

Nils Jansen*

Gesetz, Politik und Wissenschaft

Eine Bilanz nach 125 Jahren

German private law has been framed as a domain of politically neutral legal reasoning, yet a closer historical analysis sheds doubts on this assumption. This study explores how legal doctrine – from the early days of the Historical School, through the *Wertungsjurisprudenz* until controversies in the 1980ies and 90ies – sought to maintain the illusion of an autonomous system of private law. By examining the evolution of private autonomy as a foundational principle and the tensions between the binding codification, judicial creativity and the authority of academic doctrine, the work sheds light on the methodological challenges of contemporary private law theory.

I.	Einführung	115
1.	Abtretungsverbote	117
2.	Das BGB	119
3.	Die Reaktion der Rechtsprechung	120
4.	Fragestellung	123
II.	Wahrheiten?	124
III.	Werten	127
1.	Rechtsethik	128
2.	Grundrechte?	131
IV.	Zweifel	133
V.	Kommentieren	137
VI.	Privatautonomie	140
VII.	Kämpfen	147
1.	Bürgschaften (1)	150
2.	Bürgschaften (2)	154
VIII.	Ende	156
IX.	Epilog	160

* Prof. Dr., Professor an der Universität Münster. Hans-Peter Haferkamp und David Kästle-Lamarter gilt herzlicher Dank für hilfreiche Hinweise.

I. Einführung

Das wahrscheinlich erfolgreichste wissenschaftliche Buch auf dem juristischen Büchermarkt Deutschlands war ‚Der Kampf um’s Recht‘, *Rudolf von Jherings* Wiener Antrittsvorlesung von 1872.¹ Der Titel war angelehnt an *Darwins* ‚Struggle for life‘ (1859),² dessen Kampfmetapher in den öffentlichen Debatten um Gesellschaft, Wirtschaft und Außenpolitik allgegenwärtig war. *Jhering* ging es um den politischen Charakter des Rechts. Er schaute darauf von außen, also nicht aus der Binnenperspektive reiner Dogmatik, und aus dieser Perspektive erschien das Recht als ein Produkt von Kämpfen widerstreitender politischer Interessen in der Gesellschaft.³ Das Recht – auch das Privatrecht – hatte sich also nicht, wie *Savigny* behauptet hatte, durch „innere, stillwirkende Kräfte“ entwickelt,⁴ sondern war „erstritten worden“.⁵ Nach *Jhering* war das auch richtig und gut so: „Der Kampf, den das Recht erfordert, ist nicht ein Fluch, sondern ein Segen.“⁶ Das waren schwere Worte für einen Mann, der soeben den häuslichen Krieg seiner Ehefrau mit ihrem Dienstmädchen auf der öffentlichen Bühne des Stadtgerichts einer Kleinstadt (Gießen) ausgetragen, dort in hochpeinlicher Weise den Kürzeren gezogen und daraufhin tief gekränkt Stadt und Land verlassen hatte.⁷ Aber *Jhering* gab nicht auf: Er hob den Streit aus der Provinz auf die große Bühne der Wissenschaft und machte den Kampf zur sittlichen Pflicht: Jedermann, der Jurist und Wissenschaftler ebenso wie der Bürger, sei berufen, seine subjektiven Rechte rigoros zu verteidigen⁸ und aktiv an

-
- 1 *R. von Jhering* (sic!), *Der Kampf um’s Recht*, Wien, 1872; s. *N. Jansen, M. Reimann*, Begriff und Zweck in der Jurisprudenz. Ein Geburtstagsblatt für Rudolf von Jhering, ZEuP 26 (2018), 91–129, 107 ff., 118. Das Buch wurde mehr als fünfzig Mal übersetzt; s. *E. Wolf*, *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., 1963, 646: „die am weitesten über die Erde verbreitete Fachschrift eines deutschen Rechtsgelehrten“.
 - 2 *C. Darwin*, *On the Origin of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life*, London, 1859.
 - 3 *von Jhering*, *Kampf* (Fn. 1), 14.
 - 4 *F. C. von Savigny*, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, 14.
 - 5 *von Jhering*, *Kampf* (Fn. 1), 20.
 - 6 *von Jhering*, *Kampf* (Fn. 1), 20.
 - 7 *I. Hanewinkel, N. Lindner*, „Ein Mann von kräftigem Rechtsgeföhle“. Rudolf von Jherings Prozess gegen seine Hausangestellte und der *Kampf um’s Recht*, ZNR 42 (2020), 61–76, 63 ff.
 - 8 Dieser Aufruf macht den weitaus größten Teil der Schrift aus (S. 20–100).

der Gestaltung des Rechts mitzuwirken.⁹ Denn gerade auch in solchen Kämpfen um das Recht entscheide sich das Schicksal von Gesellschaften.

Das Recht war jetzt also ein Produkt von Kämpfen und damit von Politik. Neu war diese Sicht nicht. Mit der Aufklärungsidee eines unpolitischen, technischen Privatrechts waren immer politische Ziele verbunden gewesen;¹⁰ Hegels Privatrechtsphilosophie war schon in ihrer begrifflichen Grundlage vom Eigentum als „äußerer Sphäre der Freiheit“ politisch gedacht;¹¹ und auch *Savigny*, gegen den *Jhering* hier Stellung bezog, hatte den politischen Charakter des Rechts sehr klar gesehen. Allerdings hatte *Savigny* eine gegenläufige Strategie verfolgt und die gesetzlich zu regelnden ‚politischen‘ Elemente der Rechtsordnung von denjenigen unterschieden, die den Gegenstand einer technischen Rechtswissenschaft bilden sollten.¹² Daher etwa die strikte Trennung von Sachen- und Obligationenrecht, denn die sachenrechtliche Güterzuordnung und die Ausgestaltung von Sachenrechten bildeten nach *Savigny* einen Gegenstand staatlicher Zuweisung.¹³ Fragen wie die umstrittenen Fideikomnisse des Adels waren also kein Gegenstand juristischer Erkenntnis, sondern politischer Entscheidungen. Eine Herrschaft über die Natur jenseits staatlicher Berechtigungen war ausgeschlossen;¹⁴ ein Ur-Persönlichkeitsrecht, das die Trennung von Sachen- und Obligationenrecht überbrückt hätte, konnte es nicht geben;¹⁵ und der Besitz gehörte als Instrument interpersonalen Freiheitsschutzes ins Obligationenrecht.¹⁶ Auch dort fanden sich freilich positiv-politische Elemente.

9 von *Jhering*, Kampf (Fn. 1), 17.

10 Zu den im einzelnen vielschichtigen Hintergründen *D. Grimm*, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: W. Wilhelm (Hg.), Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 1992, 224–242, 224 ff., 237 ff.; *N. Jansen, R. Michaels*, Private Law and the State. Comparative Perceptions and Historical Observations, *RabelsZ* 71 (2007), 345–397, 379 ff., 388 ff.

11 *G. W. F. Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts (ed. E. Moldenhauer, K. M. Michel), 101 (§ 41); folgerichtig verwarf Hegel auch *Savignys* prinzipielle Unterscheidung von Sachen- und Obligationenrecht als „begrifflos“: a. a. O., 99 (§ 40, Zusatz).

12 *F. C. von Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin, 1840, 41 ff., 46 ff.

13 von *Savigny*, System 1 (Fn. 12), 338 ff., 367 ff. Zu einer solchen Deutung siehe *F. Meinel*, *Savignys* ursprüngliche Einsicht. Göttinger Antrittsvorlesung vom 13.6.2024; online abrufbar.

14 von *Savigny*, System 1 (Fn. 12), 369. Ursprünglich legte *Savigny* dabei dem Staat „die Gesamtherrschaft über die unfreye Natur innerhalb seiner Gränzen bey“. Ein dem Staat vorgängiges Privateigentum gab es nicht, wobei er diese Lehre bemerkenswerterweise rechtsphilosophisch begründete, also nicht quellengestützt als ‚positives‘ Recht in seinem Sinne beschrieb.

15 von *Savigny*, System 1 (Fn. 12), 335 ff.

16 *F. C. von Savigny*, Das Recht des Besitzes (ed. A. F. Rudorff, 7. Aufl., Wien, 1865), 48 ff. (§ 6).

Von der modernen Gefährdungshaftung, die Savigny als Justizminister aus der Taufe gehoben hatte,¹⁷ sprach der Wissenschaftler weder in seinem ‚System des heutigen römischen Rechts‘ noch in seinem ‚Obligationenrecht‘.¹⁸ Autoritativ urteilen und eine Führungsrolle beanspruchen konnte die Wissenschaft nur dort, wo sie das Recht als ein Produkt „stillwirkender Kräfte“ zu deuten und mit den Mitteln dogmatischer Technik zu kontrollieren vermochte. Die Strategie der Historischen Schule bestand deshalb darin, die Politik (nicht aber offene Wertungen, das Rechtsgefühl und den lieben Gott) aus der Wissenschaft herauszuhalten.¹⁹ Ihre Dogmatik atmete den von der politischen Sphäre des Staats abgeschirmten Geist biedermeierlicher Bürgerlichkeit.

