



Periodical volume

Juristenzeitung - 58

Roth, Herbert

in: Periodical

1251 page(s)

---

## Nutzungsbedingungen

DigiZeitschriften e.V. gewährt ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht kommerziellen Gebrauch bestimmt. Das Copyright bleibt bei den Herausgebern oder sonstigen Rechteinhabern. Als Nutzer sind Sie nicht dazu berechtigt, eine Lizenz zu übertragen, zu transferieren oder an Dritte weiter zu geben.

Die Nutzung stellt keine Übertragung des Eigentumsrechts an diesem Dokument dar und gilt vorbehaltlich der folgenden Einschränkungen:

Sie müssen auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten; und Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgend einer Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen; es sei denn, es liegt Ihnen eine schriftliche Genehmigung von DigiZeitschriften e.V. und vom Herausgeber oder sonstigen Rechteinhaber vor.

Mit dem Gebrauch von DigiZeitschriften e.V. und der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

## Terms of use

DigiZeitschriften e.V. grants the non-exclusive, non-transferable, personal and restricted right of using this document. This document is intended for the personal, non-commercial use. The copyright belongs to the publisher or to other copyright holders. You do not have the right to transfer a licence or to give it to a third party.

Use does not represent a transfer of the copyright of this document, and the following restrictions apply:

You must abide by all notices of copyright or other legal protection for all copies taken from this document; and You may not change this document in any way, nor may you duplicate, exhibit, display, distribute or use this document for public or commercial reasons unless you have the written permission of DigiZeitschriften e.V. and the publisher or other copyright holders.

By using DigiZeitschriften e.V. and this document you agree to the conditions of use.

## Kontakt / Contact

DigiZeitschriften e.V.

Papendiek 14

37073 Goettingen

Email: [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## Herausgeber

Professor Dr. Herbert Roth, Regensburg  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen  
Professor Dr. Rolf Stürner, Freiburg i.Br.  
Professor Dr. Joachim Vogel, Tübingen

## Redaktion

Rechtsanwältin Heide Schapka, Tübingen

## Mohr Siebeck

15/16 58. Jahrgang  
8. August 2003  
Seiten 749–808

# JZ Juristen Zeitung

Aufsätze

Professor Dr. Joachim Rückert, Universität Frankfurt/M.

## Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?

Mit Blick auf die Prinzipienebene des „Bürgerlichen Gesetzbuches“ wird geschildert, wie Gesetzgeber, Rechtswissenschaft und Gesellschaft mit dem deutschen BGB seit 1900 umgegangen sind.

Das BGB von 1900 erlebte kürzlich seine Jahrhundertfeier. Es soll „keine Chance“ gehabt haben? Übermäßig freudig waren die Feiern nicht. Den Code civil von 1804 wird Frankreich im Jahr 2004 wie schon 1904 viel prachtvoller ehren. Eine „offizielle“ Würdigung des BGB kam nicht zustande. Es blieb bei der zweifelhaften Ehre einer selbstbewußten „Modernisierung“ des Schuldrechts – überfällig erschien der Abschied von dem lastenden Altbau. Nun muß Abschied immer mal sein – aber die Diagnose „Gesetzbuch ohne Chance“ gäbe ihm eine herbe Wendung: Die „Modernisierung“ beruhte dann auf sehr zweifelhaften Voraussetzungen, seit 1900 müßte ziemlich viel schiefgegangen sein, die wichtigsten Träger unserer Rechtskultur müßten wohl versagt oder unfair gespielt haben. Die Privatrechtsgeschichte der letzten hundert Jahre wäre umzuschreiben und nicht nur diese.

Die Chancen eines Gesetzbuchs hängen ab von dem Kontext, in dem es zur Geltung kommen soll. Das BGB erlebte sechs Regime und Gesellschaften: 1900–1914 das deutsche Reich unter dem preußischen Kaiser Wilhelm II., dann Krieg; 1919 die Weimarer Republik unter Friedrich Ebert und Paul Hindenburg; 1933 das NS-Regime unter Hitler, dann wieder Krieg; ab 1949 die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik; seit 1990 die wiedervereinigte Bundesrepublik Deutschland. Man sieht leicht, wie schwer es in wenigstens vier dieser Regime ein Zivilgesetzbuch haben mußte, das die Menschen als freie und gleiche „Bürger“ behandelt wissen wollte. Seine wirkliche Chance in einer offenen Gesellschaft für im wesentlichen Freie und Gleiche kam offenbar erst lange nach 1900, ja erst um einiges nach 1945. Aber das alte BGB schien diese große Chance nicht mehr zu verdienen. Es lag begraben unter einem sehr festen, sehr schiefen Bild von seiner Konzeption und deren Tragweite.

Daß unser „Bürgerliches Gesetzbuch“ tatsächlich die längste Zeit keine wirkliche Chance hatte, läßt sich erst erkennen, wenn die eingewöhnten Vorverständnisse in unseren Köpfen und Büchern in Frage gestellt werden (dazu I.). Sie

verstellen vor allem die Prinzipienebene des BGB, die es nach allgemeuropäischer Meinung am genauesten charakterisiert. Das bedarf doppelter Erklärung: Technisch enthält die prinzipielle Ebene ein in seltenem Maße erreichtes Gesetzgebungsideal (dazu II.), inhaltlich wurde mit ihr ein modernes Rechtsideal hart erkämpft (dazu III.). Vor dieser Folie ergibt sich dann sehr deutlich, wie Gesetzgeber, Wissenschaft und Praxis mit dem BGB seit 1900 umgingen und in welcher Rechtswirklichkeit (dazu IV. und V.).<sup>1</sup>

### I. Der Umgang mit dem BGB und seinen Prinzipien seit 1900

Am 1. 1. 1900 war das erste Zivilgesetzbuch für das unter seinen Fürsten geeinte „kleindeutsche“ Reich nach fast 30 Jahren Vorbereitung seit 1874 in Kraft getreten, begleitet von festlichem Lob bis hin zu einem „BGB in Versen“. Die Deutung seiner langen Geschichte bis heute gehört zu unseren unbewältigten Themen – „unbewältigt“ auch deswegen, weil sie viel mit der „Bewältigung“ nach 1945 zu tun hat. In ganz Europa stand damals mit dem Zivilrecht die prinzipielle Erbschaft des nun viel glücklicher erscheinenden „liberalen“ 19. Jahrhunderts zur Debatte. Die inzwischen gewohnte Geschichte des BGB und seiner Prinzipien liest sich fast überall ungemein homogen. Aber sie überzeugt nicht. Die Zeit ist reif, ihr eine andere Geschichte entzusetzen, die entscheidenden Fragen aufzuwerfen und neu geprüfte Antworten anzubieten.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Die Ausführungen beruhen auf dem Einleitungsteil: „Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg“ zu dem neuen „Historisch-kritischen Kommentar zum BGB“ (HKK). Die Ergebnisse werden hier in Essayform mit nur einigen Hinweisen vorgestellt. Ich danke allen sehr, die diesen Text kritisch kommentiert haben, besonders *Sibylle Hofer*, *Mathias Schmoeckel*, *Reinhard Zimmermann* und *Peter Oestmann* sowie den lebhaften Diskutanten zu meinem Bonner Vortrag im Januar 2002. Der Kommentar wird herausgegeben von *Mathias Schmoeckel*, *Joachim Rückert* und *Reinhard Zimmermann*, und erscheint im Verlag Mohr Siebeck ab 2003 in sechs Bänden.

<sup>2</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 91 ff.

## 1. Die gewohnte Geschichte

Man findet sie in unzähligen Nacherzählungen aus einigen wenigen Leittexten<sup>3</sup>. Sie wird im wesentlichen so erzählt:

– das BGB sei liberal, aber nur „bürgerlich“, ja besitzbürgerlich-liberal, also manchesterliberal und kapitalistisch, siehe etwa die allzu engen Freiheitsgrenzen in §§ 138, 134, also bei Sittenwidrigkeit und Rechtsverstoß, die Gängelung von „Treu und Glauben“ durch „Rücksicht auf die Verkehrssitte“ in §§ 242, 157, den Verrat an der produktiven Arbeit in § 950, usw.;

– das BGB habe damit die allgemeine Freiheit und Gleichheit der Menschen- und Grundrechte von 1789 und 1849 verraten, siehe seine unsoziale Weigerung, die „besitzlosen Volksklassen“ (Menger) gezielt zu fördern, seine Ausgliederung sozialpolitischer Gesetze wie z. B. Zins-, Abzahlungs- und Unfallhaftungsrecht, Arbeiterschutz usw.;

– das BGB habe damit frei und gleich getrennt in bürgerlich-frei und bürgerlich-gleich und sonst ungleich; die Arbeiterschaft sei frei geworden, aber vogelfrei; siehe besonders das Dienstvertragsrecht und die Ausgliederung des dann bis 1918 unberührten, „polizeilichen“ Gesinderechts;

– das BGB sei Produkt eines juristischen Formalismus, der die wahren Ungleichheiten verdecke, und einer ungesunden Begriffsjurisprudenz, die sich in abstrakte „Wahrheiten“ flüchte, siehe die unverständliche Abstraktheit seines Paragraphenwerks, die undeutsch-römische Begrifflichkeit, die unehrlich-lebensfremde Gleichbehandlung als gleich freie Menschen in §§ 1, 305 (a.F.), 903 usw., fern von jeder sozialen Differenzierung;

– das BGB habe zugleich die soziale Schutz-Aufgabe auch des Privatrechts ahnungslos oder gar ahnungsvoll verleugnet, siehe die nur kümmerlichen Zugeständnisse an Fürsorge oder Vertragsbegrenzung im Dienstvertragsrecht §§ 617 ff., 624, die vollen Defizite im Mietrecht usw.;

– das BGB habe die gesellschaftliche Aufgabe auch des Privatrechts, die Gemeinschaft zu fördern, verleugnet und bloß auf Egoismus gesetzt, siehe sein immer nur vom Einzelnen und seinem Willen ausgehendes System der subjektiven Rechte und Ansprüche, ja der Herrschaftsrechte wie absolutes Eigentum, oder das Willensdogma im Vertrags- und Irrtumsrecht usw.

Die Argumente scheinen erdrückend, aber die alte Geschichte trägt. Das legt schon ein Blick in die Leittexte nahe. Geschrieben haben sie zwei bis vier Autoren, vor allem Franz Wieacker (1908–1995) in dem legendären Hausbuch aller etwas gebildeteren Juristen, der „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung“ und der wohl noch bekannteren Karlsruher Rede von 1953 über „Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft“, dann Karl Larenz (1903–1993) in seiner „Methodenlehre der Rechtswissenschaft“, dem Leitbuch der mehr theoretisch Interessierten unter den Verächtern freiheitlich-kantianischer Methoden und Inhalte, und davor auch Gustav Boehmer (1881–1969), der selbsternannte „Sozialarzt am menschlichen Volkskörper“, in seinen „Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung“ (Vorwort); zu nennen ist auch Konrad Zweigerts (1911–1996) „Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts“, die

<sup>3</sup> Die Nacherzählungen müssen hier nicht belegt werden, da der Text leicht ist. Man nehme den Abschnitt zum BGB aus einer beliebigen Einführung, AT-Darstellung, Kommentar-Einleitung o.ä. oder auch den meisten Privatrechtsgeschichten und man wird, mit wenigen Ausnahmen, die Geschichte, und in den Fußnoten die Leittexte finden.

die Jünger einer neu-progressiven anglophilen Rechtsvergleichung erzogen hat. Alle diese sehr verbreiteten Bücher würdigen das BGB intensiv und negativ. Sie erschienen zuerst 1952, 1960, 1950–52 und 1971. Auch in den Neuauflagen blieb ihre Geschichte die alte<sup>4</sup>. Speziell für das 19. Jahrhundert werden auch Wilhelm und von Oertzen viel zitiert, die elegant-eindringliche Frankfurter Arbeit „Zur juristischen Methodenlehre“<sup>5</sup> und die schroffe Göttinger Positivismus-Abrechnung Peter von Oertzens von 1953<sup>6</sup>. Alle diese Texte entstammen den 1950er Jahren. Das könnte Aufbruch bedeuten. Aber die Autoren zogen Linien aus, die schon vor 1945 gezogen waren und bearbeiteten Probleme weiter, in denen die unbewältigten Fragen und Polemiken des späten 19. Jahrhunderts fortlebten, angereichert mit einigen Erfahrungen der Weimarer und NS-Zeit<sup>7</sup>. So können die bis heute gerühmten BGB-Kritiker von 1889, Otto Gierke und Anton Menger, hier noch überall entscheidend mitsprechen – über die inzwischen ganz anderen Zeiten hinweg<sup>8</sup>.

