

Gliederungsübersicht

Vorwort	V
Gliederung	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Hinweise	XL
Prolog: Die deutsche Rechtswissenschaft und der EuGH	1
§ 1 <i>Einführung</i>	4
1. Kapitel: Rechtsgeschichte als Grundlage für genetische Betrachtungen	43
1. Unterkapitel: Von Savigny zum BGB: Zeitalter des Positivismus?	43
§ 2 <i>Der sogenannte „wissenschaftliche Positivismus“</i>	44
§ 3 <i>Der sogenannte „Gesetzespositivismus“</i>	109
§ 4 <i>Exkurs: Überblick zur französischen Entwicklung im 19. Jahrhundert</i>	124
2. Unterkapitel: Von Jhering zur Interessenjurisprudenz: Gegenbewegungen zum Positivismus-Phantom	135
§ 5 <i>Jherings „Zweckdenken“ in der Spätpanekistik</i>	136
§ 6 <i>Freirechtslehre</i>	148
§ 7 <i>Interessenjurisprudenz</i>	153
§ 8 <i>Exkurs: Überblick zur „libre recherche scientifique“</i>	159
Zusammenfassung des 1. Kapitels	170

2. Kapitel: Verfassung und System als Grundlage für funktionale und postmoderne Betrachtungen.....	172
§ 9 <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Untersuchungsgegenstand.....</i>	172
§ 10 <i>Inneres System</i>	190
§ 11 <i>Exkurs: weitere rechtstheoretische Grundsatzfragen.....</i>	228
Zusammenfassung des 2. Kapitels.....	249
3. Kapitel: Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal.....	252
1. Unterkapitel: Rechtsgeschichte und Entwicklung der zivilrechtlichen Methodennormen	253
§ 12 <i>Historische Entwicklung: Methodologische Positionen bis zur Nachkodifizierung des Zivilrechts 1966</i>	253
§ 13 <i>Geltendes Recht: Die Entstehung der Methodennormen im CC/1966 und ihr Verständnis in der Literatur</i>	365
2. Unterkapitel: System und Verfassung.....	426
§ 14 <i>Vorbetrachtungen: Ursachen und Motive der Nachkodifizierung</i>	426
§ 15 <i>Das innere System: Rechtsverhältnis und Grundprinzipien</i>	435
§ 16 <i>Die Verfassung von 1976</i>	480
Zusammenfassung des 3. Kapitels.....	491
4. Kapitel: Anwendung und Auslegung von Recht in Brasilien.....	494
1. Unterkapitel: Rechtsgeschichte und Entwicklung der zivilrechtlichen Methodennormen	496
§ 17 <i>Historische Entwicklung: Methodologische Positionen bis 1942</i>	496
§ 18 <i>Geltendes Recht: Die Entstehung der Methodennormen im LINDB/2010 und ihr Verständnis in der Literatur</i>	594

2. Unterkapitel: Verfassung und System.....	647
§ 19 <i>Vorbetrachtungen: von der brasilianischen Wissenschaft ausgemachte Schwächen des CC/1916</i>	647
§ 20 <i>Die Verfassung von 1988</i>	660
§ 21 <i>Inneres System und Verfassungsprinzipien.....</i>	670
Zusammenfassung des 4. Kapitels.....	716
Ergebnisse.....	719
§ 22 <i>Freiheit oder Zweck? Ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering</i>	719
§ 23 <i>Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien</i>	725
§ 24 <i>Zur Methode der Rechtsvergleichung.....</i>	729
§ 25 <i>Zur genetischen Perspektive – Ist Recht transplantierbar?</i>	738
§ 26 <i>Zur Rechtskreislehre: Eine lusitanische Rechtsfamilie und die Vielfalt der Rechtskulturen</i>	745
Epilog: Zurück zu Savigny, in Europa?	749
Literaturverzeichnis	751
Personen- und Stichwortverzeichnis.....	807

Gliederung

Vorwort	V
Gliederungsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXVII
Hinweise.....	XL

Prolog: Die deutsche Rechtswissenschaft und der EuGH.....	1
--	----------

§ 1 Einführung.....	4
I. Gegenstand der Untersuchung: Anwendung und Auslegung von Recht.....	4
1. Funktion.....	4
2. Realisierungskonzeptionen	5
a) Die Rechtsquellenlehre.....	6
b) Die normgebundene Auslegung.....	7
aa) Ziel der Auslegung	8
bb) Elemente der Auslegung	9
cc) Grenze der Auslegung	11
dd) Analogieschluss	11
c) Das innere System.....	13
3. Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes.....	13
II. Methode der Untersuchung: Rechtsvergleichung	15
1. Ein ungelöstes Problem: das <i>tertium comparationis</i> als Vergleichsmaßstab	15
2. Die funktionale Methode: Suche nach dem Gemeinsamen	16
a) Grundlage: die <i>praesumptio similitudinis</i>	17
b) Die Ermöglichung einer Systematik der Rechtsvergleichung	19
3. Die postmoderne Methode: Suche nach den Unterschieden....	19
III. Ziel der Untersuchung	21
1. Rezeption von fremdem Recht – die genetische Perspektive.....	21
a) Rechtsnatur des „legal transplant“	22
b) Die konträren Auffassungen	23

aa) Watsons „borrowing“	23
bb) Legrands vehemente Ablehnung der „legal transplants“-Theorie	25
c) Stellungnahme und Maßstab der Überprüfung	27
2. Die Rechtskreislehre	28
a) Die Zugehörigkeit Portugals und Brasiliens	29
aa) Portugal	29
bb) Brasilien	30
b) Eine lusitanische Rechtsfamilie?	31
c) Die Rechtskreislehre – ein Anachronismus?	34
aa) Glenns „Legal traditions“-Theorie	34
bb) Stellungnahme	38
IV. Gang der Untersuchung	39
 1. Kapitel: Rechtsgeschichte als Grundlage für genetische Betrachtungen	43
1. Unterkapitel: Von Savigny zum BGB: Zeitalter des Positivismus?	43
§ 2 <i>Der sogenannte „wissenschaftliche Positivismus“</i>	44
I. Historischer Kontext: Volksgeist als Rechtsquelle?	45
II. Savignys Anwendungs- und Auslegungslehre im Zeichen Kantischer Freiheit	49
1. Savignys allgemeines Systemverständnis	52
a) Der Ansatz einer sich geschichtlich verstehenden Rechtswissenschaft	52
b) Begriffe, Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute	54
c) Die grundsätzliche Idee der Freiheit von äußerem „Zwecken“	56
aa) Verbundenheit mit der Philosophie Immanuel Kants?	57
(1) Grundlage der Diskussion: Kants kategorischer Imperativ als Freiheitsprinzip	57
(a) Philosophie	57
(b) Recht	58
(2) Skizzierung des Forschungsstands	59
(a) Überblick	59
(b) Ausgewählte einzelne Autoren	60
(aa) Nörr	60
(bb) Rückert	61
(cc) Schröder	63
(dd) Kiefner und Fikentscher	63

(ee) Avenarius	65
(ff) Meder	67
(gg) Unberath.....	68
(3) Stellungnahme: Das Kantische Freiheitsideal in Savignys Systemverständnis.....	69
(4) Exkurs: das an Kant angelehnte pandektistische Modell und die Causa-Lehre	69
bb) Die Zweckfreiheit des Rechtsverhältnisses.....	71
cc) Zweckfreiheit als Grundlage des Privatrechts heute? – Problemkreise	72
(1) Philosophisch begründetes Grundlagenmodell und Herausforderungen in der Praxis	73
(2) Demokratieideal und Rechtsstaat – gestern und heute ..	74
(3) Freiheitsideal – gestern und heute	76
(a) Freiheit in der Wirtschaftsverfassung; Funktion des Zivilrechts.....	77
(b) Gefahren der Einschränkung von Freiheit	78
(c) Überforderung von Recht.....	78
d) Vollständigkeit „im Zeichen des Suchens“	79
e) Zwischenergebnis.....	81
2. Savignys Verständnis von Anwendung und Auslegung von Recht.....	82
a) Die Abwendung von der Aufklärungshermeneutik	82
aa) Ablehnung der Beschränkung von Auslegung auf dunkle Gesetze	82
bb) Ablehnung der aufklärerischen Unterteilungsschemata	83
b) Ziel der Auslegung: Die Rekonstruktion des Gedankens.....	84
aa) Savigny als Vertreter eines sogenannten „subjektiven“ Auslegungsziels?	85
bb) Ein Erklärungsversuch: Was ist der „Gedanke“? ..	88
c) Grenze der Auslegung und Analogie	89
aa) Der Grundsatz in Methodenvorlesung und „System“: die Ablehnung der Auslegung mithilfe des „Grundes des Gesetzes“	89
bb) Die Relativierung des Grundsatzes im „System“: das Hilfsmittel des „speciellen Grundes“	92
3. Zusammenfassung.....	97
III. Weitere Vertreter des sogenannten „wissenschaftlichen Positivismus“	97
1. Georg Friedrich Puchta	98

a) Das „klassische“ Puchta-Bild.....	98
b) Die Neubewertung des Puchta-Bildes.....	100
2. Heinrich Dernburg.....	101
a) Die Analyse Süß' zum Rechtsverständnis Demburgs....	102
b) Dernburg zum Rechtsverhältnis	103
c) Dernburg zu Auslegung	104
IV. Das Bild eines sogenannten „wissenschaftlichen Positivismus“ und seine Folgen für die Anwendung und Auslegung von Recht.....	105
1. Folgen für die Auslegung: das 19. Jahrhundert als Feindbild.....	106
2. Folgen für die Anwendung: zum sogenannten Lückenlosigkeitsdogma im sogenannten „wissenschaftlichen Positivismus“	106
§ 3 <i>Der sogenannte „Gesetzespositivismus“</i>	109
I. Historischer Kontext: Nationalisierung und Autoritätsgewinn des Gesetzgebers?	109
1. „Nationalisierung“ des Rechts – tatsächliche Abschottung oder bloß ideologisches Mittel?.....	109
2. Autoritätsgewinn des Gesetzgebers?	113
II. Das BGB und seine Auswirkungen auf Wissenschaft und Lehre, Rechtsquellenlehre und Rechtspraxis.....	114
1. Die klassische Auffassung	114
a) Der Bedeutungsverlust der Historischen Rechtsschule in Wissenschaft und Lehre	114
b) Wegfall des Gewohnheitsrechts.....	115
2. Die Gegenauuffassung	115
a) Kontinuität der pandektistischen Tradition.....	115
b) Kein Wegfall des Gewohnheitsrechts und das Aufkommen des Richterrechts.....	117
III. Das Bild eines sogenannten „Gesetzespositivismus“ und seine Folgen für die Anwendung und Auslegung von Recht	118
1. Folgen für die Auslegung: das Gesetz als Alibi?	118
2. Folgen für die Anwendung: zum sogenannten Lückenlosigkeitsdogma im BGB.....	120
a) Die Weiterentwicklung der Theorie der „negativen Lösung“ durch Zitelmann	120
b) Das Feststellen einer Lücke als „Wertungsfrage“ durch Zitelmann und Larenz	122
§ 4 <i>Exkurs: Überblick zur französischen Entwicklung im 19. Jahrhundert</i>	124
I. Ancien régime und Revolution.....	124

II.	Die Entstehung der Methodennormen und ihr Verständnis in der Literatur.....	125
1.	Die Debatte um die Notwendigkeit von Anwendungs- und Auslegungsnormen und ihre Verortung im „Titre préliminaire“	126
2.	Die Anwendungs- und Auslegungsnormen im Einzelnen ...	127
a)	Art. 4 CC/1804	128
aa)	Entstehungszweck der Rechtsfolge	128
	(1) Gesetzliche Verankerung der Entscheidungspflicht in der Schreckensherrschaft?	128
	(2) Mittelbare Anerkennung des Befugnis des Richters zu Auslegung.....	129
	(3) Stellungnahme	130
bb)	Bedeutung der Begriffe „silence“, „obscurité“ und „insuffisance“	130
	(1) „Erster Fall“	130
	(2) „Zweiter Fall“.....	131
cc)	Stellungnahme.....	131
b)	Art. 5 CC/1804.....	132
III.	Die sogenannte „école de l'exégèse“	132
1.	Die klassische Auffassung	133
2.	Die Gegenauffassung	134
2.	Unterkapitel: Von Jhering zur Interessenjurisprudenz - Gegenbewegungen zum Positivismus-Phantom.....	135
§ 5	<i>Jherings „Zweckdenken“ in der Spätpandektistik</i>	136
I.	Jherings sogenannte „Wandlung“.....	136
1.	Der Zweck als „alleiniger Schöpfer des Rechts“ im „Zweck im Recht“	137
	a) Der Zweckgedanke als Kontinuität mit der frühpandektistischen Tradition	137
	b) Der Zweckgedanke als Bruch mit der frühpandektistischen Tradition	138
	aa) Interessen- statt Willenstheorie.....	138
	bb) Die sogenannten „organisierten Zwecke“	141
2.	Stellungnahme	141
II.	Die Folgen für die Anwendung und Auslegung von Recht	143
1.	Folgen für die Auslegung: der Zweckgedanke als Element und Ziel	143
	a) Regelsberger.....	143
	b) Kohler.....	144

2. Folgen für die Anwendung: der Zweckgedanke als Einbruchstelle der Rechtspolitik	147
§ 6 Freirechtslehre	148
I. Wurzeln und Grundidee	149
1. Bülow's Schrift „Gesetz und Richteramt“	149
2. Das Richterrecht als Rechtsquelle?	150
II. Folgen für die Anwendung und Auslegung von Recht	151
1. Folgen für die Auslegung: Zulässigkeit der Überschreitung der Wortlautgrenze?	151
2. Folgen für die Anwendung	152
a) Ablehnung einer sogenannten Lückenlosigkeit des Rechts	152
a) Freie Rechtsfindung anstelle von verdeckten Werturteilen	152
§ 7 Interessenjurisprudenz	153
I. Wurzeln und Grundidee	153
1. Die Abkehr von der sogenannten Begriffsjurisprudenz	153
2. Der Interessenkonflikt und die richterliche Entscheidung	154
II. Folgen für die Anwendung und Auslegung von Recht	155
1. Folgen für die Auslegung	155
a) Die Aufdeckung des Interessenkonflikts als subjektiv-historisches Ziel der Auslegung?	155
b) Grenze der Auslegung: Ablehnung der Wortlautgrenze	157
2. Folgen für die Anwendung: Lückenhaftigkeit des Gesetzes und „Übertragung von gesetzlichen Werturteilen“	158
§ 8 Exkurs: Überblick zur „libre recherche scientifique“	159
I. Kritik an der sogenannten „traditionellen“ Methode	161
II. Das Gegenkonzept	163
1. Die Auslegung der „formellen Rechtsquellen“	164
a) Die „loi écrite“ und der Analogieschluss im Sinne der sogenannten „traditionellen“ Methode	164
b) Weitere sogenannte „formelle Rechtsquellen“	165
2. Die sogenannte „libre recherche scientifique“	165
a) Die Art und Weise der Rechtsfindung	166
aa) Die grundlegende Charakterisierung der „éléments objectifs“	166
(1) Die „technique du droit“ als Form der „systématisation logique“	166
(2) Die „nature de choses“	167
bb) Die „éléments positifs“	167
(1) Der Analogieschluss im Sinne der „libre	

recherche scientifique“	168
(2) Die „divers elements de notre civilisation actuelle“	168
b) Das Ergebnis der „libre recherche scintifique“ als Rechtsquelle?	169
Zusammenfassung des 1. Kapitels.....	170
 2. Kapitel: Verfassung und System als Grundlage für funktionale und postmoderne Betrachtungen..... 172	
§ 9 <i>Verfassungsrechtliche Vorgaben für den Untersuchungsgegenstand</i>	172
I. Gewaltenteilung und Gesetzesbindung	172
1. Gewaltenteilung als politische Idee	173
2. Ausgestaltung unter dem Grundgesetz	175
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	176
aa) Der Soraya-Beschluss: Anerkennung der „Rechtsfortbildung“	176
bb) Die Entscheidung zur Rügeverkümmерung: Neubewertung des Verhältnisses von Judikative und Legislative?.....	177
b) Rechtsprechung des BGH: Kooperationsverhältnis mit der Legislative.....	179
c) Konkretisierungsversuche in der Wissenschaft	180
II. Gleichbehandlungsgebot und Willkürverbot.....	181
1. Willkür wegen fehlerhafter Gesetzesanwendung gem. Art. 3 I GG	182
2. Lückenfüllung als Gebotenheit aufgrund Art. 3 I GG	182
III. Verletzung des Rechtsstaatsprinzips wegen „unsachgerechter Interpretation“	183
IV. Materielle Vorgaben des Grundgesetzes für den Untersuchungsgegenstand?.....	184
1. Zweck der Fragestellung	184
2. Die Debatte um die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes in den 50er Jahren	185
§ 10 <i>Inneres System</i>	190
I. Inneres und äußeres System bei Philipp Heck.....	194
II. Inneres und äußeres System bei Karl Larenz	198
1. Das äußere System.....	200
a) Prägung als „abstrakt-begriffliches“	200
b) Nachteile eines „abstrakt-begrifflichen“ Systems.....	201

2. Ein inneres System bei Karl Larenz?	203
a) Anfängliche Ablehnung der Unterscheidung zwischen innerem und äußerem System	203
b) Der Typus als inneres System – Systembildung auf der Grundlage von sogenannten Leitbildern.....	204
aa) Rechtliche Strukturtypen – alter Wein in neuen Schläuchen	204
bb) Bedeutung des Typus' für die Auslegung des Rechts: die „Erfassung“ des rechtlichen Strukturtypus' in der Praxis	207
III. Inneres und äußeres System bei Claus Wilhelm Canaris	212
1. Grundlegende Prämissen zum Systembegriff.....	212
2. Auseinandersetzung mit herrschenden Systembegriffen ...	213
a) Äußeres und „logisches“ System	213
b) Hecks inneres System der Konfliktentscheidungen.....	214
aa) Gefahr der Subjektivierung	215
bb) Gefahr des Substanzverlusts.....	215
3. Canaris' Systembegriff „aus dem Gedanken der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit und inneren Einheit der Rechtsordnung“	215
a) Teleologisches Denken als Kategorie des Systemdenkens.....	216
b) Allgemeine Rechtsprinzipien als systemtragende Elemente.....	218
c) Offenheit des Systems.....	222
aa) Die Behauptung der Modifizierung des Privatrechtssystems	222
bb) Die Voraussetzungen einer Wandlung des Systems	224
(1) Gesetzgeber	224
(2) Gewohnheitsrecht	224
(3) Allgemeine Rechtsprinzipien	225
(a) Gesamtanalogie	225
(b) Außer-positive Geltungskriterien.....	225
cc) Stellungnahme	226
IV. Zusammenfassung	227
<i>§ 11 Exkurs: weitere rechtstheoretische Grundsatzfragen</i>	228
I. Hermeneutik und Vorverständnis	229
1. Hermeneutik und Interpretation.....	229
2. Die moderne juristische Hermeneutik.....	230
a) Savigny als Begründer der modernen juristischen Hermeneutik	230

b)	Entwicklung im 20. Jahrhundert: die „Entdeckung“ des Vorverständnisses des Interpreten	230
3.	Das Vorverständnis in der aktuellen Debatte	231
II.	Topik	234
1.	Topik in der Antike und frühen Neuzeit	234
2.	Der Zusammenbruch der Topik um 1700	236
a)	Renaissance und Naturrecht	236
b)	Die Fortentwicklung des Analogieschlusses aus dem Topos „a simili“	236
3.	„Moderne“ Topik nach Theodor Viehweg?	237
a)	Umstrittene rechtshistorische Analyse	237
b)	Folgerungen für die Rechtstheorie: „Einbruchstellen der Topik“ und Systemausrichtung an der „Gerechtigkeitsfrage“	238
III.	Rechtsgrundsätze und Prinzipien	240
1.	Überblick	240
2.	Bezüge zur „Positivismus“-Diskussion	243
3.	Funktion und Kritik – Wertmaßstab oder Verschleierungsinstrument?	245
a)	Argumente: Gewaltenteilung und Gleichbehandlung	245
b)	Argument: Methodenehrlichkeit	246
	Zusammenfassung des 2. Kapitels	249

3. Kapitel: Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal

1.	Unterkapitel: Rechtsgeschichte und Entwicklung der zivilrechtlichen Methodennormen	253
----	--	-----

§ 12	<i>Historische Entwicklung: Methodologische Positionen bis zur Nachkodifizierung des Zivilrechts 1966</i>	253
I.	Erste Phase: Die Rechtsquellenlehre in Portugal bis zur Lei da Boa Razão	255
1.	Erste Systematisierungstendenzen ab dem 15. Jahrhundert: Die Entstehung der Ordенаções Afonsinas	256
2.	Ordenações Manuelinas	259
a)	Das Verhältnis von nationalem und kanonischem Recht – erste Erwähnung der boa razão	260
b)	Der Aufstieg der Comum Opinião dos Doutores und seine Folgen	262
c)	Assentos da Casa da Suplicação	265

3. Ordenações Filipinas	265
a) Umstände ihrer Entstehung und Geltungsdauer	265
b) Keine nennenswerten Änderungen gegenüber den Ordenações Manuelinas	266
II. Zweite Phase: Methodologische Positionen auf der Grundlage der Lei da Boa Razão und der Estatutos da Universidade de Coimbra	267
1. Fortentwicklungen in der Rechtsquellenlehre	267
a) Die Lei da Boa Razão (1769)	267
aa) Primär anwendbares Recht	268
bb) Subsidiär anwendbares Recht	269
(1) Römisches Recht als Niederschlag im Vernunftrecht	270
(2) Regeln der Nações Cultas als subsidiäres Recht auf dem Gebiet des Staats-, Wirtschafts-, Handels- und Seerechts	271
cc) Die Folgen dieser Fortentwicklung der Rechtsquellenlehre: Versuch eines Resümeees und eines Ausblicks	272
b) Estatutos da Universidade de Coimbra	274
2. Das Entstehen einer neuartigen Auslegungslehre: Methodologische Positionen auf der Grundlage der Lei da Boa Razão	275
a) Corrêa Telles	278
aa) Theoria da Interpretação das Leis (1815) – ein Extrakt aus Domats einflussreichen naturrechtlichen Werk	278
(1) Ziel von Auslegung (Definition)	279
(2) Elemente der Auslegung	281
(3) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	281
(4) Analogie	282
bb) Tratado (1835, 1840, 1845)	282
b) Liz Teixeira	283
aa) Ziel von Auslegung (Definition)	283
bb) Elemente der Auslegung	284
cc) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	285
dd) Analogie	285
c) Borges Carneiro	286
aa) Ziel von Auslegung (Definition)	286
bb) Elemente der Auslegung	286

cc) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	287
dd) Analogie.....	287
d) Coelho da Rocha	288
aa) Ziel von Auslegung (Definition).....	289
bb) Elemente der Auslegung.....	290
cc) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	290
dd) Analogie.....	291
e) Zusammenfassung.....	291
III. Dritte Phase: Methodologische Positionen auf der Grundlage des ersten Zivilgesetzbuches von 1867	292
1. Die Entstehung der Artt. 9, 11 und 16 CC/1867.....	294
a) Verknüpfung der Anwendungs- und Auslegungsregeln mit der „capacidade civil“	294
b) Die Entwicklung der Einzelnormen im Gesetzgebungsverfahren	296
aa) Art. 9 CC/1867.....	296
bb) Art. 11 CC/1867	298
cc) Art 16 CC/1867.....	300
(1) Die Auseinandersetzung um den Begriff „equidade“.....	301
(2) Die Auseinandersetzung um den Rückgriff auf fremde Rechte	304
2. Chaves e Castro.....	307
a) „Equidade“, „Direito natural“, „Direito romano“, „Códigos dos outros países“ und „Princípios gerais do direito“	308
b) Normkritik zu Art. 16 CC/1867	310
c) Aussagen zur Auslegungsdogmatik	312
aa) Ziel von Auslegung (Definition).....	312
bb) Elemente der Auslegung.....	313
cc) Exkurs: Der „espírito“ i.S.d. Art. 16 CC/1867 als „Grund des Gesetzes“ im Sinne Savignys	313
dd) Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	314
ee) Analogie	315
3. Zusammenfassung	315
IV. Vierte Phase: Der Einfluss der deutschen Pandektistik.....	316
1. Alves Moreira.....	316
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	317
b) „Elemente“ der Auslegung.....	318
aa) Der Prozess der grammatischen Auslegung	318

bb)	Der Prozess der logischen Auslegung	318
(1)	Historisches Element	319
(2)	Systematisches Element	319
c)	Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	320
aa)	Deklaratorische Funktion	320
bb)	Extensive und restriktive Funktion	320
d)	Analogie	321
2.	Gunha Conçalves	323
a)	Ziel von Auslegung (Definition)	324
aa)	Endgültige Entfernung vom subjektiv-historischen Moment	324
bb)	Spaltung des Auslegungsbegriffes: Auslegung im engeren und weiteren Sinne	325
cc)	Erste Erwähnung der „Teleologie“	325
b)	Elemente der Auslegung	325
aa)	Grammatikalischer Prozess der Auslegung	326
bb)	Logischer Prozess der Auslegung	326
(1)	Das rationale Element	326
(2)	Das systematische Element	327
(3)	Das historische Element	328
c)	Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	328
d)	Analogie	329
aa)	Die Lückenproblematik	329
bb)	Textkritik an Art. 16 CC/1867	330
cc)	Analogieschluss	330
3.	Cabral de Moncada	331
a)	Ziel von Auslegung (Definition)	332
aa)	Differenzierung von Auslegung im engeren und weiteren Sinne	332
bb)	Bekenntnis zur sogenannten objektiven Methode und Anzeichen eines teleologischen Verständnisses	333
b)	Elemente der Auslegung	335
c)	Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung)	336
d)	Analogie	340
aa)	Die problematische Zusammenführung von Lückenbegriff und Art. 16 CC/1867	340
bb)	Analogieschluss i.S.d. Art. 16 CC/1867 und Abgrenzung zur extensiven Auslegung	342

cc) Uminterpretation der „principios de direito natural“ i.S.d. Art. 16 CC/1867 zur Analogieform; endgültige Zurückweisung des Begriffes „direito subsidiário“	344
e) Exkurs: Die „modernen“ Methoden der Interpretation.....	347
4. De Andrade.....	348
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	350
aa) Differenzierung von Auslegung im engeren und Auslegung im weiteren Sinne	350
bb) Die sogenannte historisch-evolutive Methode.....	350
(1) Objektivitätsprinzip.....	351
(2) Aktualitätsprinzip	352
b) Elemente der Auslegung	354
aa) Grammatikalische Element und Wortlautgrenze – eine Neuerung	355
bb) Historisches Element.....	356
cc) „Elemento racional“	356
c) Exkurs: Historisch-evolutive Methode und Rechtssicherheit	357
d) Analogie	360
aa) Lückenfüllung im Zeichen der historisch-evolutiven Methode.....	360
bb) Das Zusammenspiel von Analogie und Auslegung: Manuel de Andrades Umschwung zur Auslegung ..	362
5. Zusammenfassung zur vierten Phase.....	364
§ 13 Geltendes Recht: Die Entstehung der Methoden normen im CC/1966 und ihr Verständnis in der Literatur	365
I. Nachkodifizierung.	365
II. Die Diskussion im Gesetzgebungsprozess und in der Wissenschaft um die Anwendungs- und Auslegungsnormen ...	367
1. Legitimität von Anwendungs- und Auslegungsnormen und ihre Verortung im Allgemeinen Teil des CC/1966.....	368
a) Das unzweifelhafte Bedürfnis für eine Positivierung der Anwendungs- und Auslegungsregeln	368
b) Bedeutung der Verortung im Allgemeinen Teil	371
2. Die Anwendungs- und Auslegungsnormen im Einzelnen ...	373
a) Art. 9 CC/1966.....	373
aa) Allgemeine Betrachtungen zu Art. 9.1 CC/1966: „letra“ und „pensamento legislativo“	374
(1) Historische Intention der Formulierung „pensamento legislativo“: Neutralität zwischen der „querela de subjectivistas e objectivistas“	374

(a) Argumente in der Entwurfsnorm gegen das sogenannte subjektive Auslegungsziel	375
(aa) Abs. IV der Entwurfsnorm	376
(bb) Abs. II der Entwurfsnorm	376
(aaa) „Subjektivismus“ im Sinne einer totalen Loslösung vom Wortlaut?	376
(bbb) „Subjektivismus“ im Sinne Hecks?	377
(b) Argumente in der Entwurfsnorm gegen das sogenannte objektive Auslegungsziel.....	378
(c) Die Beurteilung der endgültigen Norm in Politik und Wissenschaft	379
(2) Das „pensamento legislativo“ in der Elementelehre: die Rückbesinnung auf den „espírito“ im Sinne der traditionellen Zweiklang-Elementelehre	382
bb) „Unidade do sistema jurídico“ i.S.d. Art. 9.1 CC/1966	384
cc) Die „circunstâncias em que a lei foi elaborada“ i.S.d. Art. 9.1 CC/1966	384
dd) Die „condições específicas do tempo em que [a lei] é aplicada“ i.S.d. Art. 9.1 CC/1966 – teleologisches Element und/oder ratio legis	385
ee) Art. 9.2 CC/1966 und Art. 9.3 CC/1966: die Frage der Wortlautgrenze	388
(1) Die einzelnen Positionen zur Wortlautgrenze und zu Art. 9.2 CC/1966	389
(a) Antunes Varela	389
(b) Baptista Machado	390
(c) Santos Justo	391
(d) Oliveira Ascensão.....	392
(e) Pinto Furtado.....	394
(2) Das Problem der Wortlautgrenze und das damit verbundene Aufkommen einer problemorientierten Anwendungslehre.....	395
(a) Grundlagen.....	395
(aa) Das Feindbild: der sogenannte „Positivismus“	395
(bb) Die Wegbereiter: „Libre recherche scientifique“, Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz	396
(b) Die „Realização do Direito“ als problemorientierte Anwendungslehre	397
b) Art. 10 CC/1966.....	400
aa) Unterscheidung von „interpretação“ (Art. 9 CC/1966) und „integração“ (Art. 10 CC/1966)	400
(1) Grund der Unterscheidung: Antwort auf	

das sog. Lückenlosigkeitsdogma	400
(2) Folgeproblem: Die Spaltung der Wissenschaft in der Lücken- und Rechtsquellenfrage	402
(a) Der Rückgriff auf subsidiäres Recht im Wege der Auslegung im engeren Sinne; „enger Anwendungsspielraum der Lücke“	402
(b) Der Rückgriff auf subsidiäres Recht im Lückenfall; „weiter Anwendungsspielraum der Lücke“	405
(c) Konsequenz eines „engen bzw. weiten Anwendungsspielraumes der Lücke“ für Art. 10.1 CC/1966 und Art. 10.3 CC/1966	405
(3) Zurück zu Savigny? – Der Analogieschluss im Lichte der problemorientierten Anwendungslehre	406
bb) Lückendogmatik im Rechtssystem	407
cc) Analogie	408
(1) Ähnlichkeitsschluss i.S.d. Art. 10.2 CC/1966	408
(2) Analogia legis und analogia juris	411
dd) Art. 10.3 CC/1966	414
(1) Ablehnung des Rückgriffs auf subsidiär anwendbares Recht oder „equidade“	415
(2) Ablehnung des sogenannten Dogmas der Vollständigkeit – „Rechtsfortbildung“	416
(3) Objektive Grenzen der Rechtsfortbildung	418
(4) Der „espírito do sistema“ i.S.d. Art. 10.3 CC/1966 – Wiederentdeckung der „princípios gerais de direito“?	419
(a) Die Auffassungen Oliveira Ascensãos	420
(aa) Die frühe Auffassung: „princípios gerais de direito“ als Relikt einer positivistischen Auffassung einer naturrechtlichen Norm	420
(bb) Die spätere Auffassung: „princípios gerais de direito“ als weit verstandene formale Prinzipien	421
(cc) Die aktuelle Auffassung: „princípios gerais de direito“ als weit verstandene „grandes orientações“	422
(b) Weitere Autoren	425
(c) Ergebnis	425
2. Unterkapitel: System und Verfassung.....	426
§ 14 Vorbetrachtungen: Ursachen und Motive der Nachkodifizierung	426

I.	Inhaltliches Motiv: die sogenannte „soziale Frage“	426
1.	Die ausgemachte Abkehr vom „liberalen System des 19. Jahrhunderts“	426
2.	Stellungnahme	428
a)	Politischer Anspruch der neuen Rhetorik	428
b)	Ergebnisse im CC/1966.....	429
aa)	Grenzen von Privatautonomie und Vertragsfreiheit.....	430
bb)	Generalklausel des „boa fé objectiva“	431
cc)	„Equidade“-Ansatz	432
II.	Technische Motive: Abbau von Rechtszersplitterung	433
III.	Die deutsche Rechtswissenschaft als Vorbild – Pandektenystem und „Volksgeist“	433
§ 15	<i>Das innere System: Rechtsverhältnis und Grundprinzipien</i>	435
I.	Der Allgemeine Teil des Zivilrechts und die „Teoria Geral“	435
1.	Die „Relação Jurídica“ des 2. Titel des Allgemeinen Teils des CC/1966.....	439
a)	Nähere Charakterisierung des Rechtsverhältnisses.....	443
aa)	Ausschließlich subjektiv-rechtliche Begründung	443
bb)	Nicht rein subjektiv-rechtlicher Einschlag.....	445
b)	Kritik an der „Relação Jurídica“	448
aa)	Oliveira Ascensão	448
bb)	Menezes Cordeiros „Situação Jurídica“	449
c)	Die „Relação Jurídica“ und Anwendung und Auslegung von Recht	450
2.	Die Zivilrechtsordnung im 1. Titel des Allgemeinen Teils des CC/1966.....	451
II.	Die Rezeption der deutschen Debatte zu innerem und äußerem System	453
1.	Die Auseinandersetzung mit der Kritik Philipp Hecks am äußeren System und die Anzweifelung des portugiesischen Rechtsverhältnisses als Denkmuster.....	453
2.	Die Rezeption von Karl Larenz' Methodenlehre.....	458
a)	Die Rolle der abstrakt-generellen Normen in der Rechtsnormlehre	459
b)	Die gescheiterte Rezeption des Typus'	461
3.	Der Einfluss von Canaris' „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz“	462
a)	Menezes Cordeiros Einleitung zur Übersetzung.....	463
aa)	Ausgangspunkt: Kritik am „Positivismus“	463

bb) Betrachtungen zum Systembegriff – eine „teoria evolutiva dos sistemas“	465
cc) Das sogenannte „novo pensamento sistemático“ ..	467
b) Andere.....	470
III. Die Bedeutung der „princípios fundamentais do direito civil“ für die Anwendungs- und Auslegungslehre.....	470
1. Carlos Alberto da Mota Pintos Beitrag – eine Ursachenforschung	470
a) Rezeption der deutschen Nachkriegszivilistik	470
b) Verfassungsrechtliche Motive.....	471
c) Didaktische und ausbildungsspezifische Motive	473
2. Die Grundprinzipien im Einzelnen.....	473
3. Die theoretische Weiterentwicklung des Prinzipienkonzepts: ein inneres System der Grundprinzipien?	474
4. Zurück zu Savigny? – Menezes Cordeiros Gegenmodell zu den Grundprinzipien: Institutos Civis Gerais	476
§ 16 Die Verfassung von 1976.....	480
I. Die Kriege in den Kolonien, die Revolution vom 25. April 1974 und die Erarbeitung der neuen demokratischen Verfassung.....	480
1. Kolonialkriege und Revolution	480
2. Verfassungsgebung	481
II. Der „espírito“ von 1974: eine „Constituição programática“ mit Wirtschaftsverfassung	482
III. Folgen für das Zivilrecht	483
1. Das Verhältnis von Privat- und Verfassungsrecht.....	483
2. Die Geltung der Grundrechte im Privatrecht	484
a) Der Streit um die Horizontalwirkung des Art. 18 Nr. 1 CRP/1976.....	485
b) Besonderheiten aus rechtstheoretischer Sicht in der portugiesischen Debatte	488
aa) Gomes Canotilhos Ansatz.....	488
bb) Ein privatrechtswissenschaftlicher Ansatz mit Hilfe der Grundprinzipien des Zivilrechts?	490
c) Stellungnahme.....	490
Zusammenfassung des 3. Kapitels.....	491

4. Kapitel: Anwendung und Auslegung von Recht in Brasilien.....	494
1. Unterkapitel: Rechtsgeschichte und Entwicklung der zivilrechtlichen Methodennormen	496
<i>§ 17 Historische Entwicklung: Methodologische Positionen</i>	
bis 1942	496
I. Erste Phase: Methodologische Positionen auf der Grundlage der Lei da Boa Razão	
1. Trigo de Loureiro.....	502
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	502
b) Elemente der Auslegung	503
c) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung).....	505
d) Analogie.....	505
2. Paula Baptista.....	506
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	507
b) Elemente der Auslegung	508
c) Exkurs: Motiv des Gesetzgebers (ratio legis) als Mittel der Auslegung.....	511
d) Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung).....	516
e) Analogie	517
3. Ignacio Ramalho.....	517
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	518
b) Elemente der Auslegung	518
c) Grenze der Auslegung (insbesondere extensive Auslegung).....	521
d) Analogie	521
4. Ribas.....	523
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	524
b) Elemente der Auslegung	525
c) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung).....	526
d) Analogie	527
5. Zusammenfassung	528
II. Methodologische Positionen vor dem Hintergrund der Erarbeitung und der Geltung der Artt. 5 ff., Introduçao ao CC/1916.....	
1. Die Debatte um die Verortung der Einführungsnormen – Brasilien zwischen CC/1804 und BGB.....	
a) Überblick.....	533

b)	Coelho Rodrigues' „einleitendes Gesetz“ (Lei Preliminar)	535
c)	Clóvis Bevilaquas „Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch“	537
d)	Die Rückbesinnung auf den „Titulo Preliminar“	539
e)	Erneute Umbenennung in „Lei Preliminar“ im Projeto da Câmara	540
f)	Die Kritik von Rui Barbosa im Senat	542
g)	Die endgültige Kompromissformel „introduçāo“ im Senat	543
2.	Die Anwendungs- und Auslegungsvorschriften im Einzelnen	544
a)	Art. 5, Introduçāo ao CC/1916: eine Auslegungsvorschrift nach französischem Vorbild, aber pandektistisch interpretiert	548
aa)	„Silêncio“ i.S.v. Art. 5, Introduçāo ao CC/1916....	550
bb)	„Obscuridade“ i.S.v. Art. 5, Introduçāo ao CC/1916	551
	(1) Die Kommentierung Lacerdas	552
	(2) Weitere Autoren	554
cc)	Indecisão i.S.v. Art. 5, Introduçāo ao CC/1916.....	555
dd)	Auslegung gegen den Wortlaut? – die Haltung Clóvis Bevilaquas	556
b)	Art. 7, Introduçāo ao CC/1916 – eine Anwendungsvorschrift nach portugiesischer Tradition? ...	558
aa)	Entwicklung im Gesetzgebungsverfahren: von „principios geraes do direito natural“ zu den „principios gerais do direito“	558
bb)	Der Versuch einer Konkretisierung der „princípios gerais de direito“ in der Folgezeit ..	563
	(1) Lacerda	564
	(2) Carvalho Santos	565
	(3) Ferreira Coelho	565
	(4) Merêa	565
	(5) Espínola	566
	(6) Bevílaqua	567
	(a) Interpretationsmöglichkeiten im Sinne der (früh)pandektistischen Auslegungslehre	568
	(b) Interpretationsmöglichkeiten im Sinne der „libre recherche scientifique“	568
	(7) Zusammenfassung	569

3. Das Standardwerk der brasilianischen Anwendungs- und Auslegungslehre: Maximilianos „Hermenêutica e Aplicação do Direito“ (1924).....	570
a) Ziel von Auslegung (Definition).....	572
aa) Interpretation (Interpretação), Hermeneutik (Hermenêutica) und Rechtsanwendung (Aplicação do Direito)	572
bb) Interpretation und Analogie	573
cc) Die sogenannte moderne Schule	574
(1) „Loslösung“ vom historischen Willen des Gesetzgebers	575
(2) Aussagen zur Gewaltenteilung	577
b) „Elemente“ der Auslegung.....	577
aa) Ablehnung des logischen Prozesses	578
bb) Der systematische Prozess – Ausweitung auf die Rechtsanwendung	579
cc) Teleologisches Element	580
c) Grenze von Auslegung (insbesondere extensive Auslegung).....	581
aa) „Primeira-vista“-Formel	582
bb) Nähe zur Analogie – Abgrenzung zur Analogie? ..	582
d) Analogie.....	584
aa) Geschlossenheit der Rechtsordnung.....	584
bb) Analogia legis, analogia juris und die „princípios gerais do direito“	585
cc) Voraussetzungen des Analogieschlusses im Einzelnen.....	588
e) Fazit: Bleibende Einflüsse und nicht gelöste Fragen	589
aa) Politisierung der zivilrechtlichen Anwendungs- und Auslegungslehre und die Abkehr von einem fröhpandektistischen Verständnis der „princípios gerais de direito“	589
bb) Anwendungs- und Auslegungs-„Schulen“ als Identifikations- und Feindbilder.....	590

§ 18 Geltendes Recht: Die Entstehung der Methodennormen

im LINDB/2010 und ihr Verständnis in der Literatur.....	594
I. Das LIICC/1942 und das LINDB/2010.....	594
II. Die Diskussion in der Wissenschaft um die Anwendungsnormen.....	596
1. Legitimität von Anwendungsnormen und ihre Verortung im LINDB/2010	596
a) Das Bedürfnis für eine Beibehaltung der	

Anwendungsnorm (ex Art. 7, Introdução ao CC/1916).....	596
b) Der Wegfall der Auslegungsnorm Art. 5, Introdução ao CC/1916.....	597
c) Die Bedeutung der Verortung der Anwendungsnormen im LICC/1942 und LINDB/2010	598
aa) Charakterisierung als <i>lex legum</i>	598
bb) Exkurs: Das Projeto Valladão der 60er Jahre	599
cc) Das Problem der speziellen Anwendungsnormen...	600
2. Die Anwendungsnormen im Einzelnen	601
a) Art. 4 LINDB/2010	601
aa) Systematische Folgen der Neuredaktion	601
(1) Tendenz zur Einordnung in die Rechtsquellenlehre.....	601
(2) „Interpretação“ und „integração“; „aplicação“ und „hermenêutica“.....	604
(3) Die Änderung von „casos omissos“ zu „quando a lei for omissa“	606
(a) Zweck: Klarstellung der Ablehnung des sogenannten Lückenlosigkeitsdogmas	606
(b) Folge: Die Verbindung der Lücken- mit der Rechtsquellenfrage.....	607
(4) Löschung der Formel „não os havendo“ und die Frage der Hierarchie der subsidiären Rechtsquellen	607
bb) Das Verständnis der Rechtsquellen i.S.d. Art. 4	608
LINDB/2010 im Einzelnen	608
(1) Analogie i.S.d. Art. 4 LINDB/2010	608
(a) Der Ähnlichkeitsschluss.....	608
(b) Analogia legis und analogia juris	611
(2) Gewohnheitsrecht i.S.d. Art. 4 LINDB/2010	612
(3) Die Rolle der „princípios gerais de direito“ i.S.d. Art. 4 LINDB/2010	613
(a) Die Analyse von Limongi França	613
(aa) Rechtsvergleichende Betrachtungen (insbes. Gény, Betti, Jhering)	613
(bb) Brasilianisch-historische Betrachtungen.....	617
(cc) Analytische Betrachtungen: Limongi Franças eigenes Verständnis der „princípios gerais de direito“ i.S.d. Art. 4 LINDB/2010	618
(aaa) „Do problema do Fundamento dos Princípios Gerais de Direito“	619
(bbb) „Do problema da Natureza dos Princípios Gerais de Direito“	620
(ccc) Do problema da Especificação dos	

Princípios Gerais de Direito“	621
(ddd) „Do problema da Técnica de Aplicação dos Princípios Gerais de Direito“.....	622
(dd) Zusammenfassung	622
(b) Das aktuelle Verständnis des Begriffes in der Literatur	623
(aa) Öffnung hin zum Politischen	623
(bb) Art und Weise der Konkretisierung.....	625
(aaa) „Libre recherche“ und Art. 1 Schweizer Zivilgesetzbuch	625
(bbb) Induktives Vorgehen.....	625
(cc) Anzweiflung der Lücke als Voraussetzung....	626
b) Art. 5 LINDB/2010	627
aa) Auslegung und politisches System.....	627
bb) Verschiebung hinsichtlich der Gewaltenteilung	631
(1) Erste Aussagen in den 40er Jahren	631
(2) Weiterentwicklung der Diskussion	633
(a) Gesellschaftliche Implikationen und Selbst- verständnis der obersten Bundesjustiz.....	634
(b) Theoretische Begründungsmuster für eine größere Rolle der Justiz.....	636
(aa) Systemtheorie Luhmanns und Post-Moderne	637
(bb) Rechtsvergleichende Überlegungen unter Zugrundelegung der US Supreme Court- Rechtsprechung und des Prinzipienansatzes ..	639
(cc) Jhering	640
cc) Die Begriffe „fim social“ und „bem comum“ im Einzelnen.....	642
(1) „Fins sociais a que a lei se destina“	642
(a) Interpretation im Sinne eines Auslegungsziels	642
(b) Interpretation im Sinne eines Elementes der Auslegung.....	644
(c) Verknüpfung von beidem	644
(2) „Bem comum“	645
(3) Zusammenfassung.....	646
2. Unterkapitel: Verfassung und System.....	647
§ 19 <i>Vorbe trachtungen: von der brasilianischen Wissenschaft ausgemachte Schwächen des CC/1916.....</i>	647
I. Die sogenannte „soziale Frage“	648
1. Abkehr vom „liberalen System des 19. Jahrhunderts“	648

2. Brasilianische Besonderheiten.....	650
a) Die soziologische Bevölkerungsstruktur Brasiliens und der CC/1916	650
b) Gescheiterte Nachkodifizierung und Sonderreformgesetzgebung.....	652
II. Rechtstechnische Herangehensweisen: Dekodifikation und Mikrosysteme.....	653
1. Eigene Prinzipien in den Mikrosystemen	655
2. Veränderung der Gesetzgebungstechnik.....	656
a) Zivilrecht als Zielvorgabe	656
b) Das Instrument Generalklausel als „formaler Referenzpunkt“	657
III. Die deutsche Rechtswissenschaft als Vorbild? – Pandektistik und „Volksgeist“.....	659
§ 20 <i>Die Verfassung von 1988</i>	660
I. Übergang zur Demokratie	660
II. Vom „espírito“ von 1988 zu einer dirigierenden Verfassung mit Wirtschaftsverfassung.....	662
III. Die normative Kraft der Verfassung	664
1. Konrad Hesses Theorie	665
2. Brasilianische Rezeption – direkte Anwendbarkeit und Erweiterung justizieller Kompetenz.....	667
§ 21 <i>Inneres System und Verfassungsprinzipien</i>	670
I. Die Rezeption der deutschen Debatte zu innerem und äußerem System und des topischen Denkens	670
1. Vorüberlegungen: ein Systembegriff vor Inkrafttreten der Kodifikation bei den deutschen und brasilianischen Pandektisten?	670
2. Die Rezeption von Karl Larenz' Methodenlehre	673
3. Der Einfluss von Canaris' „Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz“	675
a) Rechtsprinzipien im Sinne Canaris' als tragende Stütze des Systems?	675
b) Ausweitung des Systembegriffs auf das Verfassungsrecht.....	676
4. Der Einfluss der Viehweg'schen Topik	677
5. Eine Verbindung von Topik und Systematik? – das sogenannte „novo pensamento tópico-sistemático“	679
a) Freitas' einheitlicher topisch-systematischer Prozess von Interpretation.....	680
b) Martins-Costas „neues systematisches Denken“ im Hinblick auf die Anwendung von Generalklauseln	682

II. Exkurs: Die Rezeption der angloamerikanischen Rechtstheorie.....	683
III. Die Bedeutung der Prinzipien für die Anwendungs- und Auslegungslehre.....	684
1. Die Prägung des Prinzipienbegriffs im Sinne der angloamerikanischen Theorie durch Paulo Bonavides	684
a) Bonavides Theorie einer stringenten Entwicklung des Prinzipienbegriffs	684
b) Die Auswirkungen von Bonavides' Theorie auf Art. 4 LINDB/2010.....	685
2. Der Aufstieg der sogenannten „principios constitucionais“ in der Zivilrechtstheorie	687
3. Die Auswirkung von bestimmten Verfassungsprinzipien auf das Zivilrecht.....	689
a) Das Verfassungsprinzip Menschenwürde.....	690
b) Die auf die brasilianische Wirtschaftsverfassung zurückgeführten Prinzipien	693
aa) A propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (Art. 170, II e III CF/1988).....	695
(1) Direkte Anwendung der Verfassungsprinzipien	696
(2) Ausgestaltung der zivilrechtlichen Generalklauseln unter Zuhilfenahme der Verfassungsprinzipien.....	699
bb) Die soziale Funktion des Vertrages i.S.d. Art. 421 CC/2002.....	700
(1) Die soziale Funktion des Vertrages als Ausfluss des Verfassungsprinzip „Sozialfunktion des Eigentums“ ...	701
(2) Zivilrechtlich-historisches Verständnis der Sozialfunktion des Vertrages.....	702
cc) Der Verbraucherschutz als Wirtschaftsverfassungsprinzip (Art. 170, V CF/1988).....	703
(1) Sozioökonomische Bedeutung	704
(2) Ausgestaltung als freiheitseröffnendes Grundrecht	705
(3) Gesetzliche Konkretisierung im CDC/1990	706
c) Grundrechte als Verfassungsprinzipien?	709
aa) Rechtstheoretische Konzeption der Grundrechte	709
bb) Die unmittelbare Anwendbarkeit von Grundrechten gem. Art. 5 § 1 CF/1988.....	710
IV. Widerstände gegen eine Konstitutionalisierung des Zivilrechts...	713
1. Der Vorwurf einer bloß symbolischen	

Konstitutionalisierung	713
2. Der Vorwurf einer Kappung der kontinentaleuropäischen Wurzeln des Zivilrechts.....	715
Zusammenfassung des 4. Kapitels.....	716
Ergebnisse.....	719
§ 22 Freiheit oder Zweck? Ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering.....	719
I. Freiheit und Zweck bei Savigny und Jhering	719
II. Freiheit und Zweck in den Realisierungskonzeptionen der Anwendung und Auslegung von Recht	720
III. Freiheit und Zweck in verfassungsrechtlichen Vorgaben und bei weiteren rechtstheoretischen Grundsatzfragen.....	722
IV. Ein Plädoyer für mehr Savigny und weniger Jhering	723
§ 23 Anwendung und Auslegung von Recht in Portugal und Brasilien.....	725
I. Rechtsquellenlehre	726
II. Normgebundene Auslegung	726
1. Ziel der Auslegung.....	727
2. Elemente der Auslegung	727
3. Grenze der Auslegung und Lückenproblematik.....	728
4. Analogie.....	728
III. Inneres System.....	728
§ 24 Zur Methode der Rechtsvergleichung	729
I. Die funktionale Methode.....	730
II. Die postmoderne Methode.....	730
1. Unterschiede zwischen Portugal und Deutschland?	731
2. Die Offenlegung der Unterschiede zwischen Brasilien und Deutschland	731
a) Bisherige Ergebnisse	731
b) Ein postmodernes Bild: Die Rolle der Justiz in Brasilien und das „olho aberto testemunhando os trabalhos desenvolvidos no Tribunal“	732
c) Erkenntnisgewinn für die deutsche Wissenschaft: Hinterfragung von Tendenzen in der eigenen Rechtsordnung – Veränderungsrhetorik?.....	733
d) Erkenntnisgewinn für die brasilianische Wissenschaft: Bekenntnis zur eigenen Identität und Abwehr von imperialistischen Autoritätsargumenten.....	737

III. Ein unlösbares Problem: das <i>tertium comparationis</i> als Vergleichsmaßstab	737
<i>§ 25 Zur genetischen Perspektive – Ist Recht transplantierbar?</i>	738
I. Die mit dem Begriff „legal transplant“ zusammenhängenden Probleme	738
1. Inhaltliche Verfälschungen durch Rezeption	738
2. Dogmatische Folgeprobleme durch Rezeption.....	739
3. Zerr- und Feindbilder durch Rezeption.....	739
4. Manipulation durch Rezeption	740
5. Sprachliche Verwirrung durch Rezeption	741
6. Verflechtung von verschiedenen Rezeptionssträngen	742
II. Ansatzpunkte für eine Erklärung: Verbindungen zwischen der genetischen Perspektive und der Methode der Rechtsvergleichung	743
<i>§ 26 Zur Rechtskreislehre: Eine lusitanische Rechtsfamilie und die Vielfalt der Rechtskulturen.....</i>	745
I. Zuordnung des portugiesischen und brasilianischen Rechts ...	745
II. Zur lusitanischen Rechtsfamilie.....	745
III. Zu Glenns „Legal traditions“-Theorie.....	748
Epilog: Zurück zu Savigny, in Europa?	749
Literaturverzeichnis.....	751
Personen- und Stichwortverzeichnis.....	807