1. Abtretungsverbote

Und doch war auch diese Dogmatik politisch – in ihrer politischen Distanz zum Gesetzgeber nicht weniger als in ihren scheinbar unpolitischen Konstruktionen und Regeln. Exemplarisch zeigte sich das in der dinglichen Wirkung vertraglicher Abtretungsverbote (vgl. § 399 2. Alt. BGB). Diese Regel ruhte auf Savignys ursprünglicher Trennung von Sachen- und Obligationenrecht und auf der darauf bezogenen Grundunterscheidung von Sachen und Forderungen.²⁰ Anders als der späte *Usus modernus* und die naturrechtliche Lehre²¹ konnte die Historische Schule die Zession daher nicht als dingliche Übertragung eines Rechts konzipieren. Vielmehr waren Forderungen als persönliches Band zwischen Schuldner und Gläubiger von vornherein unübertragbar. Aus rechtlicher Perspektive war die ‚Abtretung‘ eines Anspruchs deshalb nur als Überlassung der Ausübung eines Rechts denkbar – eine komplizierte Konstruktion, die zu einer Reihe dogmatischer Probleme führte. Dass der Schuldner seinem Gläubiger eine solche Überlassung des Rechts nicht zu gestatten brauchte, schien jedenfalls selbstverständlich.²²

17 T. Baums, Die Einführung der Gefährdungshaftung durch F. C. von Savigny, ZRG (germ.) 104 (1987), 277–282; w.N. bei Jansen, Die Struktur des Haftungsrechts. Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, 2003, 369.

18 F. C. von Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Berlin, 1851/1853; vgl. insb. Bd. 2, 3, 330 f. zu den Quasidelikten des römischen Rechts.

19 Näher zum Ganzen H.-P. Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, 2018, 164 ff., 173 ff., 218 ff. m. N.

20 von Savigny, Beruf (Fn. 4), 99 f.

21 Commentaries on European Contract Laws/Jansen (2018), Art. 11:301, Rn. 3.

22 C. F. Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl., Greifswald, 1836, 20 ff.; s. L. Kämper, Forderungsbegriff und Zession. Geschichte und Dogmatik der Abtretung in Frankreich und Deutschland, 2019, 61 ff.

Nun begann sich die Pandektenwissenschaft nach 1848 von römischen Kategorien zu lösen und pragmatischer und nationaler zu denken. Aber auch jetzt sollte die Dogmatik unpolitisch bleiben – nach der gescheiterten Revolution erst recht!²³ Die Prinzipientrennung von Sachen- und Schuldrecht blieb deshalb eine selbstverständliche Grundlage der Zession. *Windscheid* sprach sich zwar durchaus für eine Revision der römischen Abtretungsdogmatik „mit dem Maße unseres nationalen Bewußtseins“ aus.²⁴ Denn Forderungen, das war in der Wirtschaft selbstverständlich, waren Wirtschaftsgüter wie andere Sachen auch. Ihre Übertragbarkeit war eigentlich eine Selbstverständlichkeit. Man hätte daraus schließen können, dass vertragliche Abtretungsverbote dinglich so wenig bewirken konnten wie andere Veräußerungsverbote auch.²⁵ *Lothar Seuffert* erläuterte sehr klar, dass sich wirtschaftspolitische Überlegungen hier aus der Privatrechtsdogmatik nicht heraushalten ließen: Abtretungsverbote dürften „gewissermaßen aus Rücksichten des öffentlichen Rechtes“ nur schuldrechtlich wirken, denn andernfalls würde es „dem Willen des Einzelnen gestattet, einem Vermögenswerthe [...] durch einfachen Vertrag die Verkehrsfähigkeit zu nehmen und dadurch dem Verkehre [...] hemmend in den Weg zu treten.“²⁶

So überzeugend dies Argument in der Rückschau anmutet, so offen sichtbar war sein wirtschaftspolitischer Kern. Für die Erben der Historischen Schule war das inakzeptabel. Entscheidend blieb für sie das dogmatische Argument des persönlichen Charakters von Forderungen. Maßgeblich argumentierten jetzt *Sintenis* und vor allem *Windscheid*, dass die Forderung bei einem vertraglichen Abtretungsverbot von vornherein als unabtretbare entstehe.²⁷ Privatrechtsdogmatisch schien das stringent. Aber das Ergebnis war paradox. Denn diese Konstruktion erlaubte eine private Disposition über die Verkehrsfähigkeit von Vermögensgütern; sie machte also genau das möglich, woran sich bei den adeligen Familienfideikommissen die heftige politische Kritik der französischen Revolution und auch der Paulskirchenversammlung entzündet hatte. Warum

23 *Haferkamp*, Historische Rechtsschule (Fn. 19), 313 ff.; *ders.*, The Science of Private Law and the State, in: N. Jansen, R. Michaels (Hg.), *Beyond the State. Rethinking Private Law*, 2008, 245–267, 253 ff.

24 *B. Windscheid*, Die Singularsuccession in Obligationen, Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Wissenschaft 1 (1853), 27–46, 27; w.N. bei *Kämper*, Forderungsbegriff (Fn. 22), 68 ff.

25 So in der Tat Stimmen wie *A. Schmid*, Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt, Braunschweig, 1863/1866, Bd. 2, 394; *L. Seuffert*, Ueber die Wirkung eines vertragsmäßigen Cessionsverbotes, AcP 51 (1868), 102–110, 105 ff.

26 *Seuffert*, Wirkung eines Cessionsverbotes (Fn. 25), 106, 108.

27 *B. Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 7. Aufl., Frankfurt, 1891, 248 f., Fn. 5 (§ 355); s. HKK/C. *Hattenhauer* (2007), §§ 398–413, Rn. 39; *Kämper*, Forderungsbegriff (Fn. 22), 184 ff.

aber bei Forderungen richtig sein sollte, was beim Grundeigentum inakzeptabel schien, war nicht ohne weiteres zu sehen. Weder *Sintenis* noch *Windscheid* äußerten sich zu den beteiligten Interessen. Die Hoffnung, man könne Privatrechtsdogmatik als ein technisches Geschäft betreiben, trog. Gerade weil man sich politischen Argumenten verschlossen hatte, hatte die dogmatische Konstruktion der Abtretung einen politischen Charakter und mit der dinglichen Wirkung von Abtretungsverboten hochproblematische Konsequenzen.

2. Das BGB

Auch wenn *Jhering* mit der darwinistischen Sprache seiner Kampfschrift unmittelbar nach dem deutschen Einigungskrieg gegen Frankreich gewiss einen Nerv getroffen hatte: am Ende des Jahrhunderts schien sich noch einmal das Konzept der Historischen Schule durchzusetzen. Eingang in die Kodifikation fanden jedenfalls nur die klassischen Materien der Privatrechtslehre. Was politisch nicht hinreichend stabil und wissenschaftlich nicht genügend geklärt schien, blieb deshalb außerhalb des BGB: das Abzahlungsgesetz von 1894 ebenso wie die gewerblichen Lohnarbeitsverhältnisse und die Gefährdungshaftungen, die man bereits 1869 (Gewerbeordnung) bzw. 1871 (Reichshaftpflichtgesetz) reichseinheitlich geregelt hatte.²⁸ Auch das Gesinderecht mochte der BGB-Gesetzgeber nicht anfassen.²⁹ *Gottlieb Planck*, gewiss ein politischer Kopf, der wusste, wovon er sprach,³⁰ statuierte autoritativ, dass „sociale Neuerungen [...] der Spezialgesetzgebung [...] zu überlassen“ seien.³¹ Spätere dogmatische Leitunterscheidungen, wie die „Zweispurigkeit“ des Haftungsrechts, beruhten damit letztlich auf wissenschaftlicher Ideologie, etwa auf dem „Axiom“, dass „nicht der Schaden [...] zum Schadensersatz [verpflichtet], sondern die Schuld“. Ein solcher Satz galt als ‚unpolitische‘, objektive Wahrheit, weil man ihn für evident hielt – in den Worten *Jherings* war er „ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft“.³²

Die Trennlinie verlief also nicht mehr zwischen dem Sachen- und dem Obligationenrecht, sondern zwischen der Kodifikation und nichtkodifiziertem Recht.

28 HKK/R. Zimmermann (2003), vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch [...], Rn. 19; zur Gefährdungshaftung näher *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 17), 369 ff.

29 H.-P. Haferkamp, Das BGB, 2. Aufl., 2023, 111.

30 W. Schubert, Gottlieb Planck, in: Neue Deutsche Biographie 20, 2001, 496 f.

31 G. Planck, Zur Kritik des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, AcP 75 (1889), 327–429, 331 f., 405 ff., 407.

32 R. Jhering, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, Gießen, 1867, 40. Näher HKK/G. Schiemann (2013), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 64–67, 72; *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 17), 363 ff. m. w. N.

‚Politisch‘, so die leitende Intuition, war, was aktuell im ‚Kampf‘ stand, also alles neue Recht sowie alle Vorschriften, die „das Interesse der einen oder der anderen Klasse vorzugsweise berücksichtigten“.³³ Als ‚unpolitisch‘ galten demgegenüber die Regeln eines Kernprivatrechts, die in der Wissenschaft allgemein akzeptiert waren oder sogar als evident bzw. axiomatisch galten.³⁴ Daher die tiefe Überzeugung vom politikfernen Charakter des BGB, die die Väter der Kodifikation mit den vielen Kritikern verband, die den fehlenden „Tropfen sozialistischen Öls“ beklagten.³⁵ Plausibel war diese Intuition nie. Die Vereinheitlichung des bürgerlichen Rechts hatte politisch schwierige Entscheidungen erfordert, nicht zuletzt auch im Erb- und im Sachenrecht. Viele Vorschriften des BGB waren in den Kommissionen und vor allem im Reichstag in hoch kontroverser Weise diskutiert worden,³⁶ und diese Debatten kamen 1900 zu keinem Ende: Schon mit der ersten Gesetzesrevision, der Privilegierung kommerzieller Tierhalter (§ 833 S. 2 BGB), übernahm der Reichstag – nach nachdrücklicher Intervention der Landwirtschafts- und Fuhrunternehmerlobby – einen Vorschlag der Zweiten Kommission, den die Abgeordneten wenige Jahre zuvor noch verworfen hatten.³⁷ Eine Gefährdungshaftung zu haben, war also offensichtlich nicht ‚politischer‘, als sie zu verwerfen. Aber solche Diskussionen änderten nichts am unpolitischen Ruf des neuen Gesetzes. Nach 1900 war mit dem BGB deshalb kaum jemand glücklich.³⁸

3. Die Reaktion der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Kaiserreichs und während der Weimarer Zeit konnte und mochte sich jedenfalls weder an ein in diesem Sinne unpolitisches BGB binden lassen noch auf den Gesetzgeber warten. Vieles, was am Reichsgericht

³³ Planck, Kritik (Fn. 31), 406.

³⁴ T. Reppen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 2001, 519 ff.; allgemein Jansen, Michaels, Private Law and the State (Fn. 10), 348 ff., 388 f.

³⁵ O. von Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin, 1889, 11; s. auch Planck, Kritik (Fn. 31), 405 ff.; w.N. bei HKK/Zimmermann (2003), vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch [...], Rn. 25; ausführlich J. Thiessen, Das unsoziale BGB – vertraute Bilder und neue Zweifel, in: G. M. Peer, W. Faber (Hg.), Die soziale Dimension des Zivilrechts. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003, 2004, 29–50, 33 ff.

³⁶ Zusammenfassend HKK/Zimmermann (2003), vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch [...], Rn. 10 f. m. w. N.; Haferkamp, BGB (Fn. 29), 108 ff.

³⁷ HKK/B. Kannowski (2013), §§ 831–839a, 841, Rn. 31, 40 m. w. N.

³⁸ H.-P. Haferkamp, Zur Methodengeschichte unter dem BGB in fünf Systemen, AcP 214 (2014), 60–92, 61; R. Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierung?, in: W. Ernst, R. Zimmermann (Hg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, 2001, 1–24, 3 ff., 8 ff., 11.

verhandelt wurde, war sozial- und wirtschaftspolitisch umstritten,³⁹ und die Kodifikation blieb in manchem hinter der Rechtsprechung zum Gemeinen Recht zurück. Wo die Rechtsgeschichte Kontinuitätslinien über die Kodifikationszäsur hinweg beobachtet,⁴⁰ entschied das Gericht häufig offen gegen den Kodifikationsgesetzgeber. Dabei verstand das Gericht sich allerdings nicht als politischer Akteur. Es formulierte seine Urteile im deskriptiven Ton unpolitischer Dogmatik, und man darf davon ausgehen, dass die Richter von der Objektivität ihrer Urteile überzeugt waren.⁴¹

Weitgehend unkontrovers war dementsprechend zunächst die Saldotheorie,⁴² mit der der V. Senat des Reichsgerichts der scharfen Kritik seines Vorsitzenden Bolze an den beiden Kodifikationsentwürfen⁴³ folgte, obwohl der Gesetzgeber wortlos darüber hinweggegangen war. Weniger selbstverständlich war die Fortführung der Verkehrspflichtenrechtsprechung. Zwar hatte das Reichsgericht seit den 1890er Jahren klargestellt, dass, wer einen Verkehr eröffne, für dessen Sicherheit einzustehen habe;⁴⁴ insbesondere war in Treppenhäusern, die dem Publikumsverkehr offenstanden, für eine ordentliche Beleuchtung zu sorgen,⁴⁵ und öffentlich-rechtliche Körperschaften hatten den verkehrssicheren Zustand von Straßen und Wegen zu gewährleisten.⁴⁶ Im BGB war diese Unterlassenshaftung allerdings ungeregelt geblieben. Auch wenn niemals ganz klar war, was der Gesetzgeber hier genau beabsichtigt hatte,⁴⁷ ließ sich der Vorwurf nicht von der Hand weisen, die Fortführung dieser Judikatur⁴⁸ erfolge *contra legem*.⁴⁹

39 H.-P. Haferkamp, Die Geschichte des BGB im Spiegel seiner Jubiläumsschriften, AcP 225 (2025), 76 unter II (in diesem Heft).

40 R. Zimmermann, Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today, 2001, 55 ff., 98 ff.; HKK/Zimmermann (2003), vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch [...], Rn. 17; s. auch U. Falk, H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtspraxis auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts, 2000; vergleichend K. Zweigert, H. Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, 88 ff., 93 ff.

41 RGZ 78, 239, 240 f. (1911).

42 RGZ 54, 137, 141 (1903).

43 A. Bolze, Der Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP 76 (1890), 233–264, 252 ff. (zum 1. Entwurf); ders., Zum Anspruch auf Rückgabe aus einem nichtigen Geschäft, AcP 82 (1894), 1–11, 6 ff. (zum 2. Entwurf).

44 Näher Jansen, Haftungsrecht (Fn. 17), 395 ff. m. w. N.

45 RGZ 33, 225, 228 f. m. w. N. (1894).

46 RG, Seuff. Arch. 49, Nr. 1 (1893); RG, Seuff. Arch. 49, Nr. 76 (1893); RGZ 38, 220 (1897); OLG Celle, Seuff. Arch. 52, Nr. 20 (1897).

47 Näher Jansen, Haftungsrecht (Fn. 17), 395 f., 401 ff.

48 RGZ 52, 373 (1902); 54, 53 (1903).

49 W. Hofacker, Die Verkehrssicherungspflicht, 1929; ders., Über Verkehrssicherungspflicht, BayVbl. 79 (1931), 365–368, 366. Später insbesondere J. Esser, Die Zweispu-

Eine massive Ausweitung der Verkehrspflichten hatte der Gesetzgeber jedenfalls nicht beabsichtigt.⁵⁰ Noch problematischer war die zivilrechtliche Aufopferungshaftung (analog § 26 GewO a. F.),⁵¹ mit der sich das Gericht über das Verschuldensaxiom des Deliktsrechts einerseits und den *numerus clausus* der Gefährdungshaftungen sowie die restriktiven Regeln der §§ 906, 1004 BGB andererseits hinwegsetzte. Und der Linoleumrollenfall (1911)⁵² sowie die Einbeziehung von Dritten in die Schutzwirkung eines Transportvertrags wenig später (1915)⁵³ bedeuteten zwei echte Paukenschläge.⁵⁴ Denn mit diesen Entscheidungen neutralisierte das Gericht ganz bewusst die restriktiven Regeln des § 831 BGB, die *Planck* doch noch einmal ausdrücklich gegen den Vorwurf rechts- und sozialpolitischer Rückständigkeit verteidigt hatte.⁵⁵ Bereits in der Kaiserzeit war offensichtlich, dass sich das Gericht an eine Lösung des Gesetzes nicht halten mochte, wo diese seinem „allgemeinen Rechtsempfinden“ widersprach.⁵⁶

Ebenso deutlich zeigte sich die Bereitschaft des Gerichts, das Recht gegen das Gesetz fortzubilden, wenig später im Umgang mit den Verwerfungen der Währungskrise. Das BGB von 1900 hatte unmissverständlich gegen die gemeinrechtliche *clausula rebus sic stantibus* und die von *Windscheid* entwickelte Voraussetzungslehre⁵⁷ optiert;⁵⁸ und das Reichsgericht hatte an dieser Entscheidung auch während des 1. Weltkriegs festgehalten. Im Krieg dachte man nicht sozial, sondern national und hielt deshalb den kriegswichtigen Handels- und Geschäftsverkehr funktionsfähig.⁵⁹ Nur ganz ausnahmsweise sollte der

rigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129–134, 132: die Verkehrspflichten seien „auf wildem Holz gewachsen“; ähnlich *M. Fraenkel*, Tatbestand und Zurechnung bei § 823 Abs. 1 BGB, 1979, 20 ff.

50 *D. Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, 1997, 105 ff.; *A. Zeuner*, Historische Linien in der Entwicklung des Rechts am Gewerbebetrieb, des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Verkehrssicherungspflichten, in: 25 Jahre Karlsruher Forum, 1983, 196–199, 199.

51 RGZ 58, 130, 134 ff. (1904); 101, 102 (1920); s. *Jansen*, Haftungsrecht (Fn. 17), 367 f.; HKK/*Schiemann* (2013), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 87.

52 RGZ 78, 239 (1911).

53 RGZ 87, 64 (1915).

54 HKK/*Schiemann* (2013), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 88. Differenzierend *S. Krings*, Die Vorgeschichte des Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter im Mietrecht, 2012, die auf einen vergleichbaren Schutz der Angehörigen von Mietern bereits in früheren Entscheidungen hinweist.

55 *Planck*, Kritik (Fn. 31), 392 ff.

56 RGZ 78, 239, 240 f. (1911).

57 Überblick bei HKK/*R. Meyer-Pritzl* (2007), §§ 313–314, Rn. 4 ff., 7 f. m. N.

58 HKK/*M. Schermaier* (2007), vor § 275, Rn. 68; Einzelheiten bei HKK/*Meyer-Pritzl* (2007), §§ 313–314, Rn. 10, 13.

59 Näher HKK/*Schermaier* (2007), vor § 275, Rn. 82 m. w. N.

Schuldner wegen wirtschaftlicher Unmöglichkeit von seiner Leistungspflicht frei werden.⁶⁰ Aber in den Nachkriegskrisen gaben andere Überlegungen den Ausschlag.⁶¹ Um auch in der Inflation „den unabweisbaren Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden“, erweckte das Gericht 1920 die gemeinrechtliche *clausula rebus sic stantibus* zu neuem Leben,⁶² nachdem es wenige Wochen zuvor durch denselben Senat diese Lehre noch verworfen hatte.⁶³ Der Senat argumentierte jetzt mit „Treu und Glauben“ sowie mit „Gerechtigkeit und Billigkeit“, er verwies auf die §§ 157, 242, 325 (a. F.) BGB und übernahm wenig später *Oertmanns* Formel vom Wegfall der Geschäftsgrundlage.⁶⁴ Und ganz ähnlich bildete schließlich auch die AGB-Kontrolle, für die sich im BGB keine Grundlage fand (1976 wurde die Materie bekanntlich in ein Sondergesetz ausgelagert), eine Schöpfung des Reichsgerichts auf Grundlage des § 138 BGB.⁶⁵ Auch diese Rechtsprechung, mit der das Gericht übrigens eine Pionierrolle in Europa einnahm, ging bereits in die gute alte Kaiserzeit zurück; sie gewann nach 1920 allerdings massiv an Bedeutung.⁶⁶

4. Fragestellung

Die deutsche Zivilrechtswissenschaft sah sich nach 1900 also mit einer Kodifikation konfrontiert, die man gerade deshalb für verfehlt hielt, weil sie angeblich unpolitisch war und damit die sozialpolitischen Aufgaben eines modernen bürgerlichen Rechts verfehlt. Dabei war die enorme politische Brisanz aktueller privatrechtlicher Fragen in der Rechtsprechung deutlich zu sehen. Der folgende Beitrag soll deshalb der Frage nachgehen, wie die Lehre mit der Spannung zwischen dem politischen Charakter des bürgerlichen Rechts und dem unpolitischen Konzept der Kodifikation umgegangen ist. 125 Jahre nach Inkrafttreten des BGB ist diese Frage aktueller denn je. Denn im Laufe der letzten drei Jahrzehnte ist es hier zu grundsätzlichen Veränderungen gekommen. Die Zivilrechtswissenschaft beginnt, ihren Frieden mit dem unweigerlich politischen Charakter ihres Gegenstands zu machen und thematisiert in trans-

⁶⁰ RGZ 57, 116, 119 (1904).

⁶¹ HKK/*Meyer-Pritzl* (2007), §§ 313–314, Rn. 18 ff.

⁶² RGZ 100, 129, 130 ff. (1920).

⁶³ RGZ 99, 258, 259 (1920).

⁶⁴ P. *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921, 37; RGZ 103, 328, 332 (1922): „beim Geschäftsschluß zutage tretende [...] in ihrer Bedeutsamkeit erkannte und nicht beanstandete Vorstellung“ von der Grundlage des Geschäftswillens; näher HKK/*Meyer-Pritzl* (2007), §§ 313–314, Rn. 16, 22 ff.

⁶⁵ RGZ 62, 264, 266 (1906).

⁶⁶ Zusammenfassend HKK/*S. Hofer* (2007), §§ 305–310 (I), Rn. 8 ff. m. w. N.

parenter Weise den politischen Charakter ihrer Argumente und Vorannahmen. Sie sieht sich damit gezwungen, ihr methodisches Selbstverständnis neu zu bestimmen. Die Zukunft ist einstweilen offen.

II. Wahrheiten?

Hans-Peter Haferkamp hat im Einzelnen nachgezeichnet, wie die Lehre nach 1900 immer wieder objektive ethische „Wahrheiten“ „gegenüber dem BGB [...] in Stellung“ brachte.⁶⁷ Wie die Richter des Reichsgerichts waren die meisten Rechtslehrer überzeugt, über einen privilegierten Zugriff auf allgemeine Wert- und Gerechtigkeitsüberzeugungen zu verfügen;⁶⁸ bemerkenswert unbefangen sprach man vom „wirklichen Leben“, von der „Kulturentwicklung des Volks“, „sozialen Idealen“ oder auch von „Richtigkeit“ als Auslegungskriterium.⁶⁹ Was als „objektive“ Auslegungstheorien diskutiert wurde, war häufig eine Entscheidung gegen das Gesetz. Wie sich eine objektive Grundlage für derartige Wahrheiten finden lassen könnte, wusste man allerdings nicht. Dabei war die Möglichkeit objektiver normativer Erkenntnis entscheidend für das Selbstverständnis einer solchen Rechtswissenschaft. Eine Orientierung boten lange Zeit die tradierten Vorstellungen vom Recht als einem wissenschaftlichen System.⁷⁰ Auf subjektiven, politischen Überzeugungen durfte die Rechtsfortbildung jedenfalls nicht beruhen, denn das hätte ihre Legitimität unterminiert. Warum das so war, warum politische Entscheidungen im Recht also als illegitim galten, wurde dabei interessanterweise kaum einmal gefragt. Offenbar fürchtete man – wohl nicht zu Unrecht – Weltfremdheit und Klassenjustiz.⁷¹

⁶⁷ *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 62, 64 ff., dort auch Belege zu den folgenden Zitaten.

⁶⁸ *Haferkamp*, Geschichte des BGB (Fn. 39), unter II. und III.

⁶⁹ Zu Schmidt-Rimpler ausführlich *C. Krischke*, Die Richtigkeit des Rechts und ihre Maßstäbe, 2009, 170 ff. Nach 1933 wurde auch dieser Gedanke zu einem Instrument nationalsozialistischer Rechtserneuerung: *W. Schmidt-Rimpler*, Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130–197.

⁷⁰ *Haferkamp*, Historische Rechtsschule (Fn. 19), 206 ff.; *Jansen*, Methoden, Institutionen, Texte, ZRG (germ.) 128 (2011), 1–71, 55; *ders.*, Vom Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs. Fünfzehn Beobachtungen zur Entwicklung juristischer Literaturformen in Deutschland im 20. Jahrhundert, in: *ders.*, D. Käßle-Lamparter, R. Zimmermann (Hg.), Juristische Kommentare. Ein internationaler Vergleich, 2020, 25–44, 27 ff., 35 f.

⁷¹ Vgl. *R. Schröder*, Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreiches unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen, FS Rudolf Gmür, 1983, 201–

Allgemein konsentiert war diese Haltung nicht. Den Gegenakzent setzte *Hermann Kantorowicz* mit seinem ‚Kampf um die Rechtswissenschaft‘ (1906).⁷² Der Titel dieser Polemik war angelehnt an *Jherings* ‚Kampf um's Recht‘: Hatte *Jhering* den politischen Charakter des Rechts markieren wollen, so ging es *Kantorowicz* um den politischen Charakter der Jurisprudenz und um die persönliche Interpretationsverantwortung von Richtern.⁷³ Deshalb räumte er auf mit etablierten rationalistisch-naiven Rechtsvorstellungen: Die Vorstellung vom Recht als einem rationalen System war für ihn „die Utopie einer dilettantischen Logik“,⁷⁴ die dogmatischen Systementwürfe seiner Zeitgenossen willkürliche Produkte ihrer Verfasser. Denn die wenigen festbestimmten Elemente des Rechts reichten „entfernt nicht aus“, um ein System zu konstruieren – „so wenig“, so *Kantorowicz* mit ironischer Anspielung auf das Programm des jungen *Jhering*,⁷⁵ „wie [...] aus einem Knochen das ganze Tier konstruiert werden kann“. ⁷⁶ Überzogene Objektivitätserwartungen wies *Kantorowicz* also entschieden zurück.⁷⁷ Anders als man ihm das seit jeher vorhält,⁷⁸ bedeutete das allerdings keine Rechtfertigung von Entscheidungen *contra legem*,⁷⁹ und es war auch

253, 212 ff.; *G. Linnemann*, Klassenjustiz und Weltfremdheit. Deutsche Justizkritik 1890–1914, Diss. Kiel, 1989, 88 ff.

⁷² Das Folgende beruht auf *Jansen*, Der Gegenstand der Rechtswissenschaft, JZ 2020, 213–223.

⁷³ *Gnaeus Flavius (H. Kantorowicz)*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (ed. K. Mutscheler, 2002), 3: die Schrift unternehme es, „unser aller stetes Tun, die Rechtsschöpfung, vor uns selbst zu rechtfertigen“, detaillierter a. a. O., 33 ff.; s. *M. Auer*, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft. Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, ZEuP 23 (2015), 773–805, 794 ff., 797.

⁷⁴ *Kantorowicz*, Kampf (Fn. 73), 23.

⁷⁵ Die „fossilen Überreste“, „plastischen Körper“ und „Knochengerippe“ waren geläufige Metaphern in *Jherings* Programmschriften einer modernen Konstruktionsjurisprudenz: *R. Jhering*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil I, Leipzig, 1852, 25; *ders.*, Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts (JhJb) 1 (1857), 1–52, 5. Dazu *Jansen*, *Reimann*, Begriff und Zweck (Fn. 1), 98 f.

⁷⁶ *Kantorowicz*, Kampf (Fn. 73), 22.

⁷⁷ *Kantorowicz*, Kampf (Fn. 73), 32 f.

⁷⁸ *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, 59 ff., 61 f.; *K. Mutscheler*, Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz, 1984, 118 ff., 125 ff.; *B. Rütters*, *C. Fischer*, *A. Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., 2018, Rn. 610 f.

⁷⁹ *H. Kantorowicz*, Die Contra-legen-Fabel, Deutsche Richter-Zeitung 3 (1911), 256–263; *ders.*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, 11 ff.; vgl. auch *dens.*, Was ist uns Savigny?, Recht und Wirtschaft 1 (1911/1912), 47–54 und 76–79, 76 f.

kein Ausdruck von Dogmatikfeindlichkeit.⁸⁰ Kantorowicz ging es um eine „methodologisch kluge, erfinderische und verantwortungsvolle“ Rechtsfindung⁸¹ und um die politische Dimension juristischer Interpretationsarbeit. Die Gefahr von „Exzessen der Subjektivität“⁸² sah er durchaus. Aber davor schützten weder juristische Methoden noch der Glaube an ein wissenschaftliches System, sondern nur ein pragmatischer Umgang mit Rechtsunsicherheit und Meinungsvielfalt sowie „die ausgleichende Vielheit der Köpfe im Richterkollegium und der Instanzenzug“.⁸³ Eine unpolitische Rechtspraxis, davon war Kantorowicz überzeugt, gab es jedenfalls nicht.

Demgegenüber zielte Philipp Hecks Interessenjurisprudenz auf eine stärkere methodische Bindung an den Gesetzgeberwillen. Zwar verfügten Richter auch bei Heck über einen unaufhebbarer Rest politischer Eigenverantwortung.⁸⁴ Aber Heck war ein Konservativer der Kaiserzeit; er dachte autoritär, in Hierarchien: Gesetzgeber befahlen, Juristen gehorchten,⁸⁵ nicht anders als beim Militär die Soldaten ihren Vorgesetzten.⁸⁶ Wo Gesetze lückenhaft oder widersprüchlich waren, hörte das Gehorsamsgebot nicht auf. Vielmehr galt es „denkend“ zu folgen, ebenso wie Soldaten die Befehle ihres Feldherrn selbständig ausführten.⁸⁷ Denn Gesetzgeber sprachen nach Heck nicht nur unmittelbar durch ihre Gesetzesbefehle. Jede gesetzliche Regelung beruhte auf einer Abwägung und damit auf einer gesetzgeberischen Bewertung der entgegengesetzten gesellschaftlichen Interessen.⁸⁸ Diese gesetzlichen „Werturteile“⁸⁹ bzw. „Wertungen“⁹⁰ sollte die Wissenschaft als System von „Konfliktentscheidungen“ rekonstruieren;⁹¹ Ge-

80 Kantorowicz, Was ist uns Savigny? (Fn. 79), 76; ders., The Definition of Law, 1958, 32 ff., 40: „justification of the dogmatical process“ (32).

81 Auer, Kampf (Fn. 73), 794 ff., 797.

82 Kantorowicz, Kampf (Fn. 73), 34.

83 Kantorowicz, Kampf (Fn. 73), 34 f.

84 P. Heck, Was ist diejenige Begriffsjurisprudenz, die wir bekämpfen?, DJZ 1909, Sp. 1457–1461; ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1–318, 159 f.; s., auch zum Folgenden, M. Auer, Methodenkritik und Interessenjurisprudenz. Philipp Heck zum 150. Geburtstag, ZEuP 16 (2008), 517–533, 530.

85 Heck, Gesetzesauslegung (Fn. 84), 13 ff. und *passim*.

86 Heck, Gesetzesauslegung (Fn. 84), 16 ff.

87 Heck, Gesetzesauslegung (Fn. 84), 19 f., 51 f.

88 P. Heck, Interessenjurisprudenz, 1933, 13 f.; s. Auer, Methodenkritik (Fn. 84), 525 f.

89 Heck, Gesetzesauslegung (Fn. 84), 13 ff. und *passim*; ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, 150 u. öfter; ders., Interessenjurisprudenz (Fn. 88), 20.

90 Zur Bezeichnung seiner Methode als „wertender“ oder „Interessenjurisprudenz“ sowie zum Verhältnis von Interessen und Wertungen P. Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929, 473, Fn. 1.

91 Heck, Begriffsbildung (Fn. 89), 149 ff.

richte sollten sie in ihren Urteilen nachvollziehen. Denn in diesen Bewertungen lag der normative Kern des Rechts. Außerhalb Deutschlands wurden solche Konfliktmodelle des Rechts bald selbstverständlich.⁹²

Das Recht war also immer politisch. Aber es ließ sich in unpolitischer Weise anwenden, und dazu war nicht mehr erforderlich, als dass Juristinnen und Juristen sich dem Gesetzgeber gedanklich unterordneten und zugleich eine persönliche Verantwortung für ihre Entscheidungen übernahmen. Darin bestand der normative Kern von *Hecks* Lehre. Mehrheitsfähig war ein solches Verständnis von Rechtswissenschaft allerdings nicht, jedenfalls nicht in Deutschland – ebenso wie *Kantorowicz* blieb auch *Heck* ein Außenseiter. Weder half seine Theorie, die Rechtsprechung zu verstehen, die einen solchen Gehorsam immer wieder verweigert hatte, noch entsprach sie dem selbstbewussten Selbstbild der im Modus vorgeblicher Werterkenntnis rechtsgestaltenden Wissenschaft. Man wusste es besser. Die weitere Geschichte ist bekannt.

III. Werten

Der wahrscheinlich größte und bis heute nicht adäquat aufgearbeitete juristische Skandal der Bonner Republik war der Erfolg der *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* von *Karl Larenz* (1960). *Larenz* hatte, wie in der Bundesrepublik jeder Jurist wusste oder doch wissen konnte, während des Nationalsozialismus maßgebliche Beiträge zur methodischen Erneuerung der Zivilrechtswissenschaft geleistet. Dabei stammten die Grundlagen der Wertungsjurisprudenz, mit der man diese Rechtserneuerung betrieben hatte, wie eben gezeigt, aus der Weimarer Zeit.⁹³ Insbesondere *Julius Binder* hatte eine politisch gedachte „Idee des Rechts“ gegen das „alte“, positive Recht gestellt⁹⁴ und von Richtern verlangt, das Recht „schöpferisch“ umzugestalten.⁹⁵ Unter der nationalsozialistischen Herrschaft hatten Juristen wie *Larenz*, *Heinrich Lange*, *Esser* und *Lehmann* eine solche „gezielte Umwertung“ des Rechts im Sinne völkischen Pflicht- und Gemeinschaftsdenkens konkret durchexerziert.⁹⁶ Unter ihren Händen „änderte

⁹² *Auer*, Methodenkritik (Fn. 84), 525 f. mit treffenden Hinweisen auf Juristen wie Oliver Wendell Holmes und René Demogue.

⁹³ *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 69 ff. m. w. N.

⁹⁴ *J. Binder*, Philosophie des Rechts, 1925, 407 und *passim*; *ders.*, Zur Lehre vom Rechtsbegriff, *Logos* 19 (1929), 1–35, 32 ff.

⁹⁵ *Binder*, Philosophie (Fn. 94), 994.

⁹⁶ *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 80.

sich [...] das gesamte Recht, ohne daß ein einziges ‚positives‘ Gesetz geändert zu werden brauchte“.⁹⁷

An dieser Stelle geht es weder um die Plausibilität der Wertungsjurisprudenz noch um das Buch von *Larenz*, der die Wertungsjurisprudenz irreführend als „methodische Bestrebung der Gegenwart, d. h. etwa des Zeitraums von 1945 bis 1960“ beschrieb:⁹⁸ Einerseits verschleierte er damit die Bedeutung dieses Denkens für die nationalsozialistische Rechtserneuerung; andererseits übergang er damit, dass führende Autoren wie *Coing*, *Westermann* und auch *Lehmann* in den 1950er Jahren von den Methoden nationalsozialistischen Umwertens abgerückt waren und die Dogmatik wieder an das Gesetz rückgebunden hatten.⁹⁹ Der Skandal der bundesrepublikanischen Jurisprudenz bestand darin, dass das Buch von *Larenz* in den 1960er und 70er Jahren zur führenden Autorität wurde und diese Stellung – jedenfalls in der Rechtsprechung und in der dogmatischen Literatur – für den Rest des Jahrhunderts behalten sollte. Die Nazis hatten gewusst, dass die Umwertung des Rechts nur mit den richtigen Leuten funktionierte; es kam, wie *Schmitt* formulierte, auf die „geistige Haltung und Gesinnung“ der Juristen an.¹⁰⁰ Daher die nationalsozialistischen Studienreformen, die zuallererst auf die weltanschaulichen Überzeugungen der jungen Juristinnen und Juristen zielten und damit das Denken vieler bundesrepublikanischer Juristen prägten.

1. Rechtsethik

Nach 1960 fragte man weder nach der Gesinnung noch nach der Integrität von Juristen wie *Larenz*. Man verschloss die Augen – nicht nur vor dem moralischen Versagen dieser Leute, sondern auch vor dem eminent politischen Kern der Wertungsjurisprudenz, über den man bis weit in die 1990er Jahre hinweggehen sollte.¹⁰¹

⁹⁷ C. *Schmitt*, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 4. Aufl., 2023, 49; Zitat auch bei *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 80.

⁹⁸ K. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 122, 123 ff.

⁹⁹ S. noch unten bei Fn. 178 ff.

¹⁰⁰ C. *Schmitt*, Kodifikation oder Novelle? Über die Aufgabe und Methode der heutigen Gesetzgebung, DJZ 1935, Sp. 919–925, 922; konkret wollte Schmitt diese Haltung mittels gesetzlicher Leitsätze steuern.

¹⁰¹ Zwar war in den späten 1940er Jahren auch Skepsis gegenüber objektiven Wertungen zu hören; näher *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 82 (Esser, Wieacker). Aber solche Skepsis war in der Regel kein Ausdruck selbstkritischen Methodenzweifels angesichts des Beitrags der wertenden Rechtswissenschaft zur nationalsozialistischen Rechtserneuerung. Vielmehr beruhte solche Skepsis auf einer gewissen Unsicherheit beim ungeschickten Flirt der Juristen mit dem in die Jahre gekomme-

Zurückschauen mochten nur wenige;¹⁰² und an der wahrheitsgewissen Haltung der Rechtswissenschaft hatte sich kaum etwas geändert. *Larenz* schrieb seine *Methodenlehre* als Anleitung zur korrekten „Umbildung der gesetzlichen Regelung“ – nicht nur auf Grundlage von Verkehrsbedürfnissen oder wegen einer „Natur der Sache“, sondern auch im „Rückgriff auf ein rechtsethisches Prinzip“.¹⁰³ *Larenz* wusste es weiterhin besser als der Gesetzgeber und benutzte etablierte Umwertungstechniken wie die Innentheorie subjektiver Rechte, Typusdenken und abstrakt-konkrete Begriffe.¹⁰⁴ Auch in der Sache ging es nach wie vor um Gemeinschaftswerte und Grenzen subjektiver Rechte – konkret etwa um „Rechtsmißbrauch“, „Verwirkung“, „personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnisse“ oder um „Treuepflichten“.¹⁰⁵ Allerdings waren die Beispiele, mit denen *Larenz* seine Methode illustrierte, eher unscheinbar – für die „Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip“ standen *Jherings* Entdeckung der *culpa in contrahendo* und die Haftung bei einer Irrtumsanfechtung (§ 122 BGB);¹⁰⁶ eine „gesetzesändernde Rechtsfortbildung“ durch die Rechtsprechung billigte *Larenz* 1960 bei der Sicherungsübereignung und beim nichtrechtsfähigen Verein,¹⁰⁷ während er sie für die Einziehungsermächtigung ablehnte.¹⁰⁸ Deutlich unbefangener sprach er in seinem *Lehrbuch des Schuldrechts* von „Schuldverhältnissen aus sozialtypischem Verhalten“ bzw. „faktischen Vertragsverhältnissen“ einerseits¹⁰⁹ und ausführlich auch von „immanenten Schranken der Vertragsfreiheit“ andererseits.¹¹⁰ Dass *Larenz* damit die ‚Innentheorie‘ subjektiver Rechte reaktivierte, eine charakteristische Denkform der nationalsozialistischen Jurisprudenz,¹¹¹ erregte keinen Anstoß.

nen Naturrecht; s. *L. Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, 2013.

102 Vgl. *Haferkamp*, Geschichte des BGB (Fn. 39), unter VI., zur 50-Jahresfeier in Köln; *R. Zimmermann*, Wie es die anderen machen ... Charakteristika der Zivilrechtslehrervereinigung und ihrer Kultur, AcP 223, 605–643, 609 ff. zu den ersten Tagungen der Zivilrechtslehrervereinigung.

103 *Larenz*, Methodenlehre¹ (Fn. 98), 303 ff., 314 ff.

104 Einführend zu diesen Techniken nationalsozialistischen Umwertens *Haferkamp*, BGB (Fn. 29), 211 ff., 213 f., 235 f.; *ders.*, Methodengeschichte (Fn. 38).

105 *Larenz*, Methodenlehre¹ (Fn. 98), 315.

106 *Larenz*, Methodenlehre¹ (Fn. 98), 315 ff.

107 *Larenz*, Methodenlehre¹ (Fn. 98), 304 ff., 310 ff., 319 ff.

108 *Larenz*, Methodenlehre¹ (Fn. 98), 308 f., 319 f.

109 *K. Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 1960, 31 ff. (§ 4 II.).

110 *Larenz*, Schuldrecht AT⁴ (Fn. 109), 41 ff. (§ 5 II.).

111 Zur Innentheorie bei Autoren wie *Nipperdey* und *Siebert M. Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, 1998, 52 f., 57 f.; *H.-P. Haferkamp*, Die heutige Rechtsmissbrauchslehre – ein Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, 1995, 210 ff.; *ders.*, Me-

Insgesamt trat die Wertungsjurisprudenz aber auch hier kleinbürgerlich auf und verschloss sich damit – bewusst oder unbewusst – der politischen Dimension ihrer Argumente. Vom „stürmischen Meer der Politik“, so hatte *Raiser* 1946 seine Antrittsvorlesung in Göttingen eingeleitet, war die Zivilrechtswissenschaft „mit zerbrochenem Mast und zerbeultem Rumpf“ zurückgekehrt; jetzt galt es die Disziplin „zurückzulenken in die stille Bucht der Rechtsdogmatik, der anspruchs- und gefahrlosen Handwerksarbeit am verlässlichen Material hergebrachter Denkfiguren und positiver Rechtssätze.“¹¹² Gewiss lagen politisch, moralisch und wissenschaftlich Welten zwischen *Larenz* und *Raiser*, dem politisch unbelasteten Schüler *Rabels* und *Wolffs*, der sich 1933 habilitiert, aber unter den Nazis bis 1942 keine Stelle bekommen hatte, weil er 1933 zu seinen jüdischen Mentoren gestanden hatte.¹¹³ Aber die Stimmung, die *Raiser* hier beschrieb, einte die Belasteten mit denjenigen, die unbelastet geblieben waren.¹¹⁴ Die deutsche Nachkriegsgesellschaft wollte die Vergangenheit hinter sich lassen – und das am besten ohne große Diskussionen, die, wie man fürchtete, doch nur Schmutz aufgewühlt hätten. Für die Zivilrechtslehrer – allerdings nicht für *Raiser* selbst¹¹⁵ – bedeutete das in ihrer großen Mehrheit eine Flucht aus der Politik. „Nach der Sturm und Drang-Zeit ‚epochaler‘ Systemumwälzungen“, so resümierte *Esser* 1958, hatten die Privatrechtslehrer „die Garantien der kontinuierlichen Fortbildung einer Tradition zu schätzen“ gelernt.¹¹⁶ Bei allen Kontinuitäten von Weimar über den Nationalismus bis in die Bundesrepublik¹¹⁷ bedeutete das einen wirklichen Bruch – nicht im Denken, wohl aber im Selbst-

thodengeschichte (Fn. 38), 84 f., *ders.*, BGB (Fn. 29), 213 ff.; jeweils m. w. N. auch zum Fortleben dieser Lehre. Heute kritisch *J. Neuner*, Der Einwand des Rechtsmissbrauchs, JZ 2025, 67–75, 68 m. w. N.

112 *L. Raiser*, Der Gleichheitsgrundsatz im Privatrecht, ZHR 111 (1948), 75–101, 75.

113 *U. Bälz*, Ludwig Raiser (27.10.1904–13.06.1980). Ein Lebensbericht, in: Universität Tübingen (Hg.), Zum 100. Geburtstag von Professor Dr. Dres. h.c. Ludwig Raiser, 2005, 11–28, 14 ff.; *F. Kübler*, Ludwig Raiser, in: S. Grundmann, K. Riesenhuber (Hg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 1, 2007, 287–303, 288 f. m. w. N.

114 Zum unpolitischen Habitus der meisten Zivilrechtslehrer nach 1945 vgl. *J. Thiessen*, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrechtler im Schatten der NS-Vergangenheit, in: M. Görtemaker, C. Safferling (Hg.), Die Rosenberg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – Eine Bestandsaufnahme, 2. Aufl., 2013, 204–295, 287 mit Fn. 430 u. w. N.; *Haferkamp*, Methodengeschichte (Fn. 38), 84 ff., 86 m. w. N.

115 Vgl. nur zwei Jahre später (Rektorsrede, 1948) programmatisch *L. Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, FS Julius von Gierke, 1950, 181–200, 193 ff. u. *passim*.

116 *J. Esser*, Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“, AcP 157 (1958/1959), 86–99, 91.

117 Statt aller *Haferkamp*, BGB (Fn. 29); *ders.*, Methodengeschichte (Fn. 38); *Thiessen*, Wirtschaftsrecht (Fn. 114).

verständnis und im Habitus.¹¹⁸ Als die Zivilrechtslehrer 1957 die „faktischen Schuldverhältnisse“ diskutierten, war von den politischen Aspekten dieser Dogmatik nicht mehr die Rede.¹¹⁹

2. Grundrechte?

Von der Möglichkeit einer positivrechtlichen Rückbindung übergesetzlicher Wertungen an die Verfassung war bei *Larenz* 1960 nichts zu lesen. Auch in Weimar hatte man übergesetzliche Wertungen nicht in der Verfassung gesucht. In der Bundesrepublik hatte das Staatsrecht allerdings von Anfang an die Frage aufgeworfen, ob die Verfassung jetzt nicht die „vornehmste Quelle“ bildete, um die „wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln [des Zivilrechts] auszufüllen“.¹²⁰ Insbesondere im Arbeitsrecht knüpfte man daran an. Unter der Führung *Nipperdeys* wurden die Grundrechte zum Mittel einer eminent politischen Umgestaltung. Eine Minderheit von Wissenschaftlerinnen, aber auch die Arbeitsgerichte behaupteten jetzt eine „unmittelbare“ bzw. „absolute“ Wirkung der Grundrechte auch unter Privaten und begründeten damit zunehmend enge Schranken arbeitsvertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten.¹²¹ Zwar reagierte die Staatsrechtslehre von Anfang an zurückhaltend; insbesondere *Dürig* betonte die „Eigenständigkeit und Eigengesetzlichkeit des Zivilrechts gegenüber dem

¹¹⁸ Vgl. auch *J. Thiessen*, Statt eines Diskussionsberichts, in: S. Grundmann, K. Riesenhuber (Hg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 2, 2011, 407–429, 415 ff., 429.

¹¹⁹ *H. Lehmann*, Faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1958, 1–5; *W. J. Habscheid*, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Bad Mergentheim am 9. und 10. Oktober 1957, AcP 157 (1958/1959), 100–116, 100–107; *Esser*, Gedanken (Fn. 116). Die Behauptung *Fritz Baur*s, es sei um „eine Gefahr für eine freiheitliche Rechtsordnung“ gegangen (JZ 1957, 764), findet in den detaillierteren Berichten Habscheids und Essers keine Bestätigung.

¹²⁰ So *Herb. Krüger*, Die Verfassung in der Zivilrechtsprechung, NJW 1949, 163–166, 163; s. insb. *G. Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, FS Franz Nawiasky, 1956, 157–190, 158 ff., 168 ff.

¹²¹ *H. C. Nipperdey*, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, 121–128, 124 ff.; *ders.*, Gleicher Lohn der Frau bei gleicher Leistung, 1951, 8 ff.; *ders.*, Die Würde des Menschen, in: F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner (Hg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Bd. 2, 1954, 1–50, 18 ff.; *L. Enneccerus*, *H. C. Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., 1952, 57 f.; *Hild. Krüger*, Grenzen der Zumutbarkeit aus Gewissensgründen im Arbeitsrecht, in: RdA 1954, 365–375, 368 ff. m. w. N.; BAGE 1, 185, 186 (LS 7 f.), 191 ff. (1954). Ferner etwa *G. Beitzke*, Gleichheit von Mann und Frau, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner (Hg.), *Grundrechte* 2, a. a. O., 199–242, 211 f.

verfassungsrechtlichen Grundrechtssystem“.¹²² Aber in dieser „Eigenständigkeit“ kam bei *Dürig* gerade nicht der angeblich unpolitische Charakter des bürgerlichen Rechts zum Ausdruck. Vielmehr fand diese Eigenständigkeit eine ordoliberal politische Grundlage in dem Grundrechtsschutz „der Individualautonomie und der Eigenverantwortung“.¹²³ Der politische Charakter des bürgerlichen Rechts ließ sich damit eigentlich nicht mehr übersehen. Privatrecht war verfassungsrechtlich geschütztes „Sonderrecht“.¹²⁴ Zudem wurden die Generalklauseln auch für *Dürig* zu „Einbruchstellen der Grundrechte in das Zivilrecht“¹²⁵ – eine unglückliche, wohl unbewusste Reminiszenz an eine Formulierung *Langes* von 1933.¹²⁶ Für ein unpolitisches Privatrecht war also von vornherein kein Raum.

Als *Larenz* seine *Methodenlehre* publizierte, hatte längst auch das Verfassungsgericht diese Linie eingeschlagen (Lüth, 1958).¹²⁷ Gleichwohl fand sich bei *Larenz* dazu bis 1975 kein Wort.¹²⁸ Im Privatrecht mit Grundrechten zu argumentieren, hätte bedeutet, politisch zu werten, und das wollte man nicht. Aber auch später stand die Verfassung lediglich neben anderen „rechtsethischen Prinzipien, an denen die Auslegung sich zu orientieren hat“.¹²⁹ Der Mainstream der Zivilrechtslehre sprach also auch weiterhin lieber aus eigener Wertungsgewissheit und betrieb die Rechtsdogmatik im Habitus objektiver Erkenntnis. Mit Nachdruck, wenn auch nicht sehr deutlich, unterschied *Larenz* dementsprechend „immanente, im Wesen der Privatrechtsordnung selbst gelegene Schranken der Vertragsfreiheit“ von der „Zurückdrängung“ der Vertragsfreiheit „durch dem Privatrecht fremde Methoden der Rechtsgestaltung“.¹³⁰ Angeblich ergaben die ‚immanenten Schranken der Vertragsfreiheit‘ sich aus „ihrem

122 *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Fn. 120), 164.

123 *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Fn. 120), 163, 168 ff., 176 ff. (Zit. S. 176); ähnlich *Beitzke*, Gleichheit (Fn. 121), 211: „Privatautonomie“.

124 So *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Fn. 120), 176, unter Verweis auf *W. Hallstein*, Wiederherstellung des Privatrechts, SJZ 1946, 1–7, 3.

125 *G. Dürig*, Freizügigkeit, in: Neumann, Nipperdey, Scheuner (Hg.), Grundrechte 2 (Fn. 121), 507–534, 525.

126 *Heinr. Lange*, Generalklauseln und neues Recht, JW 1933, 2858 f., 2859: „Einbruchstellen, durch die das neue Rechtsdenken das alte Rechtsleben überflutet“; vgl. auch *dens.*, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, 1933, 5: „Kuckuckseier im liberalistischen Rechtssystem“, 16: „Hebel [...], mit dem die Rechtsprechung das individualistische Schuldrecht aus den Angeln gehoben und dem Gemeinschaftsgedanken Einlass verschafft hat.“

127 BVerfGE 7, 198 ff.

128 *K. Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., 1975, 329 ff.

129 *Larenz*, Methodenlehre⁶ (Fn. 78), 339; s. auch *dens.*, Richtiges Recht, 1978, 51 ff.

130 *Larenz*, Schuldrecht AT⁴ (Fn. 109), 42 (§ 5 II.).

Wesen als einer Institution der Rechtsordnung“; ihre Ausgestaltung war deshalb eine unpolitische Aufgabe der Wissenschaft. Demgegenüber hatten die äußeren Schranken einen „obrigkeitlichen“ Charakter. Solche „Anordnungen und Maßnahmen der Wirtschaftspolitik“ waren von vornherein unerwünscht und erschienen unter dem Grundgesetz potentiell grundrechtswidrig.¹³¹ Warum in diese zweite Kategorie Bewirtschaftungsgesetze fielen, nicht aber etwa die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, erläuterte *Larenz* nicht. Ohne ein Wort zum wirtschaftspolitischen Hintergrund der Rechtsprechung präsentierte er diese Lehre als schlichte Konsequenz „einer redlichen Denkweise“.¹³² In ihrer erneuerten Gestalt gab die Wertungsjurisprudenz sich eine konservativ unpolitische Fassade. Die politischen Abgründe, die sich dahinter auftaten, blieben ungesichert.

IV. Zweifel

1970 publizierte *Wieacker* in der Festschrift für Gadamer, also vor einem breiten, fächerübergreifenden Publikum, einen auch rhetorisch bemerkenswerten Text zu den „praktischen Leistungen der Rechtsdogmatik“.¹³³ *Wieacker* ging es um den Status von etablierten dogmatischen Lehren, wie etwa der Lehre von der Geschäftsgrundlage, Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, faktischen Verträgen oder dem Vertrauensprinzip. Seine Überlegungen kreisten um den Anspruch der Dogmatik, „außergesetzliche“, aber doch „rationale und objektiv einsichtige Begründungszusammenhänge“ zu formulieren.¹³⁴ Nach *Wieacker* waren solche „Dogmatiken“ „kontingente Gefüge („Lehrgebäude“) von juristischen Sätzen und Regeln“. Gleichwohl sollten sie „unabhängig vom Gesetz allgemeine Anerkennung und Befolgung beanspruchen“, und das bedeutete konkret, dass sie „als Anweisungen für praktisches Handeln“ von Richtern zu verstehen waren.¹³⁵

¹³¹ *Larenz*, Schuldrecht AT⁴ (Fn. 109), 49 f. (§ 5 IV.).

¹³² *Larenz*, Schuldrecht AT⁴ (Fn. 109), 96 f. (§ 10 II.d.).

¹³³ *F. Wieacker*, Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik, FS Hans-Georg Gadamer, Bd. 2, 1970, 311–336.

¹³⁴ *Wieacker*, Rechtsdogmatik (Fn. 133), 319; ähnlich *J. Esser*, Dogmatik zwischen Theorie und Praxis, FS Ludwig Raiser, 1974, 517–539, 532 f.: „Denkzwänge“; später noch *R. Alexy*, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, Rechtstheorie 1981, Beiheft 2, 177–188, 177. Ideologiekritisch deshalb *U. Meyer-Cording*, Kann der Jurist heute noch Dogmatiker sein?, 1973, insb. 32 ff.

¹³⁵ *Wieacker*, Rechtsdogmatik (Fn. 133), 319 f.

Dieser Geltungsanspruch der akademischen Jurisprudenz war alt, er wurde bei *Wieacker* aber prekär. Denn *Wieacker* entkoppelte die Verbindlichkeit der Dogmatik nicht nur vom Gesetz, sondern auch vom Erkenntnisanspruch der Rechtswissenschaft. Ähnlich wie die Axiome der Mathematik waren dogmatische Sätze für ihn nicht „Aussagen freier Forschung über Wahr und Unwahr“, sondern hatten einen „stipulatorischen Charakter“.¹³⁶ Auch wenn solche Sätze dabei für Richter verbindlich sein sollten, waren sie allerdings, anders als „ideologisch begründete Parteidoktrinen“ oder „Theologien“, nicht in einer „dem spontanen kritischen Geist anstößigen“ Weise „autoritär dem wissenschaftlichen Zweifel entzogen“. Ebensowenig fanden sie ihre Grundlage in vormodernem Autoritätsdenken.¹³⁷ Stattdessen stellte *Wieacker* einerseits auf die „Überzeugungskraft des Rasonnements und der angebotenen Ergebnisse“, andererseits auf „objektivierbare Konventionen“ ab.¹³⁸ Der Jurisprudenz blieb also nicht mehr als ihr Judiz und vorläufige Plausibilität. Warum es dafür darauf ankam, was Professoren an juristischen Fakultäten schrieben, und nicht darauf, was Gerichte entschieden, sagte *Wieacker* ebensowenig wie er sich zum politischen Gehalt solcher „Konventionen“ äußerte.

So selbstbewusst *Wieacker* hier also den tradierten Geltungsanspruch der universitären Rechtsdogmatik hochhielt, so sehr war der Text ein Ausdruck tiefer Verunsicherung. Zum einen verloren die Wertungen, die man so viele Jahrzehnte gegen das Gesetz gestellt hatte, mit der 1968er-Bewegung ihre Gewissheit. 1968 war ‚Die unbegrenzte Auslegung‘ von *Rüthers* erschienen, die auch denen, die es lieber vergessen hätten, den Beitrag von Juristen zum nationalsozialistischen Unrecht in Erinnerung rief. *Essers* ‚Vorverständnis und Methodenwahl‘ (1970) machte sichtbar, wie weit die objektiven Wertüberzeugungen von Wissenschaftlern und Richtern auf individueller Sozialisierung beruhten.¹³⁹ Mehr als ein Konsens schien im Recht nicht mehr erreichbar.¹⁴⁰ Aber damit war der politische Charakter allen juristischen Handelns, also auch von Rechtsdogmatik und Richterrecht, eigentlich nicht mehr von der Hand zu weisen. In einer

¹³⁶ *Wieacker*, Rechtsdogmatik (Fn. 133), 320.

¹³⁷ *Wieacker*, Rechtsdogmatik (Fn. 133), 320 f.

¹³⁸ *Wieacker*, Rechtsdogmatik (Fn. 133), 321 f.

¹³⁹ *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970; s. *Haferkamp*, Methoden-geschichte (Fn. 38), 87 ff.

¹⁴⁰ *J. Esser*, Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97–130; *ders.*, Dogmatik (Fn. 134); s. *H.-P. Haferkamp*, Josef Esser und die Dogmatikdebatte zu Beginn der 1970er Jahre, erscheint in: M. Auer, S. K. Paas, R. Seinecke (Hg.), Josef Esser. Zivilrecht und Methode in der Bonner Republik.

individualistischen, pluralen Gesellschaft ließ sich die Bedeutung von Begriffen wie ‚Verkehrssitte‘, ‚Treu und Glauben‘ oder ‚ordentlicher Kaufmann‘ nurmehr empirisch bestimmen. Was galt, war kontingent; *Wieackers* Glaube an „objektivierbare Konventionen“ wurde fragwürdig. Aber auch *Esser* mochte sich von der intuitiven Unterscheidung von verbindlicher Dogmatik einerseits und „unverbindlichen Meinungen [...] über rechtspolitische Forderungen“ andererseits nicht lösen.¹⁴¹ Auch er hielt an der „Autonomie“ juristischen Denkens fest und hoffte auf eine „pragmatisch“ und „mehr heuristisch“ konzipierte Dogmatik.¹⁴² Für die politisch denkende Nachwuchsgeneration der 1968er Jahre war freilich auch das „Standesideologie“¹⁴³

Gleichzeitig gab es seit langem Zweifel am Nutzen und an der Leistungskraft wissenschaftlicher Systembildung. Bereits 1949 hatte *Esser* gefragt, ob es sich „noch rechtfertigen [lasse], das herkömmliche System des Obligationenrechts zu tradieren in einer Zeit des Überwucherns von Vertrag und freiem Rechtsverkehr durch Verwaltungseingriffe und -bindungen aller Art? Was soll noch in der Praxis der Systemlosigkeit ein System?“¹⁴⁴ In den 1970er Jahren wurden solche Zweifel zum Gemeinplatz. *Esser* glaubte nicht mehr, dass richterliche Entscheidungen sich noch durch Systemdenken steuern ließen,¹⁴⁵ der Ministerialrat *Alfred Wolf* sah in der Literatur zum Schuldrecht allenthalben „Resignation“,¹⁴⁶ und *Gernhuber* klagte, dass man das „Schuldrecht der Zeit“ im Text des BGB nicht mehr finden könne: „Richterrecht hat in oft ungebändigter Vielfalt die Normen überwuchert; neue Vertragstypen haben Eingang in den Rechtsverkehr gefunden [...]; Vertragsverbindungen sind entstanden, denen das vom BGB vorgezeichnete Denken [...] nicht gewachsen ist. Von den Grundlehren, die zu Beginn des Jahrhunderts die Schuldrechtsdogmatik beherrschten, hat schließlich keine standzuhalten vermocht: [...] alles ist Vergangenheit.“¹⁴⁷ Auch Systemdenken bot keinen Schutz mehr vor unkontrