solche Norm stellt vielmehr besondere Anforderungen an die Kraft richterlicher Interpretation und Gesetzesergänzung. Solche schöpferische Füllung weiter Lücken auf der Grundlage einer richtungsweisenden Klausel ist aber eine herkömmliche und stets bewältigte richterliche Aufgabe" (BVerfG. Urteil in NJW 54, S.67 f.). Vgl. auch HECK, Interessenjurisprudenz S.20 f. Darüber, dass solche Grundsätze nicht notwendig blosse nichtjustiziable Programmsätze sind, sondern einen aktuellen konkretisierbaren Gehalt haben können vgl. die Ausführungen des BVerfG a.a.O.

unter Anwendung und im Sinne des Rechtsgesetzes zu lösen sind. Damit nehmen diejenigen allgemeinen Rechtsgrundsätze, die als Ergebnis der Lösung eines solchen Kollisionsfalles die Beachtung eines bestimmten Wertes im Rechtsleben fordern, unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen insofern eine besondere Stellung ein, als in ihnen die allgemeinen Wertgrundlagen des Rechts jeweils einen besonders deutlichen Ausdruck finden. Versuchen wir das Ergebnis der bisherigen Untersuchung über die allgemeinen Rechtsgrundsätze zusammenzufassen, so lässt sich folgendes sagen: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind unmittelbare Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und zwar hinsichtlich solcher allgemeinen Interessenlagen, die lediglich die Existenz einer Vielzahl von Menschen zur tatsächlichen Voraussetzung haben.

Damit wird aber ersichtlich, dass die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze weder von einem rechtsetzenden Willen noch von irgendeiner anderen übergeordneten Norm abhängt, sondern lediglich von dem Rechtsprinzip selbst. Ihre Existenz ist nicht eine Frage die von einer Willensentscheidung abhängt, sie ist vielmehr unabhängig von allem Zufälligen durch das Vorhandensein des Rechtsprinzips und der Existenz einer Vielzahl von Menschen gegeben. Es ist lediglich eine Frage des menschlichen Erkenntnisvermögens, ob derartige Normen gar nicht, nur unklar oder aber deutlich in Erscheinung treten. Entsprechend diesen Erkenntnisstufen und der immer konsequenteren Verwirklichung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gemeinsam mit dem Rechtsprinzip im gesamten Rechtsleben entsteht aus blossen Macht- und Zwangsordnungen die positive Rechtsordnung.

Ein Verhalten, das gegen allgemeine Rechtsgrundsätze verstösst, wird deshalb regelmässig auch als ein im besonderen Grade ungerechtes Verhalten empfunden, weil jeweils ein Verstoß gegen unmittelbare Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und gegebenenfalls auch zugleich gegen

solche Werte vorliegt, die das Wertgefühl¹⁾ der Individuen im allgemeinen selbsttätig in die obersten Wertstufen einordnet und sodann klarer als sonst jedermann zum Bewusstsein kommt, auf welcher Seite das objektiv geringerwertige und wo das objektiv höherwertige Interesse zu finden ist. Daher können die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch dem Grundsatz noch von keinem einsichtigen Rechtsgenossen ernsthaft angezweifelt werden.²⁾

Die bisherigen Untersuchungen über die Möglichkeit von Normen, die für das gesamte Rechtsgebiet gleichermaßen Geltung beanspruchen können, führte uns zu der Erkenntnis³⁾, dass solche Normen sowohl als allgemeine Rechtsätze als auch als allgemeine Rechtsgrundsätze denkbar sind. Soweit sich schon bisher ein Unterschied dieser beiden Erscheinungsformen allgemeiner Rechtsnormen herausstellte, kann er in der verschiedenen Struktur dieser Normen gesehen werden:

Während die allgemeinen Rechtsgrundsätze nur Richtlinien und Maßstäbe für die Regelung und Bewertung von Interessenkollisionen geben, ist bei einem allgemeinen Rechtsatz die Regelung und Bewertung bereits im einzelnen erfolgt. Das hat nur Folge, dass der Richter bei der Anwendung eines allgemeinen Rechtsatzes im wesentlichen, wie bei der Anwendung von Rechtsätzen überhaupt, die

1) "Allein, wir dürfen dieses Gefühl nicht etwa verwechseln mit irgendwelchen sinnlichen Gefühlen und Lust- oder Schmerzgefühlen. Diesen beiden Begriffen ist nichts weiter gemeinsam als ihr Name. Während nämlich die sinnlichen Gefühle selbst unmittelbare Interessen sind und zwar subjektive Interessen, ist das Wertgefühl ein Akt der Reflexion, der sich allerdings nicht in der Form begrifflichen Denkens vollzieht, sondern, wie gesagt, in der Form eines Gefühls auftritt, das uns in jedem konkreten Falle leitet. Ähnlich wie das Rechtsgefühl nichts anderes ist als ein Urteilsakt, der nur noch nicht zur begrifflichen Klarheit erhoben ist, so ist auch das Wertgefühl ein Urteilsakt. Und wie der Grund des Urteils dort in einer unmittelbaren rechtlichen Erkenntnis liegt, so müssen wir hier den Grund in einer unmittelbaren Werterkenntnis suchen" (so zutreffend und klar GYSIN, Naturr. bei NELSON S.27 in seiner auf NELSON zurückgehenden Darstellung).

2) So auch WOLFF Verw.Recht S.60 und ähnlich CAVARE, Le droit international public positif Tome 1, S.195, der die allgemeinen Rechtsgrundsätze als "supérieures à toute controverses" bezeichnet.

3) Vgl. oben S. 37 ff.

Aufgabe hat, einen gegebenen Einzelsachverhalt unter den (allerdings weitgehend typisierten) Tatbestand¹⁾ des allgemeinen Rechtsatzes zu subsumieren und auf die in dem allgemeinen Rechtsatz ausgesprochene Rechtsfolge zu erkennen.

Anders und verhältnismäßig schwieriger ist dagegen die Aufgabe des Richters bei der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes. Hier steht dem Richter nur eine in dem allgemeinen Rechtsgrundsatz ausgesprochene Richtlinie (die ihrerseits aber immerhin schon spezieller ist als das Rechtsprinzip selbst) zur Verfügung. Diese Richtlinie bezieht sich zudem nicht unmittelbar auf eine bestimmte, wenn auch in der gesamten Rechtsordnung gleichermassen auftauchende, Einzelinteressenlage, wie es bei den allgemeinen Rechtsätzen noch der Fall ist; sie hat vielmehr lediglich die Existenz einer Vielzahl von Menschen zur tatsächlichen Voraussetzung und gibt eine für die gesamte Rechtsordnung verbindliche Richtlinie für rechtliches Verhalten überhaupt.

Deshalb bedarf es zur Regelung eines konkreten Einzelfalles mit Hilfe eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes über die Kenntnis des Rechtsgrundsatzes hinaus immer erst der selbständigen und genauen Erfassung der für diesen bestimmten Fall wesentlichen Sachverhaltsmomente durch den entscheidenden Richter, um so mit Hilfe der in dem allgemeinen Rechtsgrundsatz angegebenen Richtlinie eine Entscheidung des Einzelfalles zu ermöglichen. Das bedeutet aber praktisch, dass der Richter aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz noch den Rechtsatz selbständig entwickeln muss, den er anwendet.

Welche Beziehungen bestehen nun, abgesehen von den erwähnten Unterschieden in der Struktur und der Anwendung, zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den allgemeinen Rechtsätzen? Zur Beantwortung dieser Frage wird eine noch etwas eingehendere Untersuchung der allgemeinen Rechtsätze als bisher gesehen notwendig.

1) Zur Frage der Typenbildung im Recht überhaupt vgl. WOLFF, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft -- in Studium generale 1952, S.195 ff.

Wir sehen, die Möglichkeit allgemeiner Rechtsätze setzt eine weitgehende Konstanz und Typisierbarkeit von Interessenlagen voraus. Diese Voraussetzung ist zwar notwendig aber nicht hinreichend. Sollen nämlich solche Normen, ihrem Begriff zufolge, in der gesamten Rechtsordnung gleichermassen Geltung beanspruchen können, so muss weiter hinzukommen, dass auch eine für das gesamte Rechtsgebiet einheitliche Regelung und Bewertung dieser Interessenlage notwendig ist. Würde eine bestimmte allgemeine Interessenlage allen Rechtsgebieten und Rechtsordnungen gemeinsam sein, die Regelung aber unterschiedlich erfolgen können, so ergäben sich trotz gleicher Interessenlage Rechtsätze verschiedenen Inhaltes, und die Möglichkeit allgemein geltender Rechtsätze gleichen Inhaltes müsste verneint werden.

Das sich hieraus ergebende Erfordernis stets gleicher Regelung der typisierten Interessenlage setzt aber einheitliche und feste Maßstäbe voraus, die im gesamten Rechtsgebiet gleichermassen Geltung beanspruchen können. Das Rechtsprinzip selbst stellt zwar einen solchen einheitlich geltenden Maßstab dar. Es ist aber zu abstrakt und formal und bedarf daher der Konkretisierung und Ergänzung, sobald es zur Regelung einer Interessenlage angewandt werden soll. Auch die gleiche Regelung typisierter und konstanter Interessenlagen setzt also neben dem Rechtsprinzip das Vorhandensein weiterer, das Rechtsprinzip ergänzender einheitlicher Bewertungsmaßstäbe voraus.

Derartige Maßstäbe finden wir in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen vor. Hier liegt denn auch die gesuchte Verbindung zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allgemeinen Rechtsätzen. Sie ist darin zu sehen, dass die allgemeinen Rechtsätze entstehen durch Anwendung der von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklang mit der Rechtsidee festgelegten konstanten Maßstäbe auf Interessenlagen allgemeinsten Art, die allen Rechtsge-

bieten und Rechtsordnungen gemeinsam sind.¹⁾ Allgemeine Rechtsgrundsätze und allgemeine Rechtsätze weisen infolge dieses Zusammenhanges gemeinsame Züge auf: Beide gelten für den gesamten Rechtsbereich und beanspruchen den Vorrang gegenüber entgegenstehenden Normen. Der allgemeine Rechtsgrundsatz gilt im gesamten Rechtsbereich, weil er eine zwingende allgemeine Folgerung aus dem Rechtsprinzip ausspricht, der allgemeine Rechtsatz, weil er eine Interessenlage allgemeinsten Art durch einen Maßstab regelt, der auf einer derartigen zwingenden allgemeinen Folgerung aus dem Rechtsprinzip beruht.

Der Vorranganspruch der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der allgemeinen Rechtsätze im Verhältnis zu entgegenstehenden Normen von Gesetz oder Gewohnheitsrecht findet darin seine Rechtfertigung, dass sie unmittelbare und zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip aussprechen bzw. der Verwirklichung höchster Rechtswerte dienen und ihnen entgegenstehende Normen somit immer im Widerspruch zum Rechtsprinzip stehen und daher auszuschließen sind, oder, dass sie gegebenenfalls zudem den höchsten Rechtswerten entsprechende Unwerte verwirklichen würden, deren Verwirklichung ja gerade im gesamten Rechtsgebiet ausgeschlossen sein soll.²⁾

1) So haben wir z.B. in dem Verbot des "venire contra factum proprium" einen allgemeinen Rechtsatz vor uns, der sich auf den allgemeinen Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben zurückführen lässt. Gleiches gilt von der "Verwirkung". Die in der Rechtsprechung (vgl. S. 17 ff.) als "Ausfluss" des Grundsatzes von Treu und Glauben angesehene Vorschrift des § 162 BGB kann ebenfalls als ein auf Treu und Glauben zurückführender allgemeiner Rechtsatz aufgefasst werden. Das gleiche gilt hinsichtlich des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Wahrung der guten Sitten für die Vorschrift der §§ 138 und 826 BGB. Inwieweit das jedoch auch für die von der Rechtsprechung (vgl. S. 19 ff.) angeführten §§ 119 ff. BGB gilt, bedürfte zumindest noch einer eingehenden Untersuchung, ist aber sehr zweifelhaft, da z.B. nach herrschender Meinung u.a. im Prozessrecht aus Gründen der Rechtssicherheit eine Anfechtung von Prozesshandlungen wegen Willensmängel für unzulässig erachtet wird (vgl. etwa SCHWAB, Kurskommentar zur StPO 16. Aufl. München 1953 zu § 302 für die Anfechtung eines Rechtsmittelverzichts).