Bezeichnend für den in dieser Geschichte gewohnten Umgang mit dem BGB ist das vielzitierte Wort von Franz Wieacker, das BGB sei das spätgeborene Kind des Liberalismus. Weit über Juristenkreise hinaus wurde diese süffisante Prägung geradezu sprichwörtlich – süffisant, denn sie legt ja nahe, das Kind sei zu spät, ja schon fast tot geboren worden – so tot wie der Liberalismus um 1900 und erst recht danach gewesen sei. Das war keine freundliche Bemerkung. Vor allem enthielt sie eine bemerkenswert dezidierte große Geschichtserzählung zum BGB und seiner Gesellschaft. Sie wird seitdem treulich nacherzählt, obwohl man wissen müsste, daß sie den fragwürdigen Liberalismusattacken der Jahre vor und nach 1933 entstammt, also auch aus ‚brauner Quelle‘ springt<sup>9</sup>.

## 2. Die andere Geschichte

Sie lautet im wesentlichen so<sup>10</sup>:

– das BGB war nirgends bürgerlich im hier wichtigen Sinn von besitzbürgerlich, außer bei der Ehe, was aber mit manchesterliberal<sup>11</sup> und Kapitalismus nichts zu tun hat, son-

<sup>4</sup> Wieacker, 2. Aufl. 1967; Larenz, 6. Aufl. 1991; Zweigert/Kötz, 3. Aufl. 1996. Wieackers Rede zum „Sozialmodell“ erschien 1953 (Karlsruher Jur. Studiengesellschaft, Heft 3), erneut 1974 als Taschenbuch in: „Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung“.

<sup>5</sup> Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, 1958 (Diss. 1955 bei Helmut Coing). Bestätigt wird soeben von maßgebender Seite der Charakter als „bis heute unüberholt zutreffend“ und „komplettes Meisterwerk“, D. Simon, Rechtsgeschichte (RG) 2 (2002), 146.

<sup>6</sup> Peter von Oertzen, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus. Eine wissensoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft, 1974 (Diss. 1953 bei Rudolf Smend); die Ergebnisse teilweise 1962 in FS Smend.

<sup>7</sup> Auch die Hauptthese Wilhelms von der Wanderung eines keineswegs unpolitischen zivilistischen Formalismus ins Staatsrecht, wie die nur etwas engere von Oertzens, ist im wesentlichen Punkt so alt wie die berühmte Polemik Otto Gierkes gegen Laband von 1883 und schon seit 1874.

<sup>8</sup> Ihre Kritik am BGB in seiner Zeit war nicht nur sachlich sehr einseitig und vielfach unzutreffend, sondern auch eine klare Mindermeinung, näher HKK (Fn. 1), Rn. 34, 17, 113.

<sup>9</sup> Zur Würdigung noch unten bei Fn. 73.

<sup>10</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 96 ff. Ähnlich verbreitete Leittexte dafür existieren nicht.

<sup>11</sup> Die bis heute geflügelte Kritik „manchesterlich“ verwendet z. B. Gierke 1889. Das Wort ist selten klar. „Manchester“-Liberalismus meinte mit „Manchester“ die nach 1840 von Manchester ausgehende Freihandelsbewegung; im deutschen Raum wurde daraus schnell ein Kampfbegriff: zunächst gegen die dogmatische antiinterventionistische Freihändlerichtung der Ökonomie um J. Prince-Smith 1860 ff., dann bes. nach 1880 gegen ökonomischen Liberalismus überhaupt, obwohl dieser spätestens seit 1880 gar nicht dominierte und – hier wichtig – im politischen Feld, etwa der Reichstagsgesetzgebung, ohnehin nie dominiert hatte.

dem mit preußisch, christlich und konservativ; eigener Überprüfung bedarf der reale Effekt des BGB in seinen Gesellschaften von damals bis heute, also die wichtige Frage, wem das BGB wie zugute kam und wem nicht, ob es sozial war oder nicht, und was daraus folgt, dazu unten<sup>12</sup>;

– das BGB hat nirgends die allgemeine Gleichheit und Freiheit verraten; jeder Mensch ist in ihm Rechtssubjekt, jeder ist rechtlich gleich und frei; die wichtige Frage, wem das real möglich war und zugute kam, und was daraus folgt, ist wieder eine eigene Frage, dazu unten;

– das BGB hat auch im Dienstvertragsrecht und sonst nicht diskriminiert; es hat einzelne gesellschaftliche Klassen nicht verschieden behandelt, gerade weil es dem Ideal gleicher rechtlicher Freiheit treu blieb. Seine tragenden Kräfte haben zu diesem Problem ganz loyal und bewußt auf eine Arbeitsteilung gesetzt, nämlich auf eine Zusammenarbeit mit helfendem und schützendem Spezialrecht, wie sie damals aktiv sozialreformerisch in Gang war, besonders seit 1881 mit der Kaiserlichen Botschaft zur Sozialversicherung, zuvor schon mit dem Haftpflichtrecht (1871), auch der Gewerbeordnung (1869ff., 1891), dem Abzahlungsgesetz (1894), der Reichstagsresolution zur Gesindeordnung (1896), dem Wettbewerbsrecht (1896, 1909), dem Versicherungsrecht (1901, 1908) u. a. m. Das Sozialideal des BGB war nicht der isolierte Besitzbürger, sondern die Gesellschaft der rechtlich gleichen Freien. Es ist unhistorisch, unfair und ungerecht, seine bewußte Arbeitsteilung mit dem Spezialprivatrecht und dem entsprechenden öffentlichen Recht zu übergehen. Man müßte mindestens erwägen, ob diese durchaus bekannte Arbeitsteilung verfehlt war, das sozialpolitische Spezialrecht diskriminierend und eine bessere Alternative vorhanden; das geschieht aber nirgends;

– das BGB war nicht Produkt eines besonderen Formalismus, sondern eines inhaltlich und technisch an „prinzipiellen Rechtssätzen“ orientierten Gesetzgebungsideals. Es wollte möglichst rechtsfolgenklar und doch umfassend regeln, mit weder zu unverbindlich-allgemeinen Prinzipien noch zu verwirrend-konkreter Kasuistik<sup>13</sup>. Mit der einfachen Unterscheidung von Form und Stoff hat der Formalismusvorwurf nichts zu tun, dafür viel mit einem fragwürdigen philosophisch-politischen Substantialismus, der „dem Leben“ unvermittelt seinen Sinn ablesen will und dieses „Leben“ im BGB vermißt<sup>14</sup>. In Weimar, im Nationalsozialismus und nach 1945 erlebten dieser Vorwurf und sein ‚lebensvolles‘ Gegenstück nicht zufällig eine große Renaissance<sup>15</sup>. „Begriffsjurisprudenz“ prägte der späte Jhering gezielt als Spottwort – erst 1884<sup>16</sup>. Es wurde bald vollends zum Kampfbegriff, der unzutreffend flach und unfair verkürzte; nicht einmal das beliebte Beispiel der Eisenbahndefinition des RG von 1879 paßt, denn die Definition des RG begründete gerade eine nicht selbstverständliche progressive Erweiterung der Fabrikhaftung<sup>17</sup>;

<sup>12</sup> Siehe unten Teil IV. 3, nach Fn. 58.

<sup>13</sup> Dazu näher unten in Teil III, bei Fn. 33ff.

<sup>14</sup> Siehe dazu J. Rückert, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys?, ZRG GA 103 (1986), 199–247, zu den zwei grundsätzlichen Denktypen dabei (240f.).

<sup>15</sup> Dazu J. Rückert, Formalismus und vergleichbare Konzepte zum 19. Jahrhundert, in: Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre, hrsg. von R. Schulze, 1990, 169–174 (auch zu Begriffsjurisprudenz u. bes. für Wieacker, Larenz, Coing).

<sup>16</sup> Begriffsjurisprudenz, „d.i. die Scholastik in der heutigen romanistischen Wissenschaft“, so R. von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884, Neudruck 1964, S. 337; völlig übergangen wird zudem, ähnlich wie bei Windscheids „Jurist als solcher“ von ebenfalls 1884, daß Jherings Zusammenhang der „legislativen Gestaltung“ gilt (338).

<sup>17</sup> RGZ v. 17. 3. 1879, Bd. 1, 247–252; dazu schon lange treffend Roland

– das BGB war nicht Produkt eines „wissenschaftlichen Positivismus“ (so Wieacker)<sup>18</sup>; Lückenlosigkeit des Rechts, nicht der Gesetze, hat dieser gefordert und damit Rechtsverweigerung verboten; die Richterbindung ist gerade nicht mechanistisch gemeint und umgesetzt, sondern im BGB nicht unpassend je nach Fallgruppen abgestuft; dafür sprachen zumal im Privatrecht gute Gründe; „juristischen Positivismus“ im Sinne der Verdrängung vagen Naturrechts vom Richterlich wollte das BGB allerdings – generell und gegenüber den kaiserlich-königlich-großherzoglichen Richtern von 1900 aus sehr nachvollziehbaren Gründen. Dagegen waren naturwissenschaftlich-naturgesetzlicher oder philosophischer Positivismus vom BGB nicht gemeint<sup>19</sup>; daß man das positive Recht (und das Gesetz darin) als zugleich vernünftiges Recht verstand, meint etwas ganz anderes; diese deutsche Positivismus-Legende von 1946 (Radbruch) und 1950 (Weinkauff) bis zurück zum BGB entlastete nach 1945 von ethischer und juristischer Schuld durch Schuldverschiebung auf angebliche Normbefehle an wehrlose Richter; sie geht am BGB von 1900 vorbei;

– das BGB war nicht sozialpolitisch ahnungslos, sondern setzte auf ein gleiches und freies Privatrecht als Rechtsideal, das für immer mehr Staatsbürger zumal durch spezielles Recht, d. h. öffentlichrechtliche „Hilfe“ (Savigny 1840)<sup>20</sup> und emanzipierende „Fürsorge“<sup>21</sup> real werden würde; es macht mit guten Gründen und Hoffnungen damit einen durchdachten Anfang;

– das BGB setzte nicht frei gegen gleich und sozial, sondern strebte zeitgemäß sozialreformerisch beide Ziele an, eben in Arbeitsteilung mit der Gesamtrechtsordnung<sup>22</sup>;

– das BGB vernachlässigte nicht egoistisch „die“ Gemeinschaftsaufgabe auch des Privatrechts, sondern leistete einen unentbehrlichen Beitrag zum erstmaligen Versuch einer ‚offenen Gesellschaft‘ (Karl Popper, 1945) im Zivilrecht und in Deutschland. Das geschah gerade durch die strenge Anknüpfung an die Rechte der Einzelnen, die 1900 sogar einigen Reichs-Verfassungersatz geboten hatten<sup>23</sup>; nach 1933 wurde das subjektive Recht polemisch verhöhnt (K.A. Eckhardt); das Verschwinden dieser Offenheit mußte man dann schmerzlich-konsequent erfahren.

Kurz: Das „Bürgerliche Gesetzbuch“ von 1900 war ein Gesetzbuch der gleichen rechtlichen Freiheit und der großen, keineswegs illusionären Hoffnungen auf immer mehr gleiche rechtliche Freiheit und ökonomisch-soziale und gesamtrechtliche Fortschritte dorthin. Es wurde allerdings ein Gesetzbuch ohne Chance<sup>24</sup>. Diese andere Ge-

*Dubischar*, Grundbegriffe des Rechts, 1968, 25 f. (RG gegen die Vorinstanz und mit „erstaunlich scharfen Worten“).

<sup>18</sup> Der Begriff ist verfehlt, da er das Element „Wissenschaft“ am BGB und der Pandektenwissenschaft modern ‚positivistisch‘ im Sinne der Verwendungen nach 1920 und zu pauschal bestimmt, statt zeitgemäß idealistisch unterlegt.

<sup>19</sup> Die Verwirrung dazu treibt Blüten an unerwarteter Stelle. Der „mechanische Geist“ des 19. Jh. wird beschworen, „in dem man soziale und ideelle Gesetzmäßigkeiten analog zu naturwissenschaftlichen rekonstruieren zu können glaubte“ und dagegen eine „naturrechtliche Grundlage“ im IPR berufen, s. M. Martinek, Wissenschaftsgeschichte der Rechtsvergleichung ..., in: D. Simon (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 529–619, hier 542.

<sup>20</sup> Dazu HKK (Fn. 1), Rn. 87.

<sup>21</sup> Dabei verdecken gleiche Worte wie so oft wesentlichen Wandel; siehe nun zu objektiv und heteronom schützender „Fürsorge“ durch das RG nach 1915 statt autonom gegebener mit Verträgen zugunsten Dritter wie in der BGB-Konzeption, vorzüglich S. Hofer, Drittschutz und Zeitgeist, ZRG GA 117 (2000), 377–394, bes. 384–387.

<sup>22</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 42, 79, 100.

<sup>23</sup> Die Reichsverfassung von 1871 bot bekanntlich keine Grundrechte; erst auf der Ebene der Landesrechte war es anders.

<sup>24</sup> Dieser Aspekt ist entnommen aus meiner Studie: Zeitgeschichte des

schichte steht und fällt mit der Behauptung, das BGB sei gegründet auf das Prinzip gleicher rechtlicher Freiheit und zudem, und nicht zuletzt deswegen, ein bewußt und meisterhaft prinzipiell angelegtes Gesetzbuch. Zu zeigen ist also, wozu diese prinzipielle Gesetzgebung gewählt wurde und mit welchen Prinzipien.