2) Über das generelle Verhältnis allgemeiner Rechtsgrundsätze zu sonstigen Normen vgl. unten S. 69 ff. der Darstellung.

Ein weiteres einheitliches Merkmal kommt zugleich mit dem Vorrangcharakter zum Ausdruck. Es liegt in der Unabhängigkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der allgemeinen Rechtssätze vom Willen des Gesetzgebers, wie er sich in Gesetz und Gewohnheitsrecht manifestiert. Sie zeigt sich darin, dass der Gesetzgeber nicht in der Lage ist, sie auszuschließen, wenn er nicht irgendeine Ordnung der menschlichen Gesellschaft, sondern eine positive Rechtsordnung schaffen und erhalten will, von der wir oben gesehen haben, dass sie erst durch die Orientierung auf das Prinzip der Gerechtigkeit hin als Rechtsordnung qualifiziert wird. Daher hat jeder Gesetzgeber zunächst dieses Prinzip, zudem aber auch seine unmittelbar zwingenden Folgerungen und damit auch die Wertgrundlagen des Rechtes zu beachten. Während Allgemeingültigkeit für das gesamte Rechtsgebiet, Vorrang vor entgegenstehenden Normen in Gesetz und Gewohnheitsrecht und Unabhängigkeit vom Willen des Gesetzgebers die allgemeinen Rechtsgrundsätze wie auch die bisher behandelten allgemeinen Rechtssätze auszeichnen, so lässt es sich doch rechtfertigen, einen weiteren Kreis von Normen in diesem Zusammenhang zu erwähnen, obwohl sie streng genommen einer der oben genannten Anforderungen nicht voll entsprechen. Es sind dies die besonderen Rechtsgrundsätze. Auch bei ihnen handelt es sich um zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip, jedoch nicht um solche, die nur die Existenz einer Vielzahl von Menschen zur tatsächlichen Voraussetzung haben oder, wie die allgemeinen Rechtssätze, eine sonstige allgemeine, in allen Rechtsgebieten gleichermaßen auftretende Interessenlage. Den besonderen Rechtsgrundsätzen fehlt vielmehr der Charakter der Allgemeingültigkeit im engeren Sinne. Sie regeln zwar auch eine allgemeine und typische Interessenlage, aber diese Interessenlage ist doch beschränkt, z.B. auf einen bestimmten Rechtsbereich, wie etwa das Verfahrensrecht oder das Verwaltungsrecht, von dessen jeweils besonderen Gegebenheiten diese besonderen Rechtsgrundsätze bereits stark beeinflusst und somit auch insoweit ab-

hängig sind. Zudem sind sie auch nicht immer in dem bisher vertretenen strengen Sinn Rechtsgrundsätze, sondern weisen häufig infolge ihres beschränkter Geltungsbereiches und der dadurch hervorgerufenen grösseren Nähe zu konkreten Sachverhalten bereits eine rechtsanweisungsbefähigte Ausgestaltung auf. Die Tatsache aber, dass ihnen als unmittelbaren Ableitungen aus dem Rechtsprinzip in ihrem engeren Geltungsbereich insofern auch eine ganz besondere und grundsätzliche Bedeutung zukommt, lässt ihre Bezeichnung als besondere Rechtsgrundsätze dennoch gerechtfertigt erscheinen.¹⁾

§ 6: Die Auffassung LAUNS bezüglich der allgemeinen Rechtsgrundsätze.

An dieser Stelle ist nun auf die von LAUN vertretene Ansicht²⁾ bezüglich der allgemeinen Rechtsgrundsätze einzugehen, die von dem hier Dargestellten abweicht. Um diese Abweichung als solche erkennen und kritisch würdigen zu können, bedarf es zuvor einer kurzen Darstellung der durch LAUN entwickelten Theorie von der Autonomie des Rechtes; denn die Auffassung LAUNS bezüglich des Wesens und der Genesis der allgemeinen Rechtsgrundsätze steht mit dieser Autonomietheorie in engstem Zusammenhang und lässt sich ohne sie nicht in ihrer vollen Bedeutung erfassen.

1) In der Forderung nach Gewähr der rechtlichen Gehöre ist ein solcher besonderer Rechtsgrundsatz für das Verfahrensrecht gegeben. Die §§ 7, 75 Bimlg. ALR sprechen einen solchen für das Verwaltungsrecht aus. Da hier die Interessenlage aber auf den Bereich des Verwaltungsrechtes beschränkt ist, handelt es sich nicht um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie die Rechtsprechung (vgl. S. 25 ff.) annimmt, sondern um einen besonderen. Das gleiche gilt für den in der Rechtsprechung erwähnten, den Fürsorgegedanken zum Ausdruck bringenden, § 618 BGB (vgl. Rechtspr. S. 24 ff.) Der dort ausgesprochene Grundsatz ist in seiner Anwendbarkeit auf das Verliegen eines besonderen Rechtsverhältnisses, nämlich eines (privat- bzw. öffentlichrechtlichen) Arbeitsverhältnisses, beschränkt. Auch die in der Rechtsprechung (vgl. S. 26 ff.) vertretene Auffassung, dass es sich bei dem § 139 und 282 BGB um allgemeine Rechtsgrundsätze handelt, ist z.B. verfehlt. Diese Vorschriften tragen vielmehr einen auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhenden, nahezu rechtstechnischen

Wenn LAUN das Wesen des Rechts aus der Autonomie ableitet,¹⁾ so tut er das in bestem Gegensatz zu der vor allem auch von KANT vertretenen Lehre von dem heteronomen Charakter des Rechts.²⁾ Während nämlich KANT der Auffassung war, es sei ein Charakteristikum des Rechts, dass die Sanktionierung seiner Regeln in einer "äusseren Gesetzgebung" (d.h. den heteronomen Befehlen einer Gottheit, eines Monarchen etc.) zu suchen sei, behauptet LAUN, eben diese Sanktionierung finde das Recht nur in einer "inneren Gesetzgebung" d.h. im Gewissen und im konkreten Sollenserlebnis der Normadressaten. Mit anderen Worten, letzter "Real- oder Sachgrund, letzte und erkennbare unmittelbare, originäre Entstehungsquelle allen Rechts, allen rechtlichen Sollens ist das Gewissen und Rechtsgefühl der Gehorchenden"³⁾ und nicht etwa der von aussen an die Menschen herangetragene Befehl und Wille eines Gesetzgebers. Letztere werden als "Recht" nur insoweit sanktioniert, wie sie durch ein antsyrechendes Sollenserlebnis der Normadressaten als "gerecht" erkannt werden. Gesetz und Gewohnheitsrecht sind bei LAUN daher auch nicht E n t s t e h u n g s q u e l l e n, sondern lediglich E r - k e n n t n i s s q u e l l e n des Rechts. "Sie sind das gedankliche Material, bildlich gesprochen Entwürfe oder Offer- ten, mit denen die Gesetzgeber an die Übrigen herantret- ten und für die sie um sittlich-rechtliche Billigung werben."⁴⁾

Charakter und regeln so spezielle Sachverhalte, dass sie weder als Rechtsgrundsätze noch als allgemeine Rechts- sätze in dem hier in Betracht kommenden Sinne anzusprechen sind.

2) Vgl.: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

1) Vgl.: Allgemeine Rechtsgrundsätze, S. 126 und auch Recht und Sittlichkeit.

2) Vgl. besonders KANT, Metaphysik der Sitten 1. Teil, Meta- physische Anfangsgründe der Rechtslehre besonders S. 21 f. der 5. Aufl., KANT, Sämtliche Werke, hrg. von Kurt VORLÄNDER, Leipzig 1913

3) LAUN, Allgemeine Rechtsgrundsätze S. 139.

4) LAUN, Recht und Sittlichkeit S. 21

Auf eine kurze Formel gebracht liegt der Kern der Theorie LAUNS von der Autonomie des Rechts darin, dass eben die- se Lehre besagt: "Letzte, also originäre Entstehungsquel- le des Rechts ist das Gewissen und Rechtsgefühl der Ge- horchenden."¹⁾

Ausgehend von dieser rechts-theoretischen Grundvor- stellung und unter ausdrücklicher Bezugnahme auf sie sagt LAUN von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sie seien "gedankliche Abstraktionen aus dem konkreten Erleb- nissen des Sollens seitens der Gehorchenden, also Aussa- gen über die Entstehungsquelle des Rechts",²⁾ d.h. Aussa- gen über Gewissensentscheidungen.

Die Autonomie-theorie LAUNS, auf der sein Begriff des all- gemeinen Rechtsgrundsatzes beruht, leidet m.E. daran, dass LAUN bei seiner Suche nach dem letzten Realgrund, nach der originären Entstehungsquelle des Rechts zu früh eingehalten hat. Er ist nämlich bei dem Gewissen und dem Rechtsgefühl der Normadressaten stehen geblieben, wo doch ein Weitergehen bis zur Rechtsidee sowohl möglich als auch notwendig gewesen wäre.

Gelegentlich der Herleitung des principium iuris³⁾ haben auch wir schon einmal auf die Bedeutung des Gewissens hin- gewiesen. Dort wurde aber zugleich die Beschränkung die- ser Bedeutung ersichtlich, die sich aus der Funktions- weise des Gewissens ergab. Wir sahen, dass das Gewissen nur Einzelentscheidungen konkreter Interessenkollisionen gibt. Das unmittelbare Erlebnis des Prinzips, als dessen Ergebnis die Einzelentscheidungen anzusehen sind, kann uns das Gewissen nicht vermitteln. Wollen und können wir uns aber nicht damit begnügen, auf halbem Wege stehen zu bleiben, so müssen wir danach fragen, worin denn nun der letzte Sachgrund dieser Einzelentscheidungen liegt.

Wir fanden: er liegt im Rechtsprinzip. Zumal da es auch gelang, den Inhalt dieses Prinzips zu ermitteln,⁴⁾ er-

1) LAUN, Allgem. in. Rechtsgrundsätze S. 132.

2) LAUN, a.a.O., S. 136

3) Vgl. S. 33 ff. der vorliegenden Darstellung.

4) Vgl. S. 2 der vorliegenden Darstellung.

scheint es weiterhin nicht mehr gerechtfertigt, das Gewissen als letzten Realgrund des Rechts anzusprechen. Dieser ist vielmehr im Rechtsprinzip zu sehen, aus dem sich alle Einzelentscheidungen des Gewissens erst herleiten.¹⁾ Ist aber das Rechtsprinzip letzter Realgrund allen Rechts,²⁾ so gilt das auch mit Bezug auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze, da für sie ja bereits an anderer Stelle der Nachweis geführt werden konnte, dass sie ein notwendiger Bestandteil jeder positiven Rechtsordnung sind. Der letzte Geltungsgrund der allgemeinen Rechtsgrundsätze kann daher nicht in den konkreten durch das Gewissen vermittelten Sollenserlebnissen gesehen werden - die ja jeweils nur einen Anwendungsfall des Rechtsprinzips darstellen - sondern letzter Geltungsgrund ist das Rechtsprinzip selbst.³⁾

- 1) Die hier vorgetragene Auffassung führt auch nicht auf Umwegen doch zu einer Heteronomie als einer fremden Willens- oder Willkürsetzung, gegen die LAUN mit Recht so entschieden sagt, aus ihr könne immer nur ein bedingtes Müssen, nie und nimmer aber ein echtes Sollen hergeleitet werden (vgl. LAUN, Recht und Sittlichkeit S.7 unten). Indem wir die Idee der Gerechtigkeit als letzten Sachgrund einer Rechtsordnung erkannt haben, ist das verbürgt. Denn jeder Wille setzt die Erkenntnis voraus (also auch der eigene Wille, mithin auch die darin zum Ausdruck kommende Autonomie LAUNS).
- 2) In s o f e r n kann man das Recht als "autonom" bezeichnen, wie es z. B. BESSER, Einf. S. 27 These 5 tut oder als "soverän" wie KELSEN, Problem der Souveränität S. 92 f, der aber zur Erklärung dieser Souveränität immer noch die Staatssouveränität (unnötigerweise) zwischenschaltet.
- 3) Daher ist auch die Auffassung v. DROST, Grundlagen S. 60 abzulehnen, wenn er die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze durch das internationale Rechtsbewusstsein begründet sieht.

§ 7: Der allgemeine Rechtsgrundsatz als unmittelbarer Ausdruck eines den verschiedenen Rechtsschichten gemeinsamen Strukturprinzips.

Bisher wurde der Beweis dafür, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze notwendige Bestandteile jeder positiven Rechtsordnung sind, durch den Nachweis erbracht, dass eine Rechtsordnung als R e c h t s o r d n u n g erst existent wird, wenn sie die allgemeinen Rechtsgrundsätze entweder ausdrücklich aufnimmt oder implizite anerkennt.

Nun kann aber noch ein weiterer Schritt getan werden, der zeigt, wie t i e f die allgemeinen Rechtsgrundsätze in jeder positiven Rechtsordnung verwurzelt sind, wie sehr sie Bestandteil des positiven geltenden Rechts sind.

In der Diskussion um das Wesen des Rechts sind immer wieder Auffassungen vertreten worden, nach denen das Recht lediglich als Zwangsordnung für das Zusammenleben von Menschen aufzufassen sei, ohne dass der enge Zusammenhang allen Rechts mit der Idee der Gerechtigkeit berücksichtigt wurde.¹⁾ Wenn derartige Auffassungen Fuß fassen konnten, so ist das weitgehend damit zu erklären, dass der Zwang, die Ordnung und die Sicherheit des Rechtsverkehrs e i n e Seite und zwar die alltägliche, sichtbarste und in einem gewissen praktischen Sinn unmittelbar notwendigste des Rechtslobens ist.

So konnte es dazu kommen, dass man das Recht mit diesen seinen Teilelementen schlechthin identifizierte. Wir wissen heute, dass diese Auffassung einseitig und daher unrichtig ist. Ein Weg, um eine erschöpfende Vorstellung der komplexen Erscheinung "Recht" zu ermöglichen, wird von Nicolai HARTMANN durch den von ihm entwickelten Schichtungsgedanken aufgewiesen.²⁾ Danach haben wir uns

- 1) So neuerdings wieder der schwedische Rechtsphilosoph OLIVECRONA, Gesetz und Staat S. 119, 133, 149, 150, 161.
- 2) Die Verwendung des Schichtungsgedankens findet sich neuerdings auch bei COING, Vom Sinngehalt des Rechts, Forum der Rechtsphilosophie besonders S. 64 u. 73; bei SAUER, Methodenlehre S. 249 f, auch S. 225 indirekt; WELZEL, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit S. 163, betont den komplexen Charakter des Rechtes, das sich weder nur in der Positivität noch in idealen normativen Elementen erschöpfe.

die Erkenntnisgegenstände der Geisteswissenschaften in der Form sich überlagernder Schichten vorzustellen, und zwar dergestalt, dass die höhere Schicht von der niederen getragen wird und insofern dem Sein nach von ihr abhängig ist. Zugleich steht die höhere Schicht der niederen gegenüber aber inhaltlich autonom dar; sie ist durch das Einsetzen höherer Prinzipien gekennzeichnet.¹⁾²⁾ Die eben erwähnten Rechtsmomente können ohne weiteres als die niedere Schicht gegenüber einer sie überlagernden, von der Rechtsidee gestalteten höheren Schicht gedacht werden.³⁾

- 1) Nicolai HARTMANN, Anfänge des Schichtungsgedankens S.4
- 2) Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass beide Schichten nicht völlig beziehungslos übereinander gelagert sind, sondern, da sie Teile eines einheitlichen Ganzen sind, in einem inneren Beziehungsverhältnis stehen. So sind z.B. die Prinzipien der höheren Schicht nicht völlig ohne Einfluss auf die Gestaltung der niederen Schicht. Diese wird jedenfalls insofern von den Prinzipien der höheren Schicht unmittelbar beeinflusst, als sie ihnen - negativ gesehen - nicht widersprechen darf, d.h. sie muss insoweit konsonant sein. Während also z.B. in der höheren Schicht des Rechts das Rechtsprinzip seinen unmittelbaren positiven Ausdruck findet und diese Schicht insoweit der niederen Schicht gegenüber inhaltlich autonom dasteht, so darf doch die niedere Schicht keinesfalls diesem Prinzip widersprechen. Auch die niedere Schicht wird demnach von den Prinzipien der höheren Schicht in ihren Grundzügen beeinflusst.
- 3) Vgl. LEONAZ Y LACABRA, ZÜR Bd.12, S.642 f, der davon spricht, dass das Naturrecht mit dem positiven Recht ein einheitliches System nach Form eines Stufenbaues bilde, nach näherer Untersuchung aber gleichfalls eindeutig feststellt, dass die oberste Stufe nicht vom "Naturrecht", sondern der Rechtsidee eingenommen wird. Ähnlich auch ESSER, Einführung S.9 unten und KÜTZEL, Ungeschriebenes Völkerrecht S.16 f, der vom Stufenbau im Völkerrecht spricht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Ausdruck der Grundnorm an die Spitze stellt; ähnliche Vorstellungen bei BODIN, Six livres, 1546, chap.II (Hinweis bei VERDROSS, Recueil des cours Bd.30, S.290). Der Theorie WENNERS (Willensmängel im Völkerrecht bes. S.50 ff) von der realistischen Rechtsauffassung, die er an Hand der Betrachtung über die allgemeinen Rechtsgrundsätze entwickelt, liegt ebenfalls die Grundvorstellung eines Stufenbaues zu Grunde, auf dessen oberer Stufe nach WENNER die allgemeinen Rechtsgrundsätze stehen. Auch bei WOLFF Jur.Person S.237, findet sich unter Hinweis auf MERKEL die Vorstellung des Stufenbaues der Rechtsordnung; vgl. auch WOLFF, Verf.Recht S.92; KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S.229 ff, VERDROSS, Einheit S.48 ff, ENGEL, Einheit, S.9 f und weitere Literaturhinweise in Anm.3 daselbst.

Es geht hier nun darum nachzuweisen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch schon in dieser niederen Schicht, zumindest der Anlage nach, vorhanden sind und somit zum untrennbaren Bestandteil jeder positiven Rechtsordnung werden, gleich auf welcher Entwicklungsstufe sie steht, gleich, inwieweit sie der Idee der Gerechtigkeit entspricht. Dabei wird die in der Tat seltsame Erscheinung verständlich, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch in solchen Rechtsordnungen vorzufinden sind, die vom Gerechtigkeitsideal mehr oder weniger weit entfernt sind.¹⁾

Zunächst soll also diese niedere Schicht untersucht werden. Das ist, soweit es für unseren Zweck erforderlich ist, nicht weiter schwierig. Geht man rein logisch vor, so ergibt sich, dass bei der Schaffung einer wie auch immer gearteten Ordnung, die unsere Beziehung zwischen Menschen gestalten soll, eines niemals entbehrlich ist: nämlich die Konsequenz.²⁾ Die Ordnung muss in sich folgerichtig angelegt sein, wenn sie funktionieren soll. Der Ord nende kann sie darüber hinaus nicht ständig und willkürlich verändern, wenn er nicht aus der Ordnung wieder ein Chaos machen will. Er muss vielmehr die einmal gegebene Ordnung so weit wie möglich beibehalten. Denjenigen, die an der Ordnung teilhaben, kann es nicht gestattet sein, heute ein bestimmtes Faktum zu setzen und morgen etwas zu tun, was dem zuwiderläuft.

Führen wir die Untersuchung empirisch-induktiv, so zeigt sich derselbe Gedanke, nur in anderer Erscheinungsform: das Recht war und ist immer und überall gezwungen, an bereits vorhandene Seinssustände anzuknüpfen. Diese vorerst rein geschichtlich gemeinte Aussage ist aber nicht etwas Zufälliges. Ihr Inhalt ergibt sich vielmehr aus dem Wesen des Rechts, das auch in der unteren Rechtsschicht darin

- 1) Vgl. das römische Recht und seine dem Gerechtigkeitsideal widersprechende Sanktionierung der Sklaverei.
- 2) Der hier dargestellte Konsequenzgedanke ist das Forschungsergebnis von MITTEIS, das von ihm in "Lebenswert der Rechtsgeschichte" S.105 ff. näher dargelegt wird. Unter Einbau in die Schichtenlehre wird er hier insofern selbständig weiterentwickelt.

besteht, bereits vorgegebene Interassenlage in einem Ordnungsschema zu gestalten.

Daraus folgt, dass jede Rechtsordnung gezwungen ist, wenigstens im grossen und ganzen an den vorhandenen kulturellen Entwicklungsstand und damit auch an die vorhandenen sittlichen Grundanschauungen anzuknüpfen. Denn sowohl die vorhandenen sittlichen Grundanschauungen als auch der gesamte kulturelle Entwicklungsstand sind Bestandteile des Seinszustandes und als solche Entstehungsgrundlage der sich aus ihnen mitentwickelnden Interessen. Auch wenn und soweit man nur die untere Rechtsschicht in Betracht zieht, besteht das Wesen des Rechts aber in der blossen Ordnung dieser vorgegebenen Interessen, da das Recht nicht selbständig Zwecke und damit Interessen schafft, sondern die vorhandenen nur einschränkt.¹⁾ Es hat daher von diesen und ihren Entstehungsgrundlagen auszugehen und sie zu respektieren. Der Gedanke der Konsequenz im weitesten Sinne findet also auch in der Forderung nach Berücksichtigung und Hinnahme vorgegebener kultureller Sachverhalte seinen Ausdruck.

In der bisher betrachteten unteren Rechtsschicht ergibt er sich somit einmal aus logischen Forderungen, die sich schon aus dem Ordnung Charakter des Rechts herleiten liessen,²⁾ zum anderen aus den Forderungen, die soeben aus dem Wesen des Rechts, auch und soweit nur die untere Rechtsschicht in Betracht gezogen wurde, entwickelt werden konnten.

Wenn sich schon erkennen liess, dass der Gedanke der Konsequenz schon der isoliert betrachteten unteren Rechtsschicht als ein notwendiges Strukturprinzip³⁾ zugrunde

1) Vgl. auch WOLFF, principium iuris S. 115.

2) Vgl. oben S. 57.

3) LEGAS Y LACAMBRA ZÜR Bd. 12 S. 661 spricht von den "logischen a priori", den Wesenszügen des positiven Rechts und weist darauf hin, dass sie nicht mit dem ontologischen a priori allen Rechts, der Rechtsidee, zu verwechseln seien, welche letztere das positive Recht ermöglicht, worin es sich aber nicht erschöpfe. Ähnlich DEL VECCHIO, Gerechtigkeit S. 109, der von "Gegebenheiten a priori" spricht.

liegt¹⁾, so werden wir ihn bei Untersuchung der höheren, vom Prinzip der Gerechtigkeit bestimmten Rechtsschicht unschwer wiedererkennen. Hier, wo gefordert wird, stets im Kollisionsfall das objektiv geringerwertige Interesse hinter dem höherwertigen zurückzustellen, hat der darin liegende Konsequenzgedanke nur eine bestimmte inhaltliche Gestaltung nach dem objektiven Werte der auf dem Spiele stehenden Interessen erfahren.

Wir können also feststellen, dass sowohl die untere als auch die sie Überlagernde höhere Rechtsschicht in dem Konsequenzgedanken ein gemeinsames Strukturprinzip haben.²⁾

Nachdem wir oben die enge Beziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu dem Wesen des Rechts nachgewiesen haben - eine Beziehung, die durch den Inhalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze, d.h. also die Formulierung zwingender Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und die Fixierung höchster Rechtswerte gegeben ist - haben wir dort schon den indirekten Beweis dafür geführt, dass infolgedessen auch ein ebenso enger Zusammenhang mit den Strukturprinzipien des Rechts gegeben sein muss.

Denn diese Strukturprinzipien formen ja das Wesen mit, sind sein integrierender Bestandteil. Könnte also einerseits oben eine enge Beziehung der allgemeinen Rechtsgrundsätze zum Wesen des Rechts festgestellt, andererseits der Konsequenzgedanke als Strukturprinzip nachgewiesen werden, so lässt sich jetzt daraus folgern, dass ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dem Gedanken der Konsequenz auch in besonderer Weise Rechnung tragen muss.³⁾

Die Anwendung der Schichtenlehre hat gezeigt, dass das Strukturprinzip der Konsequenz auch in der niederen

1) Das wird auch als Forderung v. OLIVECHONA, Gesetz und Staat S. 153 aufgestellt.

2) So auch dem Sinne nach MITTEIS, Lebenswert der Rechtsgeschichte S. 110.

3) So konnte bereits oben S. 42 Anm. 1 auf die Verbindung des Grundsatzes von Treu und Glauben mit dem Konsequenzgedanken hingewiesen werden. Auch der Grundsatz der Wahrung der Rechtssicherheit fordert im besonderen Masse die konsequente Durchführung der Rechtsregeln.

Rechtsschicht bestimmend ist. Hieraus und aus der oben geschilderten engen Beziehung zwischen diesem Strukturprinzip und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen lässt sich daher schliessen, dass auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze zumindest der Anlage nach auch in der niederen Rechtsschicht gleichfalls vorhanden sind. Da diese Schicht aber die Grundlage jeden positiven Rechtes schlechthin ist, haben wir somit neuerdings erkannt, wie tief und untrennbar die allgemeinen Rechtsgrundsätze im positiven Recht verwurzelt sind.

2. Kap.: Stellung in der Rechtsquellenlehre.

§ 8: Der allgemeine Rechtsgrundsatz als Rechtsquelle sui generis des positiven Rechts mit Vorrang gegenüber Gesetz und Gewohnheitsrecht.

Wenn im Vorhergehenden Begriff und Wesen der allgemeinen Rechtsgrundsätze behandelt wurden und das im Hinblick auf die Frage der Rechtsquelleneigenschaft der allgemeinen Rechtsgrundsätze geschah, so bleibt jetzt noch die Aufgabe, sie in das System der Rechtsquellen einzuordnen und sie von solchen Rechtsercheinungen abzugrenzen, die eine gewisse Ähnlichkeit mit ihnen haben und daher auch häufig Anlass zu Verwechslungen sind. In Bezug auf die Rechtsquelleneigenschaft muss gesagt werden, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze eine Rechtsquelle sui generis neben Gesetz und Gewohnheitsrecht sind¹⁾. Da im ersten Kapitel gezeigt wurde, dass sie notwendiger Bestandteil und zugleich Minimum jeder positiven Rechtsordnung sind, muss jetzt daraus gefolgert werden, dass sie als unabhängig vom Willen des Gesetzgebers, der sich in Gesetz und Gewohnheitsrecht manifestiert, selbständig neben diesen beiden Rechtsquellen bestehen. Das bedeutet eine Erweiterung des Begriffs "positives Recht"; zwar nicht in dem Sinne, dass nun unter positiv etwas anderes verstanden würde als bisher (Wirksamkeit, Tatsächlichkeit), sondern nur in dem Sinne, dass ausser Gesetz und Gewohnheitsrecht auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze als positives Recht erkannt wurden und zwar als diejenigen Grundsätze, die die Wirksamkeit und Tatsächlichkeit erst zu einer "rechtlichen" machen und so selbst von einer sogar besonders gesteigerten Wirksamkeit und Tatsächlichkeit sind.²⁾

Da diese Auffassung von einem um die allgemeinen Rechtsgrundsätze erweiterten Bestand des positiven Rechts mit

1) So auch von der HEYDTE, Friedenswarte 1933, S. 293.

2) Vgl. auch von der HEYDTE, Friedenswarte 1933 S. 295 und LAUN, Recht und Sittlichkeit S. 52.

der überkommenen Ansicht, die es auf Gesetz und Gewohnheitsrecht¹⁾ beschränkt, in offenem Widerspruch steht, bedarf die hier vertretene Meinung noch der Erläuterung und Begründung.

Bei der Behandlung des Themas "Rechtsquellen des positiven Rechts" hat man vielfach die wechselseitigen Beziehungen zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht auf der einen und dem Rechtsprinzip auf der anderen Seite gar nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt. Man glaubte vielmehr an die absolute Souveränität des Gesetzgebers dergestalt, dass die Rechtsordnung in ihrer Entstehung sowie ihrem Fortbestand ausschliesslich seiner freien Verfügung unterliege.²⁾

Auf der Grundlage dieser Vorstellung ergab sich die herkömmliche (unzureichende) Einteilung des positiven geltenden Rechts in das vom Gesetzgeber geschaffene bzw. anerkannte Gesetz und Gewohnheitsrecht, worin man zugleich eine erschöpfende Aufzählung der Rechtsquellen des geltenden innerstaatlichen Rechtes sah.

Wollen wir demgegenüber unsere Auffassung hinreichend begründen und erläutern, so bedarf es vorab einer grundsätzlichen Klärung und Scheidung folgender zwei Kernfragen: Worin beruht die Verbindlichkeit, der Sollenscharakter des Rechts? und: Wie verwirklicht sich dieses Recht?³⁾

Durch die Beantwortung und scharfe Trennung dieser beiden Fragen werden wir nähere Aufklärung über Aufgabe und Wesen des positiven Rechtes und damit zugleich über die Möglichkeit einer Erweiterung seines Bestandes durch die

- 1) Bsw. Vertrag und Gewohnheitsrecht im Völkerrecht! Im Folgenden gelten die Ausführungen bezüglich der innerstaatlichen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht, jeweils entsprechend für die Rechtsquellen des Völkerrechts, Vertrag und Gewohnheitsrecht, die aber im Text der Einfachheit halber nicht mehr immer ausdrücklich miterwähnt werden.
- 2) Vgl. etwa noch RG 118/327: "Der Gesetzgeber ist selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen hat."
- 3) Vgl. ESSER, Einführung S.116.

allgemeinen Rechtsgrundsätze erhalten.

Mit der ersten Frage, mit der Frage also nach dem Grunde der Verbindlichkeit des Rechts, versucht man ein Kriterium zu finden für die Unterscheidung einer Rechtsordnung von einer Ordnung, die auf blossen Macht- und Willkürbefehlen beruht. Diese Frage wurde schon an anderer Stelle beantwortet.¹⁾ Die Antwort lautete: Eine Rechtsordnung kann erst dann als Rechtsordnung angesehen werden, wenn sie auf das principium iuris, die Gerechtigkeit hin orientiert ist. Die Verbindlichkeit des Rechts wird durch das Rechtsprinzip erst begründet.

Insofern das Rechtsprinzip also Auskunft darüber geben kann, was noch ein Rechtsbefehl ist, und wie wir einen solchen von einem blossen (vielleicht widerrechtlichen) sich als Recht ausgebenden Machtgebot unterscheiden können, insofern ist dieses Rechtsprinzip originäre Entstehungsquelle allen Rechtes. Das Rechtsprinzip ist der letzte Sach- und Realgrund, der allein in der Lage ist, ein echtes Sollen im Unterschied zu einem lediglich bedingten Müssen zu erzeugen. Echtes Sollen, also normative Geltung, kann dagegen niemals durch (knusale) Verknüpfung eines Gebotes mit empirischen Daten - mit einem Willen, einer Gewohnheit, einer Anerkennung, einer Erwingbarkeit oder mit anderen sozialen oder gar wirtschaftlichen Seinstatsachen - ²⁾ erreicht werden. Der Schluss von solchen empirischen Daten auf ein Sollen ist immer zu kurz. Er führt uns zu einem durch diese Daten bedingten Müssen.³⁾ Die Frage nach dem echten Sollenscharakter eines Gebotes zielt aber gerade darauf hin, "ob das Gebotene auch unabhängig davon, dass es gewollt, anerkannt, erwingbar etc. ist, seinem Inhalte nach auch wirklich als gesollt, geboten erscheint."⁴⁾

Die Antwort auf diese Frage kann aber nur mit Hilfe des Rechtsprinzips, dem letzten Sach- und Realgrund und somit

- 1) Vgl. S. 31 f.
- 2) WOLFF, principium iuris S. 111.
- 3) WOLFF, a.a.O., S.111.
- 4) WOLFF, a.a.O., S.110.

der originären Entstehungsquelle allen rechtlichen Sollens, gegeben werden.
 Ist dieses der eine Sachverhalt, der durch das Bild einer "Quelle" des Rechtes seine symbolhafte Darstellung finden kann, so will ein verbreiteter juristischer Sprachgebrauch doch in der Regel einen anderen Sachverhalt treffen, wenn er das Bild der "Rechtsquelle" verwendet. Diesen zweiten Sachverhalt, der mit dem Bild der Rechtsquelle erfasst werden soll, kann man kurz dahin umreißen, dass sein Gegenstand die Frage betrifft, wie sich Recht **v e r w i r k l i c h t**, wie es in **E r s c h e i n u n g** tritt, welche Hilfsmittel für die **E r k e n n t n i s** dessen, was Rechtens sein soll, zur Verfügung stehen.¹⁾

Wenn nun Gesetz und Gewohnheitsrecht oder, wie besonders im Völkerrecht, Vertrag und Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des positiven, des geltenden Rechtes bezeichnet werden, so muss man sich darüber im klaren sein, dass damit nur eine Antwort auf den Fragenkomplex des oben umschriebenen zweiten Sachverhaltes gegeben wird; nicht aber wird beantwortet, ob auch **R e c h t s** regeln damit vorliegen, die echten Sollenscharakter besitzen. Vielmehr kann es Gesetze, Gewohnheiten und Verträge geben, die höchstes Unrecht darstellen, weil sie nicht das Rechtsprinzip, sondern blosse Willkür und Macht zur Grundlage haben.

Dass also etwas Gesetz, Gewohnheit oder Vertrag ist, sagt noch nichts darüber aus, ob es auch **R e c h t** ist.²⁾

Behält man diesen Unterschied zwischen dem Rechtsprinzip als originärer Entstehungsquelle und dem Gesetz, der Ge-

1) In dieser Bedeutung verwenden das Wort "Rechtsquelle" z.B. RADBRUCH, Rechtsphilosophie S.129; ESSER, Einführung S.116; DROST, Grundlagen S.41; DEL VECCHIO, Lehrbuch der Rechtsphilosophie S.417; SAUER, System S.249; PETRASCHEK, System der Rechtsphilosophie S. 143 Anm.2 weist darauf hin, dass mit dem Ausdruck "Rechtsquelle" sowohl der Ursprung (Geltungsgrund) des Rechtes wie auch dessen Herkunft bezeichnet wird.

2) So auch GERMANN, Verhältnis zwischen Rechtsquellen und Rechtsfindung 1. Festschrift für H.LEWALD S.289.

wohnheit, dem Vertrag als Erkenntnisquelle des Rechtes fest im Auge und bleibt sich der eben angedeuteten Folgerungen aus dieser Erkenntnis bewusst, so sind nunmehr auch die Zusammenhänge zwischen beiden "Rechtsquellen" aufzuweisen. Denn wie Gesetz, Gewohnheits- und Vertragsrecht bzgl. ihrer **R e c h t** a qualität vom Rechtsprinzip abhängig sind, so bedarf doch das Rechtsprinzip notwendig der Verwirklichung; dann eine Rechtsordnung, die nur aus dem Rechtsprinzip besteht, ist etwas Unmögliches. Das Rechtsprinzip allein reicht niemals aus, um einen Rechtsfall zu entscheiden, da es einmal Kenntnis der Interessen und einen Bewertungsmaßstab schon voraussetzt und insoweit nur formal ist und zum anderen "zwar die notwendige Bedingung der Rechtlichkeit angibt, aber in dem dadurch gezogenen Rahmen einen Spielraum freier Gestaltung lässt"¹⁾ und insoweit nur limitierend ist.

Darüber hinaus bestehen durch das äusserst komplexe Verhältnis zwischen-menschlicher Beziehungen, die das Recht zu regeln hat, ungewöhnliche Schwierigkeiten in der richtigen Erfassung und Bewertung menschlicher Interessen, so dass nach alldem eine eindeutige autoritative Entscheidung, was nun Rechtens sein soll, schon aus diesem Grunde einem eminent praktischen Bedürfnis entspricht. Diesem Bedürfnis dient die positive Rechtsordnung, indem sie ausspricht, wie (gem. dem Rechtsprinzip) Interessenskonflikte geregelt werden sollen und was demgemäss geltendes Recht sein soll. Gesetz, Gewohnheitsrecht, Verträge sind dabei **N o t w e n d i g k e i t e n**, deren das positive Recht sich bedienen kann, sie sind weitgehend aus den oben angegebenen Gründen notwendige Mittel, um die Ungewissheit, was Rechtens sein soll, zu beseitigen, aber sie erschöpfen den Bereich des geltenden Rechtes nicht.²⁾

1) WOLFF, principium iuris S.114.

2) So auch DROST, Grundlagen S.41; FORSTHOFF, VerfRecht S.139. Vgl. auch GUTEVILLER, Gerechtigkeit in Zeitschr. f. schweiz. Recht NF Bd.72 1953, S.416 f: "Geltendes Recht ist uns die gesamte **R e c h t s o r d n u n g** **a l s s o l c h e**: in ihrem durch systematische Auslegung gewonnenen Sinzusammenhang, d.h. in ihrer geistigen und sittlichen Struktur einschlied. der vorausgesetzten oder in ihr verankerten Kulturformen u. Wesensmerkmale (vgl. auch die in Anm.1, S.36 referierte ähnliche Auffassung des BVerfG.)"

Ja, sie können es gar nicht einmal, weil sie ihrer Natur gemäss sozusagen nur eine jeweils gegenständig, zeitlich und räumlich begrenzte Momentaufnahme nahezu täglich sich verändernder Interessenslagen geben können, und ihre Regelungsfunktion daher nur beschränkt ist. Es besteht also sogar eine gewisse Notwendigkeit, die Quellen des geltenden Rechtes zu erweitern.¹⁾

Ist das aber überhaupt möglich und wenn ja, worin besteht diese Möglichkeit? Erinnern wir uns der oben beschriebenen Aufgabe des positiven Rechtes, die darin besteht, eine bestimmte durch Willensentscheidung bewirkte Ausgestaltung der Rechtsidee zu geben, um den Streit, was Rechtens ist, zu beenden. Will man das positive Recht um einen Bereich von Normen erweitern, die (wie die allgemeinen Rechtsgrundsätze) einer Willensentscheidung nicht mehr unterliegen sollen, so ist das nur dann möglich, wenn die Aufgabe des positiven Rechtes, endgültige Klarheit und Entscheidung über die Ausgestaltung der Rechtsidee gegeben, auch durch diese Normen erfüllt wird. Es können also nur solche Rechtsnormen in Frage kommen, die wegen ihres allgemeinen und fundamentalen Charakters jedem vernünftigen Menschen einsichtig sind, die einer klärenden Entscheidung gar nicht mehr bedürfen und für deren Inhalt kein Spielraum freisteht, der so oder so ausgefüllt werden könnte.

Diesen Anforderungen entsprechen die allgemeinen Rechtsgrundsätze, da sie die soeben genannten Voraussetzungen für die Möglichkeit einer dritten Rechtsquelle des positiven Rechtes neben Gesetz und Gewohnheitsrecht in der Tat erfüllen, denn die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind in ihrem Bestand unabhängig von einer klärenden, einen Spielraum ausfüllenden Willensentscheidung. Vielmehr ist für eine solche gar kein Raum, da es sich bei diesen Normen lediglich um den Ausspruch zwingender allgemeiner Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und gegebenenfalls auch

1) So auch ESSER, Einführung S. 117.

die Fixierung feststehender höchster Rechtsworte handelt.

Aus den gleichen eben genannten Gründen, die uns die Möglichkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze als Bestandteil des positiven Rechtes aufzeigen, ist aber auch darauf hinzuweisen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze ein notwendiger Bestandteil jeder positiven Rechtsordnung sind. Denn die Qualifikation als positive Rechtsordnung hängt geradezu davon ab, ob zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und feststehende höchste Rechtswerte in ihr auch verwirklicht werden.

Haben wir im Vorstehenden darzutun versucht, dass der Begriff des positiven Rechtes nicht als auf das Gesetz und das Gewohnheitsrecht beschränkt aufzufassen ist, sondern dass er vielmehr auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze erfasst, so bedarf es jetzt noch der Klärung, ob die Bezeichnung der allgemeinen Rechtsgrundsätze als einer weiteren Rechtsquelle des positiven Rechtes (neben Gesetz und Gewohnheitsrecht) angebracht erscheint.

Schon oben¹⁾ wurde von den zwei verschiedenen Sachverhalten gesprochen, die mit dem Bild einer "Rechtsquelle" getroffen werden können. Wir sahen, dass das Rechtsprinzip als letzter Real- und Sachgrund, als originäre Entstehungsquelle des Rechtes scharf zu unterscheiden ist von den Erkenntnisquellen des Rechtes, also den Äusserungsformen, den Formen seiner Sichtbarmachung, den historischen Erscheinungsformen des Rechtes, wie sie uns in Gestalt von Gesetz und Gewohnheitsrecht gegenüberstehen. Das Bild einer "Quelle" des Rechtes hat dabei in beiden Fällen seine Berechtigung. Denn einmal vermittelt es die auf den Sachverhalt in gewisser Weise treffende bildliche Vorstellung, dass die Unzahl rechtlicher Normen bezüglich ihres echten Sollenscharakters aus dem Rechtsprinzip "fliessen", zum anderen kann man ein Gesetz oder eine gewohnheitsrechtliche Regelung als den Ursprung, die "Quelle" der aus ihnen entspringenden Berechtigungen, Ver-

1) Vgl. S. 63 f.

pflichtungen, Verbote etc. bezeichnen. Wollen wir die allgemeinen Rechtsgrundsätze in dieses "Quellensystem" einordnen, so stoßen wir auf Schwierigkeiten. Sicher ist, dass sie nicht als Entstehungsquelle bezeichnet werden können, Entstehungsquelle ist einzig und allein das Rechtsprinzip. Aber sie sind auch nicht gleichzusetzen mit den Erkenntnisquellen wie sie uns in Gestalt von Gesetz und Gewohnheitsrecht und ihrem ständigen Wechsel unterlegenen Gehalt entgegenreten. Vielmehr sind sie in ihrem Inhalt konstant und unveränderlich wie das Rechtsprinzip. Dadurch rücken sie in seine Nähe, sind nur im engsten Zusammenhang mit ihm zu erklären und darzustellen. Aber ihre Forderungen sind doch wieder spezieller, wenn sie praktisch notwendige Folgerungen aus dem Rechtsprinzip formulieren und ganz bestimmte höchste Werte postulieren bzw. die entsprechenden Unwerte eindeutig ausschließen. Die Vorstellung einer "Quelle" lässt sich allerdings sehr wohl mit ihnen verbinden, denn, wie wir oben¹⁾ gesehen haben, bilden sie gemeinsam mit dem Rechtsprinzip vor allem auch die Grundlage für die Entstehung allgemeiner Rechtsätze. Aber um auf die Eigenart dieser dritten Rechtsquelle des positiven Rechtes deutlich hinzuweisen, erscheint es zweckmässig, die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch als eine "Rechtsquelle sui generis" neben Gesetz und Gewohnheitsrecht zu bezeichnen; und zwar "sui generis" insbesondere insofern, als sie hinsichtlich ihres Inhalts und ihrer Geltung unabhängig vom rechtssetzenden Willen, wie er sich im Gesetz und Gewohnheitsrecht manifestiert, als notwendiger und unveränderlicher Bestandteil jeder positiven Rechtsordnung gegeben sind.²⁾

1) Vgl. S. 48/49.

2) Diese Selbständigkeit der allgemeinen Rechtsgrundsätze gegenüber Gesetz und Gewohnheitsrecht hindert aber nicht zu behaupten, dass sie gleichzeitig ein Bestandteil von Gesetz und Gewohnheitsrecht sein können und in einem materiellen Rechtsstaat in der Regel auch sind. Abgesehen davon, dass sich das mit der Erfahrung begründen lässt, (vgl. s. B. die Konkretisierung allgemeiner Rechtsgrundsätze im BGB n. B. in den §§ 242 und 828), ist es einleuchtend, dass Gesetz und Gewohnheitsrecht eines Rechtsstaates letztlich immer ein weiterer Ausfluss der Fundamentalsätze der Rechtsordnung sein müssen.

Diese Untersuchung der Stellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Rechtsquellenlehre ist abzuschließen mit einer Beantwortung der Frage nach ihrer Rangordnung. Sie ist nur dahin zu beantworten, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze die ranghöchste Stelle einnehmen.¹⁾

Was die Rangstellung der allgemeinen Rechtsgrundsätze im System der Quellen positiven Rechts angeht, so ist schon an anderer Stelle darauf hingewiesen worden,²⁾ dass sie entgegenstehenden Normen von Gesetz oder Gewohnheitsrecht vorgehen.

Wie ist das Verhältnis der allgemeinen Rechtsgrundsätze zu den sonstigen Rechtsquellen des positiven Rechtes aber im Übrigen zu beurteilen? VERDROSS³⁾ glaubt dieses Verhältnis dahingehend bestimmen zu können, dass er den allgemeinen Rechtsgrundsätzen subsidiären Charakter zukommen lässt, d. h. also, er behauptet, sie seien nur dann anwendbar, wenn die übrigen Rechtsquellen, Gesetz und Gewohnheitsrecht bzw. Vertrag und Gewohnheitsrecht eine Regelung des Falles nicht vorsehen. Die Aufgabe der allgemeinen Rechtsgrundsätze würde sich somit auf die Lückenausfüllung beschränken.

HÄRLE⁴⁾ sieht in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die "lex generalis" und stellt sie der derogierenden Kraft der "lex specialis" (in Gestalt von Gesetz und Gewohnheitsrecht) gegenüber. Es lässt sich nun nicht sagen, die Ansicht von VERDROSS oder HÄRLE treffe unter keinen Umständen zu. VERDROSS und HÄRLE sprechen vielmehr etwas aus, was sehr wohl richtig sein kann. Die allgemeine Rechtsgrundsätze können die Funktion haben, Lücken auszufüllen, ihre Funktion erschöpft sich hierin aber nicht; Gesetz und Gewohnheitsrecht können als Spezialnorm die Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze ausschließen, aber nicht in jedem Fall. Denn sowohl VERDROSS als auch HÄRLE

1) So auch LEIBHOLZ, Z. ausl. öff. R. u. VöR, Bd. 1 S. 122; WOLFF, DVBl. 1952, S. 31 f.

2) Vgl. S. 49/50.

3) VERDROSS, Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft S. 65.

4) HÄRLE, Allgemeine Entscheidungsgrundlagen S. 104.

Übersehen den Vorrangcharakter der allgemeinen Rechtsgrundsätze, der ihnen kraft ihres besonderen Inhaltes zukommt, der in dem Ausspruch zwingender Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und in der Fixierung höchster Rechtswerte besteht. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze füllen daher nicht nur Lücken aus, sondern können sehr wohl die Anwendung bestehender Regelungen im Gesetz oder Gewohnheitsrecht verhindern, soweit sie ihnen nämlich widersprechen; "Spezialnormen", die ihnen e n t g e g e n s t e h e n , müssen ihnen weichen und durch solche ersetzt werden, die mit ihnen im Einklang stehen.¹⁾

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind aber a u c h geeignet, bestehende Lücken auszufüllen, da sie gegenüber dem Rechtsprinzip speziellere und fassbarere Richtlinien für die Beurteilung rechtlicher Interessenlagen bieten und somit die Ausfüllung von Lücken erleichtern.

Die Meinung HÄRLEs, dass zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den übrigen Quellen des positiven Rechtes ein ähnliches Verhältnis wie zwischen lex generalis und lex specialis bestehe, trifft in der Tat den Regelfall. Wenn auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze grundsätzlich den Vorrang beanspruchen, so tun sie das doch nur in einem eingeschränkten Sinne.

Es ist nämlich nicht so, dass etwa dem Richter die Erklärung gestattet sei, er wende z.B. die einschlägigen §§ des HGB oder des BGB nicht an, er judiziere nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Das würde eine völlige Verkennerung der Sachlage bedeuten und zwar aus verschiedenen Gründen: Einmal lassen allgemeine Rechtsgrundsätze in der Regel verschiedene Möglichkeiten der Anwendung offen, um ihnen gemäße Einzelregelungen zu treffen. Im Interesse der Rechtssicherheit, ja im Interesse der Gerechtigkeit selbst darf es nicht dem jeweiligen Richter offenstehen, beliebig auszuwählen, zumal auch keine Gewähr dafür besteht, dass der Richter, der aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz ja erst einen Rechtsatz selbst entwickeln muß,

1) So auch RGZ 85/117.

die Wahl besser trifft, als der Gesetzgeber. Zum anderen spricht eine erste Vermutung dafür, dass die vom Gesetzgeber getroffenen Regelungen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entsprechen. Sie sind daher immer anzuwenden, solange sie nicht zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen in einem Widerspruch stehen, der durch keine sachgemäße Erwägung mehr gerechtfertigt werden kann. Erst dann und nur dann erhalten die allgemeinen Rechtsgrundsätze Anspruch auf Vorrang.

Dabei beruht die Einschränkung, dass der Widerspruch erst dann beachtet wird, wenn er durch keinerlei sachgemäße Erwägung mehr zu rechtfertigen ist, auf der Unmöglichkeit, das Recht in seinen höchsten Grundwerten und Prinzipien immer v o l l k o m m e n zu verwirklichen. Eine vollkommene Verwirklichung scheidet vielmehr an der allgemeinen menschlichen Unzulänglichkeit, die schon einer vollkommenen B r k e n n t n i s dieser Prinzipien und all ihren notwendigen Auswirkungen entgegensteht; sodann aber auch an den Widerständen, die aus dem oft äußerst komplexen sozialen Verhältnissen, deren Regelung diese Prinzipien dienen sollen, selbst erwachsen und ihre Erfassung und Ordnung erschweren.

Nicht zuletzt aber scheidet sie an dem möglichen Spannungsverhältnis der Prinzipien untereinander - wie es an dem ständigen Spannungsverhältnis z.B. zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit immer wieder deutlich wird -, das jeweils nur Teilverwirklichungen der einzelnen Prinzipien und Werte ermöglicht. Kann also eine vollkommene Entsprechung zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus diesen Gründen nicht erwartet werden und sind sogar einem allgemeinen Rechtsgrundsatz widersprechende Regelungen möglich, so darf eine derartige Regelung doch niemals als reine Willkürmassnahme erscheinen, sie muss vielmehr mindestens eine Lösung darstellen, die im Hinblick auf die soeben angedeuteten Schwierigkeiten noch als durch sachgemäße Überlegungen gerechtfertigt erscheint. Ist aber selbst das nicht der Fall, und lässt sich die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechende Regel in keiner Weise hin-

reichend rechtfertigen, dann hat sie den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu weichen. So gesehen könnte man die allgemeinen Rechtsgrundsätze auch als Grenznormen auffassen, die innerhalb des von ihnen umgrenzten Raumes oft kaum in Erscheinung treten, ihn aber doch insgesamt formen und nur dort, wo die Grenze überschritten wird, in aller Deutlichkeit hervortreten.¹⁾ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind also keineswegs ein bequemes Mittel, das dem Richter die Arbeit erleichtert, indem sie ihm behilflich sind, der strengen Systematik der Gesetze auszuweichen, um von rein subjektiven Motiven getragene Billigkeitsentscheidungen zu fällen. Im Gegenteil, das Vorhandensein allgemeiner Rechtsgrundsätze macht die Arbeit des Richters schwieriger. Sie zwingt ihn, nicht nur den Wortlaut der Gesetze zu beachten, sondern auch den hinter diesem Wortlaut sich verbergenden Motiven und Grundwertungen des Gesetzgebers nachzugehen, um die Übereinstimmung bzw. den Widerspruch der gesetzlichen Regeln mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen feststellen zu können.

Selbst wenn der Richter zu der Überzeugung kommt, eine gesetzliche Regel habe den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu weichen, so ist er dennoch in seiner Entscheidung nicht frei. Er muss sie vielmehr sowohl an den Forderungen des Rechtsprinzips, dem sachlichen Gehalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie aber auch vor allem an den sonstigen Grundwertungen des Gesetzgebers ausrichten, die er keinesfalls ausser Acht lassen darf.²⁾

Nicht zuletzt ist die Aufgabe des Richters bei der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auch insofern besonders schwierig, als er aus dem Rechtsgrundsatz praktisch noch den Rechtsatz selbständig entwickeln muss, den er anwendet.³⁾

1) In diesem Sinne auch die Ausführung v. COING, Grundzüge der Rechtsphilosophie S. 258 u. SCHACK i. LAUN-Festschrift S. 293.

2) Vgl. auch LARENZ, Schuldrecht S. 78 f.

3) Vgl. auch oben S. 46/47 f.

§ 9: Abgrenzung zwischen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Gewohnheitsrecht im besonderen.

Häufig wird der allgemeine Rechtsgrundsatz mit dem Gewohnheitsrecht in Zusammenhang gebracht.¹⁾ Schon oben²⁾ wurde erwähnt, dass es durchaus möglich ist, dass wir einen allgemeinen Rechtsgrundsatz im Gewohnheitsrecht finden. Dagegen besteht begrifflich und dem Wesen nach zwischen beiden Rechtsquellen ein deutlicher Unterschied. Das Gewohnheitsrecht setzt Zeitablauf voraus, und die seines Rechtscharakter erst begründende Gewohnheit ist einer seiner notwendigen begrifflichen Bestandteile.

Das alles steht im Gegensatz zum allgemeinen Rechtsgrundsatz. Die Geltung der allgemeinen Rechtsgrundsätze besteht unabhängig von vorausgehendem Zeitablauf und vorausgehender Gewohnheit. Denn sie werden zugleich mit der Bildung einer Rechtsordnung existens und sind notwendiger Bestandteil derselben, ohne dass es darauf ankäme, ob ihre Beachtung einer Gewohnheit der Teilnehmer am Rechtsverkehr entspricht oder nicht.

§ 10: Abgrenzung der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes von der analogen Anwendung einer Rechtsregel.

Nicht selten kann man auch beobachten, dass Analogie und Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes nicht deutlich geschieden werden.³⁾ Die Gefahr der Verwechslung liegt besonders nahe, wenn ein allgemeiner Rechtsgrundsatz in einer Spezialregelung eines bestimmten Rechtsge-

1) Das tun z. B. HÄRLE, Allgem. Entscheidungsgrundlagen, S. 301 und GUGGENHEIM, Lehrb. d. Völkerrechts S. 139 ff; auch MEZGER, Arch. f. Rechts- und Sozialphilosophie, Bd. 38, S. 281 f.

2) Siehe S. 68 Anm. 2.

3) So z. B. praus. OVG 90/26 u. HEDEMANN, Generalklausel, S. 56.

bietet, z.B. dem Zivilrecht, seinen Niederschlag gefunden hat und nun die Frage auftaucht, ob der Grundgedanke dieser "Zivilrechtsregel", wenn man ihn von seiner speziellen Einkleidung befreit, auch z.B. im öffentlichen Recht Anwendung finden könnte.

Es liegt dann nahe, an Analogie zu denken.

Vergewöhnlich man sich aber genauer die Voraussetzungen und den Vorgang einer analogen Anwendung, so wird deutlich, dass sie sich von der Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes wesentlich unterscheidet.

Soll ein Rechtsatz auf einen vom Gesetzgeber bisher nicht ausdrücklich erfassten und geordneten Sachverhalt durch analoge Anwendung "erstreckt"¹⁾ werden, so ist ein derartiges Erstrecken nur möglich, wenn die von dem Rechtsatz erfasste Interessenlage und die des neuen Sachverhaltes gleich sind. Darüber hinaus muss die Gewähr gegeben sein, dass die ratio legis des Rechtsatzes auch für den neuen Fall zutreffend ist.

Die dergestalt zu erstreckende Norm wird für den neuen Fall jedoch nur s i n n e m H e s s angewandt; also nicht in der vom Gesetzgeber im einzelnen ausgestalteten Form, sondern in notwendiger Modifikation²⁾, da es sich zwar um die Regelung einer gleichen Interessenlage, aber doch um einen anderen Sachverhalt handelt wie der, der vom gesetzlichen Tatbestand erfasst wird.³⁾

1) LEHLMANN, Allgem. Teil S. 95.

2) Vgl. SCHÜLE, Vw. Arch. Bd. 38 S. 408

3) Vgl. ergänzend zu dieser Darstellung der Analogie die Untersuchung Mengers, System d. verw. gerichtl. Rechtsschutzes § 20 S. 62 ff über die Analogie. Menger geht von der logischen Struktur des Rechtsatzes (hiersu vgl. S. 38 der vorliegenden Arbeit) aus und erörtert daran den Vorgang der Analogie. Dabei weist er besonders darauf hin, dass bei analoger Anwendung eines Rechtsatzes lediglich die "Tatbestandsseite" dieses Rechtsatzes modifiziert wird, die "Rechtsfolgenseite" aber unverändert bleibt. Die Modifikation der Tatbestandsseite geschieht nach Menger dadurch, dass der Richter "einzelne der Rechtsfolgebedingungen Tatbestandsmomente durch andere Elemente, welche er dem ihm vorliegenden Sachverhalt entnimmt" ersetzt. Das sei jedoch "nur solange statthaft, wie die Summe aus bestehenden bleibenden Tatbestandsmomenten und neu hinzugefügten Sachverhaltsmomenten den rechtsfolgebegründenden Tatbestand" erfülle und so das Gleichgewicht zwi-

Die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, auch wenn er erst aus einer gesetzlichen Norm herauskristallisiert wird, steht jedoch unter ganz anderen Voraussetzungen.

Hat man einmal festgestellt, dass einer Spezialnorm als ratio legis ein allgemeiner Rechtsgrundsatz zugrunde liegt, so genügt allein schon die Erkenntnis, dass es sich um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz handelt, um die Geltung dieses Grundsatzes auch für den zur Entscheidung stehenden Fall zu bejahen.

Hier zeigt sich nämlich der Sondercharakter einer derartigen einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck bringenden ratio legis.

Da - wie im Laufe dieser Ausführungen mehrfach betont und darzulegen versucht wurde - ein allgemeiner Rechtsgrundsatz unabhängig von seiner Kodifikation durch den Gesetzgeber ein eigenständiger Bestandteil jeder positiven Rechtsordnung ist, der als solcher in der g e s a m t e n positiven Rechtsordnung Geltung beanspruchen kann, wird es daher überflüssig, z.B. noch die Übereinstimmung der Interessenlagen in dem durch die Spezialnorm geregelten und dem neuen Fall zu prüfen. Denn die Beachtung der allgemeinen Rechtsgrundsätze ist in jedem Fall geboten.

Auch kann man dann, wenn die ratio legis einer Spezialnorm einen allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck bringt, nicht mehr von einer E r s t r e c k u n g der S p e z i a l n o r m sprechen, wenn man den allgemeinen Rechtsgrundsatz auf den neuen Sachverhalt anwendet. Die Spezialnorm diene vielmehr nur als Erkenntnismittel, und der allgemeine Rechtsgrundsatz, der in ihr seinen Niederschlag gefunden hat, wird sozusagen nur aus ihr "herausgelöst", um seiner Natur gemäss seine selbständige und

sehen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite unverändert bleiben.

Gegenüber dieser eng an die logische Struktur des Rechtsatzes angelehnten Betrachtungsweise der Analogie betont allerdings auch Menger, dass "die juristische Konstruktion der Analogie letztlich nur eine Konsequenz aus dem prägenden und wertenden Vergleich der beiderseitigen Interessenlagen" sei und daß es sich auch "bei der Modifizierung des Tatbestandes weniger um eine logische, als um eine teleologische Operation handelt".

von jeder gesetzlichen Norm unabhängige Geltung im gesamten Rechtsbereich zu entfalten.¹⁾

§ 11: Allgemeiner Rechtsgrundsatz und Generalklausel.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze überschneiden sich mit dem Kreis der seit HEDEMANN'S Schrift²⁾ besonders berücksichtigten Generalklauseln. Denn allgemeine Rechtsgrundsätze haben den Charakter von Generalklauseln, aber nicht alle Generalklauseln sind auch allgemeine Rechtsgrundsätze.

Dazu im einzelnen:³⁾

Mit dem Begriff der Generalklausel erfasst man vom Gesetzgeber aufgestellte, nur in den Grundzügen festgelegte Richtlinien für die rechtliche Gestaltung aller oder einer bestimmten Gruppe von Tatbeständen, wobei dem Richter ein erheblicher Spielraum in der Anwendung der allgemeinen Regel offen gelassen wird.⁴⁾⁵⁾

- 1) So im Ergebnis auch MINGER, System § 21 S.72. MINGER übersieht allerdings, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Rechtsgrundsätze nicht an die logische Struktur von Rechtsgrundsätzen (konditionale Verbindung von Tatbestands- und Rechtsfolgenseite) gebunden sind, sondern diese enge Form der Rechtsgrundsätze gerade sprengen (Vgl. S.4) der vorliegenden Arbeit.)
- 2) Die Flucht in die Generalklausel.
- 3) Der folgenden Behandlung von Begriff und Wesen der Generalklausel liegt vornehmlich die Darstellung WEBERS bei STAUDINGER, Einleitung Anm.281 ff. zugrunde.
- 4) WEBER, a.a.O., Anm.281
- 5) Bezüglich der technischen Struktur einer solchen Generalklausel sind mehrere Möglichkeiten denkbar. Eine Möglichkeit besteht darin, dass die Tatbestandsseite eines Rechtsatzes nicht einen in allen Einzelheiten fest umrissenen Tatbestand aufweist, sondern nur nach Art einer Richtlinie die zu erfassenden Sachverhalte angibt, ohne sie im einzelnen genau zu bestimmen. Ein Beispiel dafür ist der § 826 BGB: Er enthält auf der Tatbestandsseite nur die ganz allgemeine Angabe, dass solche Fälle erfasst werden sollen, in denen jemand einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise vorsätzlich einen Schaden zugefügt hat. Im Gegensatz etwa zu § 823 BGB fehlt es hier also an einer genauen Festlegung und Bezeichnung der ein Schadensersatzverpflichtung auslösenden Schadensereignisse. § 826 BGB gibt nur eine allgemeine Richtlinie an, wenn dort verlangt wird, dass eine sittenwidrige Schädigung vorliegen muss. Eine andere Möglichkeit der Struktur einer General-

Es wird sozusagen nur ein Rahmen aufgestellt, dessen Ausfüllung dem Richter überlassen bleibt. Das Wesen der Generalklauseln besteht darin, dass sie die Möglichkeit bieten, die Rechtsprechung dem ursprünglichen Rechtsdenken und Rechtscampfinden anzupassen, vorhandene Lücken zu ergänzen und die Grundsätze der Rechtserneuerung zur Geltung kommen zu lassen. Sie haben damit vier Funktionen und zwar die Lückenfunktion¹⁾, die Gerechtigkeitsfunktion, die Kulturfunktion und die Rechtsschöpfungsfunktion, wobei die beiden letzteren ineinander übergehen. Die Generalklauseln sind geeignet, neue Rechtsinstitute in die Welt zu setzen, nicht zuletzt, weil sie die äussere Verbindung des gesetzten Rechtes zu den nicht

klausel zeigt der § 242 BGB, während im § 826 BGB der Tatbestand nur richtlinienmässig festgelegt, die Rechtsfolge aber genau bestimmt ist (nämlich Verpflichtung des Schädigers zum Schadensersatz), ist im § 242 BGB zwar ein fest umrissener Tatbestand, dafür eine nur richtlinienmässig bestimmte Rechtsfolge angegeben. Bekanntlich besagt § 242, dass, wenn jemand Schuldner ist, er die geschuldete Leistung so zu bewirken hat, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Damit ist auf der Rechtsfolgenseite nur eine Richtlinie gegeben, die die Art und Weise der Leistung bestimmt. Es fehlt dagegen an einer Festlegung der Leistungsmodalitäten im einzelnen. Denkbar sind daneben auch Generalklauseln, die sowohl den Tatbestand als auch die Rechtsfolge nur durch eine Richtlinie festlegen und damit allerdings die Form des Rechtssatzes, für die ja auch ein gewisses Mass an inhaltlicher Bestimmtheit und Berechenbarkeit der möglichen Anwendungsfälle und Anwendungsmodalitäten kennzeichnend ist, bereits verlassen und höchstens als Rechtsgrundsätze bezeichnet werden können, aber die Grenzen sind fließend und können sich überschneiden. Ergänzend sei noch gemerkt, dass die oben angeführten §§ 242 und 826 BGB unter den Generalklauseln insofern eine besondere Stellung einnehmen, als dort zugleich allgem. Rechtsgr. (Wahrung von Treu und Glauben und d. guten Sitten) einen gesetzlichen Niederschlag gefunden haben. Vom Gesetzgeber näher, d.h. rechtsatzmässig ausgestaltet worden sind.

1) HEDEMANN, Generalkl. S.58 sagt, Generalklauseln seien ein Stück offengelassener Gesetzgebung.

durch Gesetz festgelegten, das Recht immanenten Ideen darstellen.¹⁾

Wenn die Generalklauseln auch im allgemeinen nicht die volle Präzision streng und exakt formulierter Rechtsätze aufweisen, so dürfen sie allerdings dennoch nicht mit der verfassungsrechtlichen Erscheinung des blossen "Programmsatzes" verwechselt werden. Von blossen Programmsätzen unterscheiden sich die Generalklauseln vielmehr dadurch, dass sie jene an Stärke übertreffen, weil ihnen "der unmittelbare Wille zur Rechtssetzung oder Rechtsbeeinflussung innewohnt."²⁾

In der soeben versuchten Charakterisierung der Generalklausel finden sich so viele mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen übereinstimmende Züge, dass es gerechtfertigt erscheint, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen den Charakter von "Generalklauseln" zuzuerkennen. Denn wie wir in den vorangehenden Untersuchungen festgestellt haben, geben auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze Richtlinien für die rechtliche Gestaltung von Interessenlagen und lassen gewisse Spielräume bei der Anwendung dieser Richtlinien frei; sie sind ebenfalls geeignet, Lücken auszufüllen, und dienen als Grundlage für die Entwicklung neuen Rechts.

Wie die Generalklauseln sind auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht blosse unverbindliche Programmsätze, vielmehr kommt ihnen aktuelle Wirksamkeit zu; denn wie wir mehrfach sahen, hängt der Bestand der positiven Rechtsordnung als Rechtsordnung geradezu davon ab, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze in ihr verwirklicht werden.

Wenn die allgemeinen Rechtsgrundsätze aus den erwähnten Gründen auch den Charakter von "Generalklauseln" haben, so bestehen doch im einzelnen noch gewisse Unterschiede, die bei einer eingehenderen Untersuchung nicht ausser Acht gelassen werden dürfen. Hier ist insbesondere noch

1) WEBER, a.a.O. Anm. 205 u. 289

2) HEDERMANN, a.a.O. S. 54 f.

ein Punkt¹⁾ hervorzuheben: Während rein begrifflich gesehen die Generalklausel als solche einen beliebigen Inhalt haben kann und sie insofern für den Gesetzgeber nur eine gesetzestechnische Form darstellt, die er nach eigenem Ermessen inhaltlich ausfüllen kann, so zeichnet sich demgegenüber ein allgemeiner Rechtsgrundsatz gerade dadurch aus, dass er stets nur einen in besonderer Weise qualifizierten Inhalt aufweist. Der allgemeine Rechtsgrundsatz stellt daher nicht, wie die Generalklausel, lediglich nur eine den Gesetzgeber zur Verfügung stehende gesetzestechnische Form dar.²⁾

§ 12: Allgemeiner Rechtsgrundsatz und "Natur der Sache".

Im Verlaufe der Erörterungen wurde versucht, die allgemeinen Rechtsgrundsätze als eine weitere Rechtsquelle neben Gesetz und Gewohnheitsrecht zu kennzeichnen.³⁾ Daneben wurde auf die Funktion zur Ausfüllung von Lücken hingewiesen, die den allgemeinen Rechtsgrundsätzen zukommt.⁴⁾

Nun stossen die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowohl in der Eigenschaft als zusätzliche Rechtsquelle wie auch bezüglich ihrer Lückenfunktion scheinbar auf die "Konkurrenz" einer anderen alten juristischen Denkform, nämlich auf die der "Natur der Sache".⁵⁾

1) Wenn man einmal davon absieht, dass die vom Gesetzgeber geschaffenen Generalklauseln rechtstechnisch gesehen meist - nicht notwendig immer (vgl. Anm. 5 von S. 76 auf 77) - rechtssatzmässig ausgebildet sind,

2) Es mag noch darauf hingewiesen werden, dass die vom Gesetzgeber verwandten Generalklauseln allerdings meist kodifizierte (allgemeine oder besondere) Rechtsgrundsätze sind. Vgl. etwa u.a. die die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Wahrung von Treu und Glauben und der guten Sitten kodifizierenden Generalklauseln des BGB (§§ 242 und 248 BGB).

3) Vgl. S. 61

4) Vgl. S. 69/70 f.

5) Zur Dogmengeschichte der "Natur der Sache" vgl. GUTZWILLER, Natur der Sache S. 294 Anm. 1; Vgl. ferner den geschichtlichen Überblick bei RADBRUCH, Natur der Sache S. 157 ff.

Die Natur der Sache wird nämlich hin und wieder als zusätzliche Rechtsquelle bezeichnet¹⁾, und noch häufiger wird auf ihre Lückenfunktion hingewiesen.²⁾

Es wird daher notwendig zu klären, welche Unterschiede zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Sache bestehen, und beide voneinander abzugrenzen. Dazu bedarf es vorab einer kurzen Erläuterung der "Natur der Sache". Aus den bisherigen Darstellungen, vornehmlich RADBRUCHS³⁾ und GUTZWILLERS⁴⁾, ergibt sich etwa folgendes (noch unklare) Bild:

Allen Schlüssen aus der "Natur der Sache" soll eine gemeinsam sein, "dass nämlich ein einer Gegebenheit eigentümliches Wesenselement zur Grundlage eines juristischen Urteils gemacht wird"⁵⁾. Dabei soll ohne Bedeutung sein, ob diese Gegebenheit, die "Sache" also, mehr tatsächlicher oder mehr rechtlicher Natur ist, je nachdem ob als Ausgangspunkt also "Naturtatsachen"⁶⁾ (wie z.B. der "Fall des Apfels über den Zaun, der für das Nachbarrecht erheblich ist"⁷⁾, Geburt und Tod, Kindheit, Jugend, Alter, Geschlechterverbindung und Zeugung, Elternschaft und Kindsohne⁸⁾) oder rechtliche Gegebenheiten und "rechtlich geregelte Lebensverhältnisse"⁹⁾ (wie etwa Kauf, Leihe, Darlehn etc.¹⁰⁾) genommen werden.

Funktionsmässig sieht man die Natur der Sache als blosses Hilfsmittel "im Dienste der Auslegung rechtlich erheblicher Gegebenheiten"¹¹⁾. Darüber hinaus habe "aber der fruchtbare Grundgedanke, aus der Eigenart dieser Gegebenheiten eine besonders brauchbare Basis für juristisch wertvolle Schlüsse zu erhalten, schliesslich dazu geführt,

1) So z.B. COSACK, Lehrb. I S. 6 und S. 18 ff; vgl. auch die weiteren diesbezüglichen Quellenhinweise bei GUTZWILLER, a.a.O., S. 294 Anm. 1.
2) So z.B. RADBRUCH, a.a.O. S. 162; GUTZWILLER, a.a.O., S. 299; W. JELLINEK, Verw. Recht S. 155.
3) "Die Natur der Sache als jurist. Denkform".
4) "Zur Lehre von der Natur der Sache".
5) GUTZWILLER, a.a.O. S. 289;
6) -8) RADBRUCH, a.a.O., S. 160;
9) RADBRUCH, a.a.O. S. 161.
10) vgl. weitere Übersichten bei RADBRUCH, a.a.O. S. 160 f. u. GUTZWILLER, a.a.O. S. 287 f.
11) GUTZWILLER, a.a.O. S. 293.

die dem Wesen des Rechtsverhältnisses adäquate juristische Entscheidung zu einem selbständigen heuristischen Prinzip zu erheben"¹⁾. Als solches sei die Natur der Sache "eine Methode der Rechtsfindung, eine vom Rechtssatz unabhängige Denkform, bei der nun nicht mehr aus der "Natur" eines Stoffes erklärend geschlossen" (wie bei der Auslegung), "die vielmehr als einheitliches Direktionsmittel des Denkens an die rechtlichen Gegebenheiten herangebracht wird, um diese mit ihm zu messen"²⁾.

Die besondere Bestimmung des heuristischen Prinzips liege darin, "das Auffinden von wertvollen Anknüpfungspunkten bei der Luckenausfüllung zu erleichtern"³⁾.

Geht man diesen, im Ergebnis noch sehr unklaren und teilweise verschwommenen Ausführungen über das Wesen der "Natur der Sache" einmal auf den Grund, so ergibt sich, dass sie sich auf eine ganz einfache und den Kern treffende Erkenntnis zurückführen lassen:

Spricht man von der "Natur der Sache", so ist damit nichts anderes gemeint, als die "Natur", d.h. die jeweils besondere Eigenart einer einem Rechtsfall zu Grunde liegenden **I n t e r e s s e n l a g e**.

Das sogenannte "selbständige heuristische Prinzip", das bei einer Entscheidung aus der Natur der Sache zur Anwendung kommen soll, besteht demnach vor allem darin, dass der Richter bei der Entscheidung eines ihm vorliegenden, gesetzlich nicht oder nicht hinreichend geregelten Rechtsfalles seine Entscheidung auf einer gründlichen Erforschung der diesem Fall zu Grunde liegenden Interessenlage aufbauen soll. Das allein reicht aber nicht aus, um den Rechtsfall zu entscheiden. Gemäss dem Rechtsgesetz ist vielmehr neben der genauen Erforschung und Kenntnis der der jeweiligen Interessenlage eigentümlichen Wesensmerkmale darüber hinaus auch ein Abwägen der kollidierenden Interessen notwendig. Damit wird aber deutlich, dass die "Natur der Sache" allein eine rechtliche Entscheidung nicht

1) GUTZWILLER, a.a.O. S. 293
2) GUTZWILLER, a.a.O. S. 294
3) GUTZWILLER, a.a.O. S. 297

tragen kann. Sie bedarf vielmehr der Ergänzung durch die Rechtsidee und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die die Entscheidung bezüglich ihres materiellen Inhalts erst ermöglichen und rechtfertigen.¹⁾ Zwischen den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und der Natur der Sache besteht also nur scheinbar eine "Konkurrenz". In Wahrheit ist ihr Verhältnis zueinander ein solches der gegenseitigen Ergänzung. Denn wie eine Entscheidung aus der Natur der Sache zur unausgesprochenen Voraussetzung hat, dass sie an der Rechtsidee und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ausgerichtet ist, so wird auch eine Entscheidung auf Grund eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes genötigt sein, gemäss dem "heuristischen Prinzip" der Natur der Sache die rechtlich wesentlichen Momente der zur Beurteilung stehenden Interessenlage zu erforschen und ihnen Rechnung zu tragen.

¹⁾ Ähnlich auch RADBRUCH, a.a.O., S. 161 wenn er sagt, mit der Frage nach der "Natur" eines rechtlichen Verhältnisses werde im Grunde genommen eine Antwort erwartet, die auch Auskunft darüber gibt, worin der juristische Sinn eines Lebensverhältnisses liege und wie die Rechtsidee in ihm zu verwirklichen sei.

S c h l u s s

Zusammenfassung.

Als Ergebnis der vorliegenden Untersuchung über die allgemeinen Rechtsgrundsätze ist abschliessend folgendes herauszustellen und festzuhalten:

Oberstes Rechtsprinzip ist das Prinzip der Gerechtigkeit.

Die Bezeichnung *R e c h t s o r d n u n g* kann nur solchen Ordnungen zuerkannt werden, die auf das Prinzip der Gerechtigkeit hin orientiert sind.

Das Prinzip der Gerechtigkeit besteht in dem Gebot, auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung wertvollerer Interessen anderer Menschen vereitelt wird.

Allgemeine Rechtsgrundsätze sind unmittelbar zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip und zwar hinsichtlich solcher allgemeiner Interessenlagen, die lediglich die Existenz einer Vielzahl von Menschen zur tatsächlichen Voraussetzung haben. Einige dieser so entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze fixieren und postulieren gewisse, für das ganze Rechtsgebiet gleichermaßen gültige Rechtswerte.

Kraft dieses ihres besonderen Inhaltes sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze notwendiger Bestandteil jeder positiven *R e c h t s o r d n u n g*. Bei ihrem Wegfall könnte von einer positiven *R e c h t s o r d n u n g* nicht mehr die Rede sein. Als allgemeine Rechte *g r u n d s ä t z e* geben sie Maßstäbe und Richtlinien an, wie, im Einklang mit dem Rechtsprinzip, Interessenkollisionen zu regeln sind.

Die tiefe Verwurzelung der allgemeinen Rechtsgrundsätze gerade auch in der Positivität konnte mit Hilfe der Schichtenlehre nachgewiesen werden, wobei sich ergab, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze der Anlage nach

auch schon in der niederen Rechtsschicht vorhanden sind.

Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sind als Rechtsquelle sui generis des positiven Rechtes neben Gesetz und Gewohnheitsrecht aufzufassen.

Als solche nehmen sie den Vorrang gegenüber Gesetz und Gewohnheitsrecht ein. Letzteres ist jedoch so zu verstehen, dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze gesetzliche und gewohnheitsrechtliche Regelungen nur dann v e r - d r ä n g e n, wenn diese in keiner Weise mit dem Rechtsprinzip in Übereinstimmung stehen und diese Diskrepanz durch keinerlei sachliche Erwägungen (etwa ein notwendiges Mass an Rechtssicherheit) mehr zu rechtfertigen ist, sondern als Verleugnung des Prinzips erscheint.

Abgesehen von derartigen, verhältnismässig seltenen Grenzfällen, in denen Normen verschiedener Rechtsquellen des positiven Rechtes kollidieren, sind die allgemeinen Rechtsgrundsätze vor allem dort von Bedeutung, wo es an gesetzlichen Regelungen fehlt, oder diese die Vielfalt der Materie nicht zu erfassen vermögen.

Da die allgemeinen Rechtsgrundsätze zwingende Folgerungen aus dem Rechtsprinzip formulieren und höchste, allgemein gültige Rechtswerte postulieren, und darüber hinaus ein fundamentales rechtliches Strukturprinzip in ihnen seinen Ausdruck findet, wird ersichtlich, dass sie ihre Wirkung im gesamten Rechtssystem ausstrahlen und auf allen Rechtsgebieten Geltung beanspruchen.

L e b e n s l a u f

Ich, Dieter S c h n a d , wurde am 20. Dezember 1928 als einziger Sohn des Landesrechnungsdirektors i. R. Hans Schnad und seiner Ehefrau Hedwig Schnad geb. Greff zu Münster(Westf.) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Am 12. März 1949 bestand ich die Reifeprüfung an der Münsterischen Ausweichoberschule für Jungen und Mädchen zu Sendenhorst(Westf.). Nach einem juristischen Studium von 8 Semestern an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Münster(Westf.) habe ich am 25. Juli 1953 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm(Westf.) die erste juristische Staatsprüfung abgelegt. Meine mündliche Doktorprüfung fand am 9. Juni 1956 statt.