## II. Wozu prinzipielle Gesetzgebung und wie?

Eine Antwort auf diese Frage muß davon ausgehen, was das juristische Regelungsproblem ist, wenn ein Gesetzgeber prinzipiell wird. „Prinzip“ meint dann nicht nur eine gebildete Redensart wie „man sollte Prinzipien haben“, es meint auch nicht nur die mehr oder weniger klare und systematische prinzipiengeleitete Anlage eines Lehrbuchs oder Gesetzes, also eine Ordnungsfrage<sup>25</sup>. Es geht vielmehr um eine praktisch-juristische Frage und diese enthält zwei Aspekte: Sollen Prinzipien sein und wenn ja, welche Prinzipien? Dazu ein in Deutschland jedem Juristen sehr vertrautes Beispiel:

Wir alle arbeiten mit dem „Sozialstaatsprinzip“. Was geschieht da juristisch? Wir optimieren Entscheidungen in eine „soziale“ Richtung. So können wir weit über die Buchstaben der Gesetze hinaus eine enorme Falldeckung erreichen, sogar gegen andere Prinzipien. Prinzipientechnik ermöglicht eine Vollständigkeit der Normherrschaft, die man mit noch so vielen Einzelsätzen nie erreichen könnte. Auf diese Weise kann man Herrschaft des Rechts und nur des Rechts erreichen, ohne „alle Fälle“ konkret regeln zu müssen. Beim Sozialstaatsprinzip tragen bekanntlich nur zwei Adjektive im Grundgesetztext von 1949 (Art. 20 „sozialer Bundesstaat“ und 28 „sozialer Rechtsstaat“) dieses juristische Wunder. Prinzipien werden damit als unmittelbare „Optimierungsgebote“ in einem Normenverbund genutzt – so nennt das nach rund 30 Jahren Judikatur die neuere, öffentlichrechtlich geprägte Rechtstheorie, die stark aus den USA beeinflusst ist (Alexy, Dworkin). Mit dieser Prinzipientechnik erreichen wir sehr viel im Rechtssystem: Wir füllen die vielen Lücken der konkreten Rechtssätze, wir erreichen mehr äußere und innere Ordnung im Rechtsmaterial und – vor allem – wir verbessern die inhaltliche Stimmigkeit und Gleichheit des Rechts. Wir fördern also die Gleichbehandlung und damit nicht weniger als die Gerechtigkeit. Das geht in der neuesten Version der Optimierung bis hinein in Prinzipien-Abwägungen erst am konkreten Fall und das alte Element der Billigkeit zwischen Norm und Fall kehrt darin wieder – im ganzen ein großes Ideal. Die gewaltige Dynamik und die wesentlichen Kontextbedingungen dieses Ideals für Recht, Gesetz und Rechtswirklichkeit zeigen sich an seiner Geschichte, die gerade vor dem BGB signifikant kulminiert. Das Ideal ist gute 200 Jahre alt. Savigny, unser zivilistischer Olympier im deutschen Raum in der Zeit um 1810–50, bezeugte es vielzitiert und treffend u. a. 1814 in der berühmten Grundsatzschrift „Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“:

„Auf ähnliche Weise (d. h. wie ein Dreieck) hat jeder Teil unseres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die *leitenden Grundsätze* nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den *inneren Zusammenhang* und die Art der Verwandtschaft *aller (!)* juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört zu den schwersten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter gibt.“ (dort S. 22)

Savigny betont also den Zusammenhang „aller juristischen Begriffe und Sätze“ – wenn man ihn erkenne, so fügt er hinzu, sei die so wichtige „Vollständigkeit [des Rechts] in anderer Art“ (ebda.) erreichbar. „In anderer Art“ vollständig enthält eine doppelte Anspielung: zum einen anders vollständig als die kasuistische Fülle des preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 mit seinen fast 20.000 Paragraphen, das dennoch das Leben nicht gebändigt habe; zum zweiten anders als der einfach zu kurze und unvollständige Code civil der Franzosen von 1804. Savignys neues Wundermittel ist die Erkenntnis der „leitenden Grundsätze“ – nur zwei deutsche Worte für das lateinische Wort „Prinzipien“. Das leitende Ideal lautet: Vollständigkeit des Rechts, damit Herrschaft nur des Rechts und damit optimale Gleichbehandlung und Gerechtigkeit. Die Technik heißt: scharfe Begriffe und systematischer Zusammenhang nach leitenden Grundsätzen.

Um die volle normative Dynamik von Vollständigkeit und System im Recht zu sehen, muß man den größten Philosophen der deutschen Aufklärung im 18. Jahrhundert hinzunehmen<sup>26</sup>. Immanuel Kant hatte formuliert, System sei „ein nach Prinzipien geordnetes Ganzes“ und er nannte „eine jede Lehre, wenn sie ein System, d. i. ein nach Prinzipien geordnetes Ganze der Erkenntnis, sein soll“ (1786)<sup>27</sup>, „Wissenschaft“. Durch Wissenschaft zu Gerechtigkeit – die Erlösung von schwankendem Offenbarungs- und Vernunftrecht einerseits wie von bloß willkürlichen positiven Rechten andererseits, schien greifbar zu werden. In dieser Richtung hatte Kant den Juristen auch die Lösung des alten Traums vom einfachen Recht formuliert, obwohl er alles andere als Jurist war. Seine Lösung steht in seinem kritischem Hauptwerk, der „Kritik der reinen Vernunft“ von 1781, und zwar so:

„Es ist ein alter Wunsch ... daß man doch einmal statt der endlosen Mannigfaltigkeit bürgerlicher Gesetze ihre *Prinzipien* aufsuchen möge; denn darin kann allein das Geheimnis bestehen, die Gesetzgebung, wie man sagt, zu *simplifizieren*.“ (A 301/B 358<sup>28</sup>)

Die „endlose Mannigfaltigkeit“ und damit Willkür „bürgerlicher „Gesetze“ wollten nicht nur die Aufklärer überwinden. Seit je und bis heute sucht man ein Rezept für einfaches und gerechtes Recht. Kant löste das „Geheimnis“ und wies den Weg, Prinzipien aufzusuchen. Damit schienen systematische Vollständigkeit, Klarheit und Einfachheit erreichbar – alles im Dienste umfassender Rechtsherrschaft und Rechtsgewißheit. Das war das aufklärerische Rechtsideal. Savigny teilte dieses Ideal, auch wenn er zugleich gegen bloße Gesetzgebung als Patentlösung eintrat, also gegen Kodifikationen. Das bedarf hier aber keiner Vertiefung<sup>29</sup>.

Es ist wichtig für die Geschichte des BGB und jedes modernen Rechtssystems, die Tragweite dieses Ideals zu verstehen. Sie zeigt sich im Unterschied zu den berühmt-berühmten „Programmsätzen“ in Verfassungen. Ein Beispiel ist der Satz

Rechts, ZRG GA 115 (1998), 1–85, bes. 73f.; ähnlich vielleicht die Bemerkung bei H. Schulte-Nölke, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1995, 283; der BGB-Vorstellung von freiem Privatrechtssubjekt entspreche eher die „nach 1945 in Westdeutschland entstandene Gesellschaft des Massenwohlstandes“.

<sup>25</sup> Näher und abgrenzend und zur Terminologie HKK (Fn. 1), Rn. 1ff., 9f.

<sup>26</sup> Zum längeren Kontext näher HKK (Fn. 1), Rn. 55ff.

<sup>27</sup> Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft, 1786, A IVf.

<sup>28</sup> Zitiert nach der üblichen internen Originalseitenzählung der meisten Ausgaben, A. für 1. Aufl. 1781, B für 2. Aufl. 1787.

<sup>29</sup> Siehe zuletzt und mit neuen Quellen J. Rückert, Code civil, Code Napoléon und Savigny, in: Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen ..., hrsg. von J.-F. Kervégan und H. Mohnhaupt, 2001, 143–176.

„Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen.“

Dieser denkwürdige Satz des Art. 151 I 1 Weimarer Verfassung wird einen Richter ziemlich ratlos lassen. Die Verfassung gab damit viele uneinlösbare Versprechungen und provozierte schmerzlich folgenreiche Enttäuschungen<sup>30</sup>. Nicht nur die Weimarer Verfassung von 1919 liebte solche Sätze. Noch aktuelle Beispiele sind etwa:

- GG 1949 Art. 1: Die Menschenwürde ist unantastbar; oder
- BayVerf 1946, Art. 125 I 1: Gesunde Kinder sind das köstlichste Gut eines Volkes; oder
- BayVerf. 1946, Art. 141: Der Genuß der Naturschönheiten ... ist jedermann gestattet.

Obwohl die Verfassungen nun ausdrücklich „Achtung“ und „Schutz“ durch „alle staatliche Gewalt“ verlangen wie Art. 1 GG im zweiten Satz, also auch Achtung durch den Gesetzgeber selbst, machen diese Sätze die Tragweite des Prinzipienproblems als juristische Regelungsaufgabe nach wie vor deutlich. Denn so allgemeine Sätze geben eben nur eine Richtung und keine Tatbestände mit klaren Rechtsfolgen. Systematische Prinzipientechnik ermöglichte eine etwas klarere juristische Bindung der Rechtspraxis. Bloße Richtungsätze geben weniger bestimmte Aufträge an die Juristen ohne genauere Rechtsfolgen für bestimmte Fallgruppen. Viel mehr als sonst hängt dabei von der Umsetzung ab. Prinzipiell-systematische Gesetzgebung zielt dagegen auf unmittelbare Herrschaft des Rechts, auf Rechtsstaat und *rule of law*, und auf Gerechtigkeit durch Prinzipientechnik. Programm- und Richtungsätze erfordern noch Abwägungen und Optimierungen, die die Entscheidungen mehr zum Fall hin verlagern. Mitgedacht ist bei alledem der Kontext der kontinentalen Kodifikationssysteme.

Die moderne, abwägend-optimierende Rechtstechnik bedeutet dafür viel, denn sie eröffnet einen isolierten Schritt hinüber in Richterrechtssysteme – isoliert, weil etwa im englischen Richterrechtssystem wichtige Sicherungen für gleichförmiges Recht wie der Grundsatz *stare decisis* dazu gehören würden. Ganze Assoziationsketten lassen sofort das Gewicht und den hohen politischen Hitzeegrad dieses Schritts ins Richterrecht ermessen, z. B.: Subsumtion versus Rechtsschöpfung, Gesetzesrecht versus Fallrecht, Gesetzesknecht versus Richterkönig, Rechtsbefehl versus Rechtsautonomie, Zentralismus versus Pluralismus, Kolonialisierung versus Autonomie usw. Im Richterrecht kommt es nicht mehr auf die möglichst *vorweg* entscheidende Anwendbarkeit eines feststehenden Satzes an, sondern auf Optimierung am künftigen Fall. Auch gegensätzliche Prinzipien lassen sich dann „störungsfrei“ verarbeiten. Denn die Störung verschwindet im Judizieren. Jahrhundertlang hatte man sie möglichst daraus hervorziehen wollen, mit personalen Wertbindungen in Richtereiden, mit Gesetzesbefehlen und strenger Gesetzesbindung, mit Begründungspflichten, *référé législatif* und anderen Mitteln. „Frei und sozial“ und andere große Programme<sup>31</sup> mehr werden nun „optimiert“ – ein Königsweg, wie es scheint, für Grundrechtsumsetzung in pluralistischen Systemen und in der Hand eines einzigen obersten Gerichts, wie wir es heute haben, und auf das es dann freilich auch sehr ankommt. Auf dem Kontinent bevorzugte man aus guten Gründen das Mittel der prinzipiell-

len Gesetzgebung, obwohl man schon 1848 in der Frankfurter Paulskirche wirkliche Verfassungsgerichte verankert hatte. In der Tat bedurfte eine noch recht abhängige Justiz des Gesetzes als Schutz und war daher „nur dem Gesetz unterworfen“ (§ 1 GVG seit 1877, Art. 97 I GG). Das BGB setzte auf prinzipielle Gesetzgebung, denn die Justiz war durchaus noch steuerbar, ein Verfassungsgericht gar nicht abzusehen und auch für die Bedürfnisse der Privatrechtsbildung nicht voll überzeugend. Denn Privatrechtsentscheidungen müssen überwiegend Konflikte zwischen Gleichen und Freien so abgrenzen, daß die gemeinsame Freiheit effektiv gelingt. Dabei kommt es vor allem auf rechtsklare Gewißheit über das künftige Verhalten in vielen ähnlichen Fällen an. Verfassungsentscheidungen retten dagegen oft Einzelne vor dem „Staat“ und wägen dies mit Recht sehr konkret und immer neu ab. Die bekannten Bürgschaftsfälle zeigen das deutlich.

Das BGB entschied sich für prinzipielle Gesetzgebung und damit für möglichste Rechtsgewißheit, Gleichbehandlung und Gerechtigkeit in einem System des Gesetzesrechts. Zu entscheiden war zweitens, welche Prinzipien im Privatrecht rechtsverbindlich werden sollten. Beides muß erklärt werden, da davon abhängt, wie das BGB in die Geschichte eintrat und welchen Umgang es nach 1900 bis heute verdient hat, den der oben erzählten gewohnten Geschichte oder den der anderen Geschichte.

### III. Der technische und inhaltliche Prinzipiengehalt

Eine prinzipienorientierte Lösung für Gesetzgebung im Bürgerlichen Recht war nicht selbstverständlich. Das BGB hat sie entschieden gewählt, nach Technik wie nach Inhalt. Beides läßt sich nicht völlig trennen, denn schon die Prinzipientechnik soll ja mehr Gerechtigkeit ermöglichen und reicht damit ins Inhaltliche.

#### 1. Die Techniken

Drei Techniken verdienen Hervorhebung: Gesetz, Kodifikation und Ausbildung prinzipieller Rechtsätze:

(1) Das BGB tritt als Gesetz auf – banal, aber nicht selbstverständlich. Jahrhundertlang und heute noch im angloamerikanischen Rechtskreis hielt man Gesetze gerade nicht für eine gute Lösung im Zivilrecht. Gesetzgeber erschienen nicht als die verlässlichsten Wahrer der Privatautonomie. Bis ins 19. Jahrhundert wurden überall gelehrtes *Ius commune* mit viel Personalunion von Professoren und Richtern und in England ähnlich gelehrtes *Common law* bevorzugt. Prinzipienorientierung im Recht, Vollständigkeit und System erschienen nicht so wesentlich, von den Anfängen der Rechtswissenschaft im 12. Jahrhundert bis zum sog. *Usus modernus* im 18. Jahrhundert. Das BGB geht den neuen Weg der kontinentalen Aufklärung.

(2) Das BGB ist ein kodifikatorisches Gesetz – banal, aber wiederum bedeutsam. Jahrhundertlang und bis vor kurzem noch bevorzugte man für wichtige Zivilrechtsbereiche Einzelgesetzgebung und Spezialrecht. Man denke an Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherrecht. Umfassender Kodifikation mißtraute man als dem Werk von allzu machtvollen Herrschern oder von allzu doktrinären Gesetzgebern. Das Zeitalter einer großen Dekodifikation wurde bereits in den 70er Jahren mit großem Beifall verkündet, etwa 1979 von

<sup>30</sup> Dazu J. Rückert, Weimars Verfassung zum Gedenken, *Rechtshist. Journal* 18 (1999), 215–244, bes. 224 ff.

<sup>31</sup> Dazu am exemplarischen Arbeitsrecht Rückert, „Frei“ und „sozial“, *ZfA* 23 (1992), 223–294.

Natalino Irti in „L'età della decodificazione“<sup>32</sup>. Verbunden war damit die Tendenz, die überkommenen Denkmäler der Privatautonomie wie den italienischen Codice civile und das BGB auch inhaltlich zu destruieren.

(3) Das BGB ist schließlich technisch wie inhaltlich ein sehr prinzipienorientiertes Gesetz – das ist nicht banal, aber wesentlich für seine spezifische Lösung der Gesetzgebungsaufgabe durch prinzipielle Rechtssätze und inhaltliche Prinzipien. Beides muß vertieft werden.

Noch zu Zeiten des BGB war es in dem gezeigten durchaus aufklärerischen Sinne klar, daß man prinzipiell sein wollte, und zwar inhaltlich wie technisch. Das wohl prägnanteste Zeugnis gibt Gottlieb Planck in seinem berühmten BGB-Kommentar seit 1900. Dieser Kommentar stammt bekanntlich wesentlich von Planck als dem Hauptreferenten der Gesetzgebung selbst und stellt daher einen besonders guten Zeugen. Wie selbstverständlich wird dort Prinzipienorientierung vorausgesetzt und die Abgrenzung zum preußischen Allgemeinen Landrecht betont<sup>33</sup>, die schon für Savigny erwähnt wurde. Außerdem erklärt Planck die Besonderheit der Prinzipienbildung im BGB in Form prinzipieller Rechtssätze. Der wesentliche Text lautet:

„Das preußische Landrecht hat den Versuch gemacht, die rechtlichen Beziehungen der Menschen zueinander in der Art zu regeln, daß tunlichst Vorschriften über jedes einzelne im Leben vorkommende Verhältnis gegeben werden. Es wird jetzt allgemein anerkannt, daß hier etwas Unmögliches erstrebt wurde. Das Leben ist zu vielgestaltig, um jedes möglicherweise vorkommende Verhältnis berücksichtigen und durch eine besondere Vorschrift regeln zu können. Auf der anderen Seite darf ein Gesetzbuch sich nicht darauf beschränken, die leitenden Rechtsgedanken auszusprechen oder die Zwecke zu bezeichnen, deren Erreichung erstrebt wird. Die Verwirklichung eines Rechtsgedankens läßt sich auf verschiedene Weise erreichen; für einen und denselben Zweck können verschiedene Mittel angewendet werden. Es kommt also darauf an, diejenigen Rechtssätze zu finden, welche am besten geeignet sind, den leitenden Rechtsgedanken zu verwirklichen. Das den einzelnen im Leben vorkommenden Verhältnissen Gemeinsame muß aufgesucht und hieraus die für alle maßgebende Rechtsregel abgeleitet werden. Dies ist der Standpunkt, von dem bei der Ausarbeitung des BGB ausgegangen ist; er vermeidet die Kasuistik, sucht für jede Materie das beherrschende Prinzip auf und prägt dasselbe in Rechtssätzen aus. Diese Rechtssätze sucht das BGB so allgemein zu fassen, daß sie alle Verhältnisse, die darunter fallen sollen, auch wirklich ergreifen, andererseits aber so scharf zu umgrenzen, daß ihre Tragweite klar erkennbar ist und alle Verhältnisse ausgeschlossen werden, die nicht darunter fallen sollen. Wie weit in der Verallgemeinerung gegangen werden kann, ohne die Rechtssicherheit zu gefährden, ist eine Frage der Gesetzgebungskunst, bei welcher die Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis maßgebend sein muß. ...“ (S. 20f.; Hervorhebungen hinzugefügt)

Klar ausgesprochen sind fünf entscheidende Punkte: 1. daß man im BGB mit „Prinzipien“ bzw. „leitenden Rechtsgedanken“ arbeiten wollte („Standpunkt“), 2. daß man so und nur so „beherrschende“ Vollständigkeit erreichen könne („alle Verhältnisse“), 3. daß die Prinzipien „im Leben“ zu suchen seien, aber auch gefunden werden könnten, 4., daß sie als „prinzipielle Rechtssätze“ ausgesprochen werden sollten und 5., daß sie graduell verschieden als mehr oder weniger „allgemeine“ Rechtssätze zu fassen seien, je nach der Klarheit für die juristische Praxis. Durch diese Gestaltung erwarb sich das BGB sofort den Ruf eines technischen „Meisterwerks“, so bei R. Saleilles in Frankreich und ähnlich auch bei englischen Juristen. Auch Planck nennt dies untertreibend

„technische Behandlung“. Der Übergang zu Inhaltsfragen ist jedoch offensichtlich fließend.

Seinen besonderen Akzent setzt das BGB damit, daß es nicht nur Prinzipiensätze, sondern „prinzipielle Rechtssätze“ geben will. Das läßt sich nur im Vergleich erkennen. Es erstrebt damit besondere Rechtsicherheit und Rechtsgewißheit, wiederum in Anspielung auf ältere juristische Techniken. Die alte Bibel der Juristen, das Corpus Iuris des 6. Jahrhunderts, enthält in seinem 50. Buch schon nicht weniger als 211 sog. *regulae iuris*, z. B. *impossibile nulla obligatio* oder *prior tempore potior iure* usw.; die Naturrechtssysteme des 16.–18. Jahrhunderts enthalten viele, auch axiomatische, Prinzipienformeln; im englischen Common law verwendet man seit langem *principles*. Aber diese Formeln wurden lediglich axiomatisch-systematisch verknüpft wie im Naturrecht oder als allgemeine Argumente in ganz verschiedenen juristischen Anwendungen verwendet wie im römischen und englischen Recht, topisch sozusagen und jedenfalls nicht als Obersätze in bestimmten Tatbeständen für bestimmte Subsumtionen<sup>34</sup>. Das BGB gibt sich damit nicht zufrieden. Es will sich, wie erwähnt, auch nicht begnügen mit bloßen Optimierungsgeboten für die Richter, wie die heutige Verfassungstheorie. Es versucht vielmehr, „Rechtssätze“ zu geben, etwas allgemeinere zwar, aber doch noch für bestimmte Fallgruppen gedachte und systematisch zugescharfte Rechtssätze mit Tatbestand und Rechtsfolge.

Eine so starke „technische“ Prinzipienorientierung erscheint uns eher übertrieben und fremd, aber sie war Gemeingut und Stolz der Zeit. Sie war Ausdruck sehr hoher Erwartungen und noch unenttäuschter Hoffnungen in Sachen Gesetzgebung und insbes. Kodifikation des Zivilrechts. Die inhaltliche Seite der Prinzipienfrage wurde nicht weniger intensiv durchgeführt.

## 2. Die Inhaltsentscheidungen

Prinzipielle Rechtssätze müssen wie jeder Rechtssatz auch die Frage beantworten, welche Gerechtigkeit herrschen soll. Mit der Entscheidung für ein so prinzipielles Privatrechtsgesetzbuch wie das BGB stellte sich diese Frage um so strenger. Jahrhundertlang von Rom bis ins Ancien régime gab es selbstverständlich Vertragsregeln. Aber das Recht verlieh keine prinzipielle Vertragsfreiheit oder gar Privatautonomie. Welchem Ideal sollte man bei diesen Fragen folgen: dem einer bloßen Freiheit, einer rechtlich gleichen Freiheit, einer irgendwie begrenzten Freiheit? Gar nicht der Freiheit? Einem sozialen Ideal wie der Solidarität oder der Brüderlichkeit von 1789? Und wie sollte man die Freiheiten konkret begrenzen oder die „Brüderlichkeit“ verteilen? War der Satz „alle Menschen werden Brüder“ zum prinzipiellen Rechtssatz tauglich? Oder empfahl sich der Satz „Alle Menschen sind von Natur aus frei ...“, bis hin zur faktischen Selbstveräußerung und -versklavung, siehe Arbeitsrecht? Oder sollte man irgendwie objektive Grenzen wie Sittlichkeit und öffentliches Recht heranziehen als Gegenprinzipien? Und wenn ja: in welchem juristischen Verhältnis der Prinzipien? Das war wichtig bei gegenläufigen Prinzipien wie etwa Freiheit versus Sittlichkeit. Oder sollte man diese Verhältnisbestimmung einfach den Richtern überlassen, in „Optimierungen“ und Abwägungen, wie man heute sagt? Usw. – offensichtlich führt die Prinzipienteknik bei allen Vorteilen auch in sehr schwierige Fragen von Recht und Gerechtigkeit in praxi.

<sup>32</sup> Etwas anders inzwischen 4. Aufl. Milano 1999, vgl. bes. die neue Einleitung, S. 3–13.

<sup>33</sup> Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert von Gottlieb Planck (u. a.), Bd. 1, 1. Aufl. 1897, 20–27, insoweit unverändert in: Planck's Kommentar zum BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 1913, hrsg. von Emil Strobal, XLVIff., dort nur mit weiteren Überschriften gegliedert.

<sup>34</sup> Das läßt sich nur an Beispielen wirklich verstehen, s. dafür HKK (Fn. 1), Rn. 81 ff.

Jedenfalls versprach eine klare Entscheidung der Inhaltsfrage enorme Vorteile: vor allem innere Stimmigkeit und Wertkonsequenz des Zivilrechts, und damit weitestgehende Gleichbehandlung und Gerechtigkeit. In Kauf zu nehmen waren dann eine gewisse objektive Schärfe der Begriffe und eine gewisse nivellierende Einseitigkeit des Zivilrechts. Wichtig wurde damit ergänzendes Spezialrecht, etwa im Arbeitsrecht, wenn gesellschaftliche Prämissen für gleiche rechtliche Freiheit als Prinzip in bestimmten Bereichen fehlten.

Das BGB hat sich inhaltlich klar entschieden, getragen von breitem Konsens in seiner Zeit, im Reichstag, in der Juristenprofession und der Öffentlichkeit. Die Lautstärke und heutige Bekanntheit mancher Kritikerstimmen wie der Gierkes und Anton Mengers ändert nichts daran, daß damals um 1890 nur sehr wenige so sprachen. Entschieden hat sich das BGB für das Prinzip gleicher rechtlicher Freiheit. Entscheidend, obwohl heute meist unverstanden, kommt hinzu, daß diese Entscheidung für das Zivilrecht in bewußter Arbeitsteilung mit dem Spezial- und öffentlichen Recht erfolgte. Dieses hatte nämlich die Voraussetzungen zu schaffen, die das Zivilrecht aus eigener Kraft nicht schaffen konnte – daher schuf man schon früh neben dem BGB Verbraucherrecht (Abzahlungsgesetz 1894), Arbeiterschutzrecht 1890ff., Versicherungsrecht 1883 ff. usw.

Diese Konzeption wurde jedoch sehr bald nicht mehr recht wahrgenommen. Den arbeitsteiligen Zusammenhang übersah man leicht als spezialisierter Zivilist oder Publizist und als politischer Kritiker des Privatrechts noch leichter. Das BGB selbst hat zudem seine prinzipiellen Entscheidungen nicht sehr ausdrücklich in den Text gestellt. Für die erste Kommission seit 1874 erschien das überflüssig; für die zweite ab 1890 erschien es inopportun, manche Kritikströmungen noch mehr herauszufordern. Das BGB hat daher kaum im heutigen Sinne prinzipiell formuliert, obwohl nicht nur Planck, wie gezeigt, stolz war auf die Benutzung vieler „prinzipieller Sätze“. Man verglich sich dabei aber mit den viel konkreteren Sätzen des preußischen Landrechts von 1794 oder den Fallfragmenten des römischen Zivilrechts und nicht mit heutigen Prinzipsätzen wie „Die Würde des Menschen ist unantastbar“. Der damalige Stolz bezog sich also nicht auf Programmsätze oder unbestimmte Prinzipsätze, sondern auf etwas allgemeinere Rechts-Sätze mit Tatbestandsformulierungen und bestimmten Rechtsfolgen, anders als das oben benutzte Prinzipienbeispiel „Sozialstaatsprinzip“.

Prinzipielles im hier wichtigen Sinne kommt aber ganz bewußt zum Ausdruck in einigen Kopfnormen größerer Abschnitte des BGB, also etwa in den §§ 1 zum Personenrecht, 241 zum Schuldrecht, 305 (nun 311 I) zum Vertragsrecht, 903 zum Eigentum, 1408 zum ehelichen Güterrecht oder 1937 zum Erbrecht. Aber nur § 903 wurde wirklich als Direktive formuliert. Man darf danach grundsätzlich „nach Belieben verfahren“ mit seinem Eigentum. Das war kein Zufall und kein Kapitalismus. Der „praktische Wert“ dieses Prinzipsatzes war bewußt und bekannt. Der Gesetzgeber habe sich hier so ausgesprochen, erläutert Achilles 1902 bei Planck, „da das Eigentum für die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung von grundlegender Bedeutung ist.“ So habe es „der Gesetzgeber für angemessen gehalten, den Inhalt und Begriff des Eigentums durch Bezeichnung der Befugnisse des Eigentümers festzustellen. Eine solche Feststellung hat namentlich insofern praktischen Wert, als durch sie jedem Zweifel daran vorgebeugt wird, daß das Eigentum anderen als den durch Gesetz oder Rechte Dritter begründeten Beschränkungen nicht unterworfen ist.“<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Planck-Achilles, Kommentar (Fn. 33), III 1902, 1. zu § 903. Die allge-

Der Verfassungscharakter des Satzes liegt heute auf der Hand, aber ebenso sein Unterschied zu Art. 14 GG<sup>36</sup>. Das BGB faßt die Frage in Regel und Ausnahme („nach Belieben, soweit nicht“), das Grundgesetz gibt eine Richtung, aber zugleich eine Gegenrichtung<sup>37</sup> (Eigentum wird gewährleistet, aber es verpflichtet „zugleich“).

Zurückhaltender als § 903 spricht § 1 BGB nur vom Zeitpunkt der Rechtsfähigkeit („mit der Vollendung der Geburt“) und § 305 BGB mit der ganzen Tradition nur von den Voraussetzungen eines Vertrages. Den Unterschied zeigt Art. 19 des Schweizer OR von 1911. Dort darf „der Inhalt des Vertrages innerhalb der Schranken des Gesetzes nach Belieben festgestellt werden“. Der BGB-Text entschied sich gegen diese prinzipiellere Formulierung. Das BGB bildete also in alledem die erwähnten prinzipiellen Rechtssätze aus, aber in recht zurückhaltenden Worten. Die wirkliche Begeisterung für bestimmte Prinzipien findet man in den Entstehungsmaterialien zum BGB. Ohne verfehlten Materialienkultus darf und muß man sie zum Inhalt des Gesetzes heranziehen, da dieser sich aus den Einzelnormen erschließt, die eben den leitenden Grundsatz ergeben. Es ist der erwähnte Grundsatz der *Freiheit in rechtlicher Gleichheit*:

(1) *Gleichheit*. Die Gleichheit wird zu § 1 ausgesprochen, die Freiheit zu § 305 u. ö. Zur Gleichheit sprechen die Motive zum BGB Entwurf I 1888 sich so aus:

„Der Entwurf beruht auf den Grundsätzen der Rechtsgleichheit und Gemeinsamkeit des Rechts; – der Rechtsgleichheit: die in der Lebensstellung der Personen hervortretenden Ungleichheiten sollen nicht zu einer Behandlung vor dem Gesetze führen, welche als Bevorzugung oder Zurücksetzung eines Standes oder einer Personenklasse sich darstellt; der Gemeinsamkeit des Rechtes: die in der Lebensstellung der Personen hervortretenden Verschiedenheiten sind für das Recht nicht von grundlegender Bedeutung; der Entwurf stellt Vorschriften auf, die für alle gelten, nicht besondere Regeln für die Verhältnisse der verschiedenen Gliederungen der Gesellschaft.“ (S. 25f.)

Die Feudalgesellschaft war damit gründlich verabschiedet. Die Rechtsstellung wurde gleich, die „Lebensstellung“ blieb je nach Fakten unterschieden. Die „Rechtsordnung“, so hieß es weiter, erfülle damit ein „Gebot der Vernunft und der Ethik“ und vollziehe eine „von dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart geforderte und als selbstverständlich betrachtete Anerkennung“<sup>38</sup>. Diesen klaren prinzipiellen Worten ist nichts hinzuzufügen. Schon für den Redaktor Gebhard stand „selbstverständlich außer Zweifel“, daß „der Mensch in Ansehung seiner leiblichen und geistigen Existenz unter dem Schutze der Rechtsordnung steht“ – der Mensch als Mensch und nicht erst als Person wie im ALR. Gebhard widmet dem nur diesen einen längst erkämpften Satz<sup>39</sup>.

meine Regel hätte sich wie in den anderen Fällen auch aus den Einzelnormen herleiten lassen, so jedenfalls Achilles, dennoch sei hier allgemein gesprochen worden.“ Planck selbst (Kritik 1889, 397f.) legt auch ein defensives Moment nahe; man war sich nämlich bewußt, daß die Zahl der Beschränkungen „eine sehr große“ war.

<sup>36</sup> Art. 14 GG: „I. Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. II. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen ... [zur Enteignung]“. So fast identisch mit Art. 153 I und III der WV 1919; anders noch § 164 RV 1849: „Das Eigentum ist unverletzlich. ...[II. zur Enteignung]“.

<sup>37</sup> Das Abstellen auf „Gebrauch“ bedient sich der alten, aber zweifelhaften Abgrenzung nach Substanz und Gebrauch, die im Zeitalter des geteilten Eigentums wichtig war. Heutige Erläuterung entnimmt Art. 14 II GG ohne Umstände eine „Grundpflicht“ des Eigentümers und eine „maßgebliche Leitlinie für den Gesetzgeber“, so z. B. J. Wieland, in: H. Dreier, GG-Kommentar, Bd. 1, 1996, Art. 14, Rn. 82. Stellt das die Garantie nicht auf den Kopf, und nicht nur historisch?

<sup>38</sup> Motive I, 1888, 25, als erster Absatz zu „Personen“.

<sup>39</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 39.

Das Prinzip entspricht den Regeln der Reichsverfassung von 1849, § 137 zur vollen Rechtsgleichheit, die im deutschen Raum zuerst durch die Verfassung von Ende 1807 für das Königreich Westfalen proklamiert worden waren: „Das Königreich Westphalen soll nach solchen Grundgesetzen regiert werden, welche die Gleichheit aller Untertanen vor dem Gesetze ... festsetzen“ (Art. 10). Die Zivilgesetzgebungen des 19. Jahrhunderts haben dies mit erheblichen Brechungen durchgeführt, begleitet von speziellen Adelsedikten usw.<sup>40</sup> Das BGB versucht es ohne Ausnahmen. Aber neben sich, also zuerst im EGBGB, konnte es „Ausnahmen nicht umgehen“<sup>41</sup>, nur näher gesetzlich fassen wie z. B. Standesrechte des Militärs, der Beamten, der Privatfürsten und des Gewerbes. Spezial- und öffentlichrechtlich stand noch 1896 viel Ständisches an – aber zur Beseitigung.

(2) *Freiheit*. Sie wird mehrfach verankert. Als Freiheit von den persönlichen Bindungen der ständisch-ungleichen Gesellschaft liegt sie zuerst in der allgemeinen und gleichen Rechtsfähigkeit. Die für eine reale freie Entfaltung notwendige Handlungsfreiheit eröffnen die Vertrags-, Ehe- und Testierfreiheit. Auch dies sprechen die Motive, jetzt zu § 305, bemerkenswert emphatisch aus:

„Vermöge des Principes der Vertragsfreiheit, von welchem das Recht der Schuldverhältnisse beherrscht wird, können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen nach ihrem Ermessen mit obligatorischer Wirkung unter sich bestimmen, soweit nicht allgemeine oder bestimmte Gesetzesvorschriften entgegenstehen.“ (Motive II, S. 2)

Und zum Irrtumsrecht heißt es deutlich:

„Der die Rechtsordnung zur Anerkennung der rechtsgestaltenden Kraft der Willenserklärung bestimmende Grund beruht in der *Erkenntnis der Notwendigkeit der Autonomie der Person im Privatrecht* und der Vertragsfreiheit insbes. im Verkehrsrecht ...“ (im sog. Vorentwurf Schuldrecht)<sup>42</sup>

Zur Willenserklärung als grundlegendem Baustein der privaten Rechtsgestaltung fällt also auch die bekannte allgemeinste Formel „Autonomie der Person im Privatrecht“. Diese zentralen Prinzipienworte waren also präsent und wurden prinzipiell verwendet. Die späteren BGB-Texte bis zur Fassung von 1896/1900 haben an diesen Bezügen nichts geändert.

Am Gesetzbuch selbst und erleichtert durch die Materialien läßt sich also ein oberstes inhaltliches Prinzip herausfinden. Das macht das BGB zu einem nach Prinzipien geordneten Ganzen im Sinne von Kant<sup>43</sup> – dessen war man sich auch bewußt, wie z. B. 1891 die überraschende, wie selbstverständlich unbelegte Verwendung Kants als Titelmotto des BGB-Mitarbeiters André zeigt<sup>44</sup>. Obenan steht das Prinzip der gleichen rechtlichen Freiheit. Es ist in allen fünf Büchern des BGB durchgeführt, also mit Vertragsfreiheit und Freiwilligkeitszurechnung (Haftung nur für den Willen, den man hatte oder haben konnte) im Schuldrecht, mit Eigentumsfreiheit im Sachenrecht, mit Ehefreiheit in Abschluß und Güterrecht im Familienrecht und mit Testierfreiheit im Erbrecht. Auch der so zwingend wirkende sog. *numerus clausus* der Sachenrechte kanalisiert nur die Zugriffe um der Freiheit willen, steckt also die *claims* ab, weil sich sonst bei knappen Gütern wie im Sachenrecht kaum gemeinsame Freiheit entfalten könnte.

An einer etwas abgelegenen Stelle im Kommentar führte auch einmal Planck selbst die Prinzipienstücke zusammen, als er zur Sittenwidrigkeit anmerkte:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen die großen Prinzipien des modernen Rechts, insbesondere die Prinzipien der persönlichen Freiheit, der Gewissensfreiheit, der Koalitionsfreiheit, der Gewerbefreiheit, der Freiheit in Ausübung des Wahlrechts etc. verstößt“, sei „immer sittenwidrig“ (Planck-Planck, zu § 138).

Vereinigt wird all dies also unter der Idee gleicher rechtlicher Freiheit. Das Prinzipienideal und seine Durchführung im BGB sind damit erläutert. Wie stand es also mit den Chancen für dieses BGB?

#### IV. Der Umgang mit der BGB-Lösung nach 1900

Es muß dazu um wenigstens fünf Aspekte gehen: die Veränderungen der Normen, deren rechtswissenschaftliche Behandlung, den Wandel der Richterrolle, die Effektivität der Regeln in der Rechtswirklichkeit und vor allem die BGB-Würdigungen im Wandel des allgemeinen Kontextes. Nicht alle diese Aspekte können hier gleichmäßig angesprochen werden<sup>45</sup>.

##### 1. Normveränderungen und Privatrecht

Zum Umgang mit dem BGB und der Deutung des 20. Jahrhunderts gehören auch die Änderungen des BGB und des Privatrechts. Prüfstein für den Umgang mit der BGB-Lösung kann die Analyse der sog. Sonderprivatrechte wie Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherrecht usw. im Verhältnis zum BGB sein. Weichen sie wirklich alle prinzipiell vom BGB-Privatrecht ab? Um das klären zu können, muß man sich einen analytisch klaren Begriff von Sonderprivatrecht machen, wie er den mit Privilegierungen erfahreneren älteren Privatrechtlern unter „singulär“ versus „speziell“ geläufig war und noch in den 50er Jahren Enneccerus-Nipperdey ganz präsent<sup>46</sup>. Für die Prinzipienebene bedeutet das die Unterscheidung zwischen prinzipwahrendem, speziellem Sonderrecht und prinzipbrechendem singulären. Das erste weicht für besondere Klassen von Personen, Sachen oder Verhältnissen von einer allgemeinen Regel ab, aber nur, um diese zu konkretisieren und spezifizieren. Die zweite Art von Sonderrecht weicht ab und bricht dabei das allgemeine Prinzip. Dies geschieht, wenn etwa ein sog. Schutzprinzip im Arbeitsrecht befolgt wird und bestimmte Verträge deswegen diskriminiert werden. Prinzipientreu verwirklicht dagegen z. B. das Handelsrecht die schuldrechtliche Vertragsfreiheit lediglich spezialisierend in den besonderen Verhältnissen des Handels. Erst diese Unterscheidung ermöglicht die prinzipielle Unterscheidung offenbar sehr unterschiedlicher Sonderrechte.

Es kommt also darauf an, ob die Normveränderungen im Privatrecht seit 1900 prinzipienbrechende Sonderrechte enthalten oder nicht – überwiegend wohl nicht. Selbst das Arbeitsrecht ist keineswegs vor allem Schutzrecht – es kommt auf die genaue Ausgestaltung und Analyse an. Wurde der Weg einer auf Freiheit zielenden emanzipierenden Hilfe beschritten oder der „objektive“ Weg auch bevormundenden Schutzes? Schon zu BGB-Entstehungszeiten gab es die libe-

<sup>40</sup> Dazu näher HKK/Thomas Duve, § 1, Rn. 10.

<sup>41</sup> Motive I, 1888, 26.

<sup>42</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 44.

<sup>43</sup> Siehe oben vor Fn. 27.

<sup>44</sup> Fr. André, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages im heutigen gemeinen Recht, 1891.

<sup>45</sup> Vgl. aber näher HKK (Fn. 1), Rn. 97 ff.

<sup>46</sup> Allgemeiner Teil, § 45 II der 14. Aufl. von 1952, ähnlich § 48 II der 15. Aufl. 1959.

ralsoziale und auch sozialliberale Alternative der emanzipierenden Hilfe durch Mindestbedingungen, Marktkontrolle, Gewerkschaftsgegenmacht usw. (Baron, Lotmar u.v.a.). Viele teilten sie, wie die bekannte „Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen“ von 1890 zeigt. Den sympathisch wirkenden konservativ-paternalistischen Schutz, auf den ein Gierke zielte, lehnte das BGB gerade als bevormundend ab; die recht radikale, später in seiner „Neuen Staatslehre“ von 1903 offen volksstaatssozialistische, voll interventionistische Lösung Anton Mengers natürlich erst recht. Menger empfahl bekanntlich einen „volkstümlichen Arbeitsstaat“, in dem „überhaupt sich das ganze Privatrecht in Verwaltungsrecht verwandelt“.

Emanzipierendes Sonderrecht, das die Freiheitsbedingungen für die herstellen will, die sie realiter noch nicht haben, ist aber nicht prinzipbrechend, sondern prinzipwährend. Dieses besonders spannende Thema, das mir auch privatrechtstheoretisch entscheidend zu sein scheint, kann ich hier nur berühren<sup>47</sup>. Es ist stets zu fragen: Wie ist eine Norm prinzipiell zu interpretieren, die sich als soziale Schutznorm darstellt. Ein Beispiel ist die Mietförderung. Geschützt werden kann durch Mietzuschüsse wie Wohngeld oder durch „objektive“ Wohnungsbauförderung usw. Die erste Lösung blickt auf das Subjekt und hilft ihm, damit es selbständig am Markt teilnehmen kann. Auch die zweite Lösung schützt, aber sie bevormundet und verhindert eigenständige Marktteilnahme. Die erste Lösung ist privatrechtlich prinzipientreu, die zweite nicht. Indizien für die Analyse sind die objektive bzw. subjektive Anknüpfung der Lösungen. Es kommt darauf an, ob eine Norm um der Befreiung willen schützt oder um des bloßen Schutzes willen – kein neues Problem für Juristen bis hin zum Haustürwiderrufsgesetz. Ein Privatrecht und Recht, das von dieser Selbständigkeit und ihrer steten Förderung absähe, gäbe das Prinzip Freiheit auf.

Mit dieser Perspektive wird zugleich eine Lösung von Privatrechtsproblemen und eine Deutung von Privatrechtsgeschichte entwickelt, die ursprünglich durchaus bewußt und zeitgemäß war, aber heute über Gebühr vergessen ist<sup>48</sup>. Man findet diese Überlegung fast nur noch bei einigen Ökonomen, etwa bei Hans Albert oder Friedrich August von Hayek. Sie bietet aber für die Rechtstheorie, die Privatrechtstheorie und für die Geschichtsdeutung, die ja ohne Theorie nur die bloßen Fakten hätte, einen wesentlichen Schlüssel. Ich möchte die Überlegung das *Konzept des vierten Weges* zu „Frei und sozial“ nennen. Wenn eine Rechtskultur prinzipiell sein will und die seit der Aufklärung erhofften Vorteile dieser Technik ernten will, wie es die deutsche Privatrechtstheorie des Kaiserreichs in hohem Maße wollte, muß sie das Problem der Prinzipienbegrenzung und -kollision lösen. Denn grenzenlose Prinzipien wie Robinsons Freiheit vor Freitags Ankunft sind juristisch untauglich, da es im Recht nicht um die Konflikte mit uns selbst geht. Und bloß gegensätzliche Prinzipien lösen die erstrebte Rechtssicherheit und -gewißheit in Fallabwägungen auf. Vier Lösungen sind zu unterscheiden<sup>49</sup>:

(1) Eine erste begrenzt die Freiheit nur durch die Freiheit der Anderen. *Neminem laedere* heißt das uralte Stichwort.

<sup>47</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 104 und 86 ff.

<sup>48</sup> Zum 19. Jahrhundert jetzt die grundlegende Analyse von S. Hofer, *Freiheit ohne Grenzen?*, 2001. Die Legende vom bloß radikal-liberalen Jahrhundert wird widerlegt, die wirklichen Diskussionen und Vermittlungsmodelle für gemeinsame Freiheit und Gleichheit werden entdeckt, die Früchte bis heute liegen auf der Hand.

<sup>49</sup> Vgl. jetzt die teilweise ähnlichen vier Modelle für Freiheit im Privatrecht bei Hofer (Fn. 48) 275 ff.

Aber dann wäre Selbstversklavung erlaubt. Auch wäre ein Maß für die Freiheit der Anderen oder die Läsion notwendig.

(2) Eine zweite setzt allgemeine „objektive“ Grenzen wie Sittlichkeit, Gemeinwohl, öffentliches Interesse und öffentliches Recht usw. Aber das gibt die Freiheit in die Hände derer, die diese unbestimmten Grenzen ziehen.

(3) Eine dritte begnügt sich mit punktuellen Verboten bei Mißständen wie im Arbeitsrecht, Mietrecht, Verbraucherrecht usw. Aber was Mißstände sind und was nicht, läßt sich nicht klar bestimmen und leicht mißbrauchen. Es gab eine Zeit, in der „einfach“ „Schutz“-Haft verordnet wurde gegen mißfallende Menschen.

(4) Auch die vierte sieht die Probleme mit der Wirklichkeit des Prinzips Freiheit. Sie löst sie aber im Sinne des Prinzips, indem sie den Menschen so gegen Hemmnisse hilft, daß sie sich frei bewegen können, kurz, mit emanzipierender Hilfe und ohne „objektive“ Bevormundung. Helfen heißt hier: „Gib mir nicht den Fisch, sondern lehre mich angeln.“ Diese Lösung bewahrt das Prinzip der gleichen rechtlichen Freiheit und begrenzt es nach klaren Regeln im Sinne gemeinsamer Freiheit und fairer Freiheitschancen auch für unverschuldet Unfreie. Nur dieser vierte Weg ermöglicht die konsequente Fortsetzung des Programms in neuen historischen Umständen.

Versteht man das BGB und den Umgang damit in diesem Lichte, dann versteht man seine Lösung richtiger und es wird klar, daß die Konzeption des BGB gründlich mißdeutet oder abgelehnt wurde. Auf diese Weise wurde das BGB selbst zum Sündenbock für alle möglichen Defizite.

## 2. Die Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft bildet einen wesentlichen Faktor gerade beim Umgang mit einem so prinzipiellen Gesetzbuch wie dem BGB. Ihr Beitrag kann hier nur angedeutet werden<sup>50</sup>. Sie hat die gewohnte Sündenbockgeschichte erzählt und sogar behauptet, Freiheit sei ein notwendig unsoziales Prinzip. Die Erfahrungen und Möglichkeiten des vierten Weges zu „Frei und sozial“ hat sie mißachtet. Es steht aber nichts im Wege, es ernst zu nehmen, wenn z.B. die Bedingungen von seriöser Willensbildung unverschuldet fehlen und eben keinen Vertrag anzunehmen, auch über Irrtumsfälle hinaus, etwa bei wesentlichen massiven Informationsdefiziten<sup>51</sup>. „Frei, ernst und zuverlässig“ sollte schon nach ALR 1794 die Willenserklärung sein.

Die aggressive Umbildung des BGB gegen das BGB, die stets externe Grenzen mobilisierte, begann schon 1895 der berühmte Rudolf Sohm, germanistisches Mitglied der 2. Kommission und Mitreferent im Reichstag. Er propagierte eine Art Marsch durch die Institution BGB mit den Worten: „Dieser Paragraph [gemeint sind § 157 bzw. § 242 des BGB zu Treu und Glauben in Verträgen] muss und kann in der Hand der deutschen Praxis das *feurige Schwert* werden, mit dem sie durch *alle* anderen Paragraphen des Vertragsrechts hindurch zu schlagen im Stande ist, wenn es nötig werden sollte, ja mit dem ihr Vollmacht gegeben ist, die Vorschriften des Entwurfs, etwa die über den Dienstvertrag, ... im Sinne sozialer Gerechtigkeit *weiter zu gestalten*.“ § 157 werde noch einmal „ein sehr berühmter Paragraph werden“.

Dieses feurige Schwert hat man gezogen. Die Geschichte des wissenschaftlichen Umgangs mit dem BGB im 20. Jahrhundert muß als die Geschichte der feurigen Schwertzieher geschrieben werden<sup>52</sup>. Hedemann nannte die Schwertparagra-

<sup>50</sup> Näher HKK (Fn. 1), Rn. 105 ff.

<sup>51</sup> Dazu dogmatisch genauer HKK (Fn. 1), Rn. 103 f.

<sup>52</sup> Vgl. nun auch HKK/Hans-Peter Haferkamp, § 138.

phen bereits 1913 „königlich“; 1932/33 trat er bekanntlich die „Flucht“ vor den „Generalklauseln“ an, 1942 begeisterte er sich erneut für „Grundregeln“ in dem von ihm mitverantworteten „VolksGesetzbuch“. Neuere Untersuchungen zeigen von Hauptfigur zu Hauptfigur, daß Hedemann zwar über eine besondere Beweglichkeit verfügte, aber im Punkte „sozial“ versus „frei“ keineswegs alleine stand<sup>53</sup>. Es gibt eine sehr starke rechtswissenschaftliche Kontinuität in diesem Abschied vom BGB und seiner prinzipiellen Seite. Als 1937 Justizstaatssekretär Schlegelberger den offiziellen „Abschied vom BGB“ verkündete, sagte er dies alles nur ein wenig drastisch, wenn er als „große Richtlinie“ vorgab, „die Abkehr vom Individualismus“ und eine richtigere „Bewertung der Lebensgüter“, während er der „Begriffswelt des BGB“ vorwarf, „daß hier Piranhas am blutvollen Leben ganze Arbeit geleistet haben“ und nur ein Rechtsskelett für Juristen übrig gelassen hätten. Kurz: Die dominante Linie in der Privatrechtstheorie, in der Gesetzesinterpretation und der Privatrechtspolitik argumentierte und interpretierte zum BGB vorwiegend antifreiheitlich, wenn auch meist aus einem immer noch „manchesterlichen“<sup>54</sup>, unrichtigen Liberalismusbild. Auch und gerade die so einflußreichen Leittexte von Wieacker, Larenz u. a. sind ganz darauf eingestellt. Selbst Nipperdey, der weniger von 1933 her geformt ist<sup>55</sup>, gibt dem Sozialstaatsprinzip zuletzt wohl den Vorrang<sup>56</sup>. Zwei wesentliche Stimmen bestätigen diese Einschätzung: Larenz und Flume. Beide, sogar Flume, gehen nicht den Weg der BGB-Lösung.

Ich übergehe die Einzelanalysen zu Larenz, Flume und anderen Autoritäten und erwähne nur noch die neueste sehr lapidare „Lösung“ fast aller Privatrechtslehrbücher zum AT oder zur Einführung in Deutschland<sup>57</sup>: Sie schweigen sich ganz überwiegend aus in Sachen Prinzipien und überliefern dabei meist das gewohnte Zerrbild. Die Zivilisten wollen nicht mehr so prinzipiell sein, in welche Richtung auch immer. Auch sie wägen nun lieber ab, von Fall zu Fall, immer ein bißchen anders. Vermutlich handelt es sich bei dieser Großzügigkeit um ein Wohlfahrtsphänomen.

Ich lasse den wichtigen Beitrag von Richterrolle und Richterrecht beiseite<sup>58</sup> und wende mich dem wohl schwersten und schwierigsten Vorwurf gegen das BGB zu.

### 3. Nur „rechtlich frei und gleich“?

Der schwerste Vorwurf an das BGB lautete seit Anton Menger 1889/90 stets, es habe die „besitzlosen Volksklassen“ diskriminiert. Die harte Wirklichkeit des BGB und seiner hier betonten Prinzipiennormen ist ihre Effektivität. Was haben sie in ihrer Welt bewirkt? Diese Frage wurde oben bei der Kritik der „gewohnten Geschichte“ aufgeschoben. Das BGB galt in wenigstens vier sehr unterschiedlichen Welten seit 1900, die Krisenzeiten nicht gerechnet: im späten Kaiserreich, in Weimar, in der NS-Zeit, in der Bundesrepublik und zugleich der frühen DDR. Offensichtlich muß man unter-

scheiden. Halbwegs tragfähige Aussagen sind schwierig, da es um weitgreifende historische Analyse und Bewertung von Recht in seinen Gesellschaften geht. Wie z. B. steht es eigentlich mit dem Verbraucherrecht im realen Effekt? Wenn etwa ganze Gruppen ausgeschlossen sind, de facto, von einer bestimmten Praxis der Privatrechtsnutzung, dann entsteht ein Problem. Die schon 1776 in Virginia versprochene „pursuit of happiness“ scheidet dann in Wahrheit. Dann muss man sich fragen, ob in der Rechtswirklichkeit sozusagen das Prinzip Freiheit verschwunden ist wie in der Lage der arbeitenden Klassen, die frei wurden, aber eben vogelfrei. So könnte man auch fragen: Ist der Verbraucher frei, aber vogelfrei? Ungelöste empirische Probleme mit normativen Folgen stehen in solchen Fragen an.

Immerhin läßt sich sagen, daß für das Kaiserreich Anton Mengers berühmter Vorwurf an das BGB, es diskriminiere die „besitzlosen Volksklassen“<sup>59</sup>, einer Überprüfung nicht stand hält. Man hat den Vorwurf einfach nie überprüft. Menger hat seine durchaus empirische Kritik von 1890 nicht empirisch belegt, sondern rechtsstrukturell und spekulativ, im übrigen zum ersten Entwurf, bloß zivilrechtlich und aus Wiener Sicht. Die moderne sozialgeschichtliche Forschung findet gerade im Kaiserreich eine „säkularen Fahrstuhl-effekt“ – d. h. es ging kontinuierlich ökonomisch und sozial „nach oben“. Der Anteil der besitzlosen Klassen erreichte bei weitem nicht die von Menger vermutete Stärke von 80%. Dieses Urteil beruht auf sehr kritisch genauen, auch statistischen Untersuchungen und stammt von einem führenden Kritiker des Kaiserreichs und Sozialhistoriker wie Hans-Ulrich Wehler in seiner „Deutschen Gesellschaftsgeschichte“<sup>60</sup>. Die Hoffnungen der das Privatrecht tragenden liberalen Gruppen auf eine immer gleichere Freiheit waren angesichts dieser Entwicklungen jedenfalls bis 1914 keineswegs unbegründet, wie aus anderen Gründen bereits betont<sup>61</sup>.

Erster Weltkrieg, Weimar, NS-Zeit und DDR trugen diese Hoffnungen zu Grabe. Noch die DDR lebte lange von den großen Leistungen der Kaiserzeit, hier der Infrastruktursubstanz – jeder Schritt durch die Städte zeigte das. Erst die frühe Bundesrepublik brachte den gewaltig befreienden Aufstieg, der dem BGB erstmals eine wirkliche Chance als Privatrecht in einer offenen Gesellschaft brachte. Die Chance währte nur kurz. Schon in den 70er Jahren gerieten die vielen Wohlstands-Verbraucher in die Mühlen des Kleingedruckten in den Formularen. Hilfe erschien wieder nötig und sie kam, zunächst in der Judikatur, dann 1976 im AGB-Gesetz<sup>62</sup>. Aber das Gesetz bot die Hand zu emanzipierender Hilfe im Sinne des oben entwickelten vierten Weges zu „Frei und sozial“. Es handelte sich nicht einfach um Verbraucherschutz, wie man nachlässigerweise unprinzipiell sich oft ausdrückt<sup>63</sup>.

## V. Ein Gesetzbuch ohne Chance

Die neueren Würdigungen zum BGB lauten i. w. „liberal, zu spät“, „versagt“, „illusionär“. Sie setzen die Chancen für früher, erfolgreicher und wohlervogen voraus. Aber die gesellschaftlichen, ökonomischen und intellektuellen Verhält-

<sup>53</sup> Das läßt sich vor allem durch fundierte Einzelstudien klären, Nachweise in HKK (Fn. 1), Rn. 107. Neun einschlägige Studien vereinigt der Sammelband: Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, hrsg. von J. Rückert, 1997.

<sup>54</sup> Zu diesem Kampfbegriff oben Fn. 11.

<sup>55</sup> Dazu mein biographischer Artikel in: Neue Deutsche Biographie 19, 1999, 280–282.

<sup>56</sup> Etwas verklausuliert, aber doch, s. Nipperdey, Allg. Teil, 15. Aufl. 1959, § 15: Sozialstaatsprinzip gibt „den entscheidenden Maßstab“. Abzustimmen damit sind seine verfassungsrechtlichen Texte.

<sup>57</sup> Zusammenstellung in HKK (Fn. 1), Rn. 110.

<sup>58</sup> Dazu HKK (Fn. 1), Rn. 111 ff.

<sup>59</sup> Anton Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, zuerst als Aufsatz 1889/90, Neudruck der 4. Aufl. 1908, 1968.

<sup>60</sup> Hier Bd. 3, 1995, 700–845; analog Zapf (unten Fn. 65), 52 f.

<sup>61</sup> Oben nach Fn. 57.

<sup>62</sup> Siehe HKK/Thomas Duve, §§ 1–14, Rn. 66 ff.; HKK/Peter Oestmann, §§ 145–156.

<sup>63</sup> Zur Analyse der AGB-Geschichte S. Hofer in HKK II; zum „vierten Weg“ oben bei Fn. 49 ff.

nisse, die das BGB wie jedes Recht und speziell mit seiner Prinzipienstruktur als öffentlich-rechtlich oder verfassungsmäßig gestützt voraussetzen mußte, traten erst etwa 1958/60 ein. Das klingt kühn, aber es genügt, ein wenig zu rechnen: Bis 1914 hatten wir in Deutschland ebensowenig wie sonst in Europa eine gesellschaftlich und ökonomisch offene, liberale Privatrechtsgesellschaft; 1914–1919 ohnehin nicht; ebensowenig 1919–1933, 1933–1945 und 1945–1949; erst ab 1948/49 begann langsam etwas in der Art. Man hatte noch eine Weile zu tun mit ökonomischer Erholung, Kriegslasten, Sozialisierungsabsichten und Gemeinschaftsideologie, besonders im Wirtschafts-, Miet- und Arbeitsrecht sowie in den Kämpfen um das Wettbewerbs- und Kartellrecht bis 1958<sup>64</sup>. Erst danach, um 1960 wohl, kann man von einer sozialen und ökonomischen Ordnung von i.w. Freien und Gleichen reden, die zu diesem Gesetzbuch für rechtlich Freie und Gleiche in etwa passen konnte.

Dieser Befund ist so evident, daß seine Vernachlässigung erstaunt und etwas Empirie nötig erscheint. Der große Sprung geschah nach 1948/49 bis ca. 1960<sup>65</sup>. Es bedarf keines detaillierten empirischen Durchgangs durch Indizien für Entfaltungsfreiheiten wie Existenzminimumgrenze, Pfändungsgrenzen, Pro-Kopf-Einkommen, Reallöhne, Wohlstandskörbe, Lebensstilwandel, Arbeitszeitanteile, Urlaub und Freizeit, Bildungsniveau und Lebenserwartung sowie durch Indizien für effektive Gleichheiten wie Vermögens- und Einkommensverteilung, Arbeitslosigkeit, Sozialhilfeempfänger, Armutsgruppen, Ausgrenzungen u. a. m. Denn die Dimensionen zeigen überdeutlich die unglaublich positive Entwicklung nach ca. 1950 – das bekannte Wirtschaftswunder, besser: Wohlfahrtswunder. Diese Zeit brachte Gesellschaft und Ökonomie in Westdeutschland in eine nie dagewesene Wohlfahrt, d. h.: ein um das Drei- bis Vierfache besseres Einkommensniveau (Volkseinkommen, Reallöhne, Pfändungsgrenzen)<sup>66</sup>, eine neue Freizeitdimension (Lebensarbeitszeit 1900: 25%, 1990: 10%<sup>67</sup>), eine viel höhere Lebenserwartung von 63 und 74 Jahren 1970 statt 1901 noch 45 bzw. 48<sup>68</sup>, viel bessere Bildungschancen (Volksschule 1950 80%, 1990 31%) u. a. m. Die Ungleichheit hatte abgenommen und begann erst auf dem neuen, viel höheren Niveau – siehe die Vermögensverteilung bis 1950<sup>69</sup>, die Arbeitslosigkeit bis

ca. 1980 unter 1%, 1960–74 sogar bei 0,4%<sup>70</sup>, den sehr niedrigen Anteil der Sozialhilfeempfänger<sup>71</sup>. Bis in die 60er Jahre stand es mit den realen Freiheiten und Gleichheiten und mit den Chancen für die Zielwelt des BGB jedenfalls viel besser, aber noch deutlich schwächer als danach.

Lange noch also hatte das BGB von kaum einer Seite eine echte Chance bekommen für seine prinzipielle Seite, die gleiche rechtliche Freiheit. Denn teils war die neue Freiheit rechtlich begrenzt durch gegenläufiges öffentliches Recht, teils stieß sie auf sehr ungleiche soziale Schichten, teils auf eine politisch sehr gespaltene Gruppenwelt, teils auf die ökonomisch in der Industrie sehr starke und rechtlich geduldete Kartellisierung seit ca. 1890<sup>72</sup>. Dennoch soll das BGB versagt haben und nicht sein Kontext. Es wurde sofort als „liberal“, das hieß: zu staatsfern und individualistisch, gescholten. Es war im wesentlichen derogiert im sog. „Burgfrieden“ ab 1916–1919, wurde dann stark ökonomisch, rechtlich und ideologisch überlagert seit 1919 und erneut seit 1933. Nach 1945 blieb es lange ohne reales Fundament im Westen und erst recht duldete es die DDR nur als Fremdkörper. Es gilt mit Wieacker als „spätgeborenes Kind der Pandektenwissenschaft und der nationaldemokratischen, insoweit vor allem vom Liberalismus angeführten Bewegung seit 1848“<sup>73</sup> – aber das hieß<sup>74</sup>: als „typische Schöpfung der bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts“ und endlich deutlicher: als mißlungener „Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertsystemen“ – so beweglich dies klang, es war scharf antiliberal gewertet. Denn „liberal“ bedeutete hier durchaus klassenkämpferisch die „Usurpation“ des Privatrechts durch „eine einzige Klasse der Wirtschaftsgesellschaft“; mit „spätgeboren“ war kein Nesthäkchen gemeint, sondern eine „zu späte“ unzeitgemäße Geburt; und der „Ausgleichsversuch“ hatte eben nur eine „Glocke mit ungleichmäßigem Guß“ ergeben, die „ein neues Zeitalter nicht einläuten“ konnte. Diese dezidierten Wertungen standen schon 1952 ganz fest. „Liberalismus“, sogar klassischer, erschien hier nur im ökonomistischen Zerrbild<sup>75</sup>, ebenso wie die usurpierende Klasse<sup>76</sup>. Welches „Zeitalter“ die Ehre des „neuen“ erhielt und welches die Bürde des „alten“, war ausgemacht. Nicht nur Wieackers Sympathie galt einem betont „sozialen“ Recht, er begrüßte die „stille Umbildung des Privatrechts ... seit dem Ersten Weltkrieg“ als entscheidende „dauernde Richtungstendenz“ und ebenso das „neue legitime soziale Rechtsbewußtsein“. Wie unzeitgemäß mußte das schon um 1900 zu spät gekommene BGB so maßgebenden Kennern wie Wieacker, Larenz, Boehmer, Raiser u. a.<sup>77</sup> also erst in den 50er Jahren erscheinen, als es immer noch galt? Wieackers griffige Formeln repräsentieren eine schon bald nach 1900 dominant gewordene, sehr kritische intellektuelle Haltung und Geschichtserzählung zu Privatrecht und Freiheit. Gespeist wurde sie teils konservativ und teils sozialistisch. Sie reichte

seits nahmen die Einkommensunterschiede vor 1977 zu (228) – auf hohem Niveau; analog *dass.*, 1992, 222–227.

<sup>70</sup> Tabelle bei Henning (Fn. 65), Bd. 2, S. 262.

<sup>71</sup> Vgl. Henning (Fn. 65), Bd. 2, S. 263.

<sup>72</sup> Zum letzteren aufschlußreich H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 2: 19. Jahrhundert, 1989, 176 ff., 181.

<sup>73</sup> So in: Sozialmodell (wie Fn. 4), zuerst 1953.

<sup>74</sup> So in: *Privatrechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1967.

<sup>75</sup> Vgl. schon Fn. 11 zum Manchester-Vorwurf.

<sup>76</sup> Die das BGB tragende Gruppe der Nationalliberalen um Miquel und Lasker zählte zur individuell-liberalen, aber bedingt interventionistischen Gruppe und mit Miquel sogar zur staatsinterventionistischen Gruppe – die Folgerungen für BGB-Geschichte und Würdigung liegen auf der Hand. Die einseitige Verbindung mit radikalem ökonomischem Liberalismus geht völlig fehl, näher HKK (Fn. 1), Rn. 96 und Fn. 316.

<sup>77</sup> Nähere Zusammenstellung in HKK (Fn. 1), Rn. 99.

<sup>64</sup> Dazu nun wichtig K.W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft*, Teil I, 1999.

<sup>65</sup> Darstellungen der Sozial-, Wirtschafts- und Gesellschaftsgeschichte, die für die Zeit seit 1900 ein leichtes Resümee für den hier wichtigen Kontext des Rechts erlauben, fehlen leider. Vgl. immerhin W. Zorn für 1918 ff. in: H. Aubin u. W. Zorn, *Handbuch der deutschen Wirtschafts- und Sozialgeschichte*, Bd. 2, 1976, 876 ff. (verhältnismäßig geringe soziale Auswirkungen von 1918, rechtliche Gleichstellung der Landarbeiterschaft, relativer Aufstieg des Großbürgertums, Egalisierungen nach 1933, erneut nach 1950 durch Wohlstandszuwächse und politische Verfassung); allg. guter Überblick bei W. Zapp, *Die Wohlfahrtsentwicklung in Deutschland seit der Mitte des 19. Jahrhunderts*, in: *Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von W. Conze und R.M. Lepsius, 2. Aufl. 1985, 46–64; etliche Daten handlich bei Fr.-W. Henning, *Das industrialisierte Deutschland*, Bd. 2, 3. Aufl. 1993.

<sup>66</sup> Siehe Henning (Fn. 65), 20 f.; zur Pfändungsgrenze von 1896 ca. 130.–RM mtl. zu ca. 2500 in 1972 s. M. Ludwig, *Der Pfändungsschutz für Lohn-einkommen ...*, 2001, 195 ff.

<sup>67</sup> Siehe F.J. Brüggemeier, *Grenzenloses Wachstum ...*, in: Hannover Uni Magazin Heft 3, 1995, 30–33 (aus der sonst ungedruckten Antrittsvorlesung).

<sup>68</sup> Tabelle bei Arthur E. Imhof, *Von der unsicheren zur sicheren Lebenszeit*, 1988, 20 (1924 52/58, 1950 64/68, 1960 67/73, 1978 69/77).

<sup>69</sup> Neuere Daten dazu sind schwierig; eindrücklich die Verschiebung zu den höheren Jahreseinkommensklassen in Preußen 1896 und 1912 in G. Hohorst, J. Kocka, G.A. Ritter, *Sozialgeschichtliches Arbeitsbuch* Bd. 2: 1870–1914, 2. Aufl. 1978, 106; 1950–1969 gab es eine gewisse Egalisierung, weil breitere Streuung, des privaten Gesamtvermögens, s. D. Claessens, A. Klönne, A. Tschöpe, *Sozialkunde der BRD*, 8. Aufl. 1978, 226 f.; anderer-

vom eher patriarchal-konservativen Gierke über ‚Linke und Rechte‘ in Weimar und der NS-Zeit bis weit über 1945 hinaus. Die fällige prinzipielle Klärung dazu wurde auch nach 1945 nicht geleistet. Schon die Jubiläumsreden nach 1945 und um 1950 gaben neben manchen freundlichen Wendungen kaum andere Wertungen kund – bis heute.

Aber diese Würdigung des BGB trifft historisch nicht und verlängert fragwürdige Wertungen und Präferenzen. Das BGB vertrat vor allem das Prinzip gleicher rechtlicher Freiheit<sup>78</sup>. Damit kam es in Deutschland nicht zu spät, sondern, wie die Geschichte gezeigt hat, zu früh. Es war nicht Greis von Geburt, sondern zu modern für den Kontext von 1890/1900 und noch lange danach. Auch „illusionär“ handelte man nicht. Die Hoffnungen, die das BGB trugen, erscheinen als durchaus berechtigt. Die Wege zu gleicherer Zukunft konnten um 1890–96 und erst recht vor 1880 viel offener aussehen, als sie es besonders seit 1914 wurden. Das Privatrechtsideal des BGB stand auf realem Boden und verdient Respekt. Die klaren Defizite betreffen den Kontext des BGB und seine Umsetzung. Wem sie zuzurechnen sind, ist nicht so leicht zu sagen – aber jedenfalls nicht den sog. Vätern des BGB. Denn unsoziale Effekte von Privatrecht dürfen in autoritär-öffentlichrechtlich geprägten und ökonomisch kartellierten Zuständen wie dem Kaiserreich und einigen Regimen danach nicht dem Privatrecht zugeschrieben werden. Sie gehören zur Verantwortung der Ordnungspolitik, die jedes Privatrecht voraussetzen muß, da ihm diese Fragen nie überlassen wurden. Prägnant zeigt das das gesplante Verhalten der Judikatur und Justizpolitik in Sachen Zivilrecht, Kartelle, kollektivem Arbeitsrecht, Gewerberecht einerseits und Strafrecht andererseits – die Zivilsenate judizierten progressiv, die Strafsenate repressiv<sup>79</sup>, und das erscheint exemplarisch. Die Lage paßte auch zu der alten preußischen Mischung von privater Liberalität und politischem Autoritarismus. Die isolierte BGB-Kritik ohne Rücksicht auf seinen Kontext und dessen Entwicklung entstand schon früh und wurde fort und fort geschrieben. Aber sie bestätigt nur das Kontextproblem. Denn diese Kritik muß selbst als zeitgebundener Ausdruck der zunehmenden Blockaden von „außerhalb“ des Privatrechts verstanden werden, die den Druck auf das Privatrecht als solches erhöhten. Das Privatrecht sollte diesen Kritikern Aufgaben lösen, denen seine Mittel am wenigsten entsprachen und dies unter gegenläufigen Kontexten. Das BGB hing also nicht lebensfremden Illusionen an. Ins Leere geht auch die Annahme, das BGB habe „versagt“. Die ökonomisch-sozialen Funktionsvoraussetzungen für ein liberales Privatrecht lagen 1896 noch nicht voll vor. Sie waren zwar angesteuert, wurden aber von den das BGB tragenden politischen Kräften nicht voll erreicht und von den Gegenkräften mehr und mehr verhindert. Das BGB hat daher nicht versagt, sondern seinen halbwegs vorhanden gewesenen Boden entzogen bekommen.

Deswegen lautet die Antwort auf die Frage im Titel „Ein Gesetzbuch ohne Chance?“ ja – in der Tat, die längste Zeit bis ca. 1960 ohne Chance. Und warum? Weil die gesellschaftlichen, ökonomischen und ideologischen Vorausset-

zungen für ein Privatrecht mit gleicher rechtlicher Freiheit entgegen allen berechtigten Hoffnungen von 1896/1900 die längste Zeit gefehlt hatten. Als sie endlich i.w. erreicht waren, hatte sich das eingangs berichtete Zerrbild von BGB so verfestigt, daß eine überzeugende Anknüpfung nicht mehr gelang. Hinzu kam mit 1968 eine neue Kritikwelle. Noch die großangelegte „Modernisierung“ des Schuldrechts von 2000 geht vergleichsweise konzeptionslos von vielfach falschen Voraussetzungen aus. Zum Leistungsstörungenrecht haben das auch kritische Kenner längst eingeräumt (vor allem U. Huber); zur positiven Forderungsverletzung weiß man es an sich längst<sup>80</sup>; zu §§ 157 und 242 ist die prinzipiell so wesentliche „Verkehrssitte“<sup>81</sup> so gut wie vergessen<sup>82</sup>; ähnlich erging es den wohlbedachten Objektivierungen in §§ 119ff.<sup>83</sup>, 164ff.<sup>84</sup>, 145–156<sup>85</sup> und anderen Rechtsinstituten mehr. Die derzeit bevorzugte alte Formel „Materialisierung“ ist dafür ein zu unkritischer Euphemismus<sup>86</sup>.

## VI. Bilanz

Der Umgang mit dem BGB geriet schnell in die Bahnen der allgemeinen Wegentwicklung und Abwendung von den gesellschaftlichen, politischen und ökonomischen Prämissen eines sozialen Liberalismus. Bald wurde die Abwendung zur Umdeutung und Selbstbestätigung und ein Zerrbild zur Selbstverständlichkeit. Es ist Zeit, sich davon zu lösen, gerechter zu urteilen und unser zivilistisches Erbgut wahrhaft zu erwerben, um es zu besitzen. Der vierte Weg zu „Frei und sozial“ ist durchdacht, teilweise erprobt und geöffnet zum dogmatischen Ausbau. Auch die Grenzen unserer gemeinsamen gleichen Freiheit müssen aus dem Kriterium Freiheit bestimmt werden. Das ermöglicht und gebietet emanzipierende Hilfe, verbietet bloße Bevormundung und Schutz als solchen, und wahrt die Einheit der Rechtsordnung mit einem freien und sozialen Privatrecht in einem freien und sozialen Verfassungsrecht<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Generell seit *Wollschläger* 1970 und *Emmerich* (MüKoBGB vor § 275); so dezidiert wie klar jetzt auch *U. Huber* in: *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, hrsg. von *W. Ernst* und *R. Zimmermann*, 2001, 31–184; für die Lage am kritischen § 463 jetzt klärend *Sibylle Hofer* *AcP* 201 (2001), 275–292.

<sup>81</sup> Vgl. zur Genese des Elements „Verkehrssitte“ *HKK/Stefan Vogenaer*, §§ 133, 157, Rn. 59ff., auch 103 zur gewissen Beliebigkeit heute, 122 zum Wandel allg.

<sup>82</sup> Dazu eindringlich *Peter Oestmann*, *Verkehrssitte*, *Privatautonomie und spontane Ordnung*, *KritV* 85 (2002), 409–437.

<sup>83</sup> Dazu eindrucksvoll *HKK/Martin Schermaier*, §§ 116–124, zusammenfassend Rn. 25ff.

<sup>84</sup> Dazu *HKK/Mathias Schmoeckel*, §§ 164–181, etwa Rn. 20ff., 33.

<sup>85</sup> Dazu *HKK/Peter Oestmann*, §§ 145–156, unter bes. Betonung der prinzipiellen Seite.

<sup>86</sup> Umfassend zuletzt *Claus-Wilhelm Canaris*, *Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“*, *AcP* 200 (2000), 273–364. Doch bleibt das Sprachspiel formal-material i.S. von Form-Materie oder Recht-Faktum erhalten, während es um die rechtliche Organisation der Freiheit ginge, weder formal, noch material, sondern effektiv. Und es fehlt der tragende Gedanke der Begrenzung nur nach dem Kriterium Freiheit selbst.

<sup>87</sup> Im Sinne der neuerdings klaren Dogmatik zu Art. 20, bes. bei *R. Gröschner*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Sozialstaat).

<sup>78</sup> Wie dies auch näher gefaßt sein mochte, dazu oben Teil II 2.

<sup>79</sup> Dazu grundlegend *R. Schröder*, *Entwicklung des Kartellrechts*, 1988; eindruckliche Kartelltable bei *Henning* (Fn. 65), Bd. 2, S. 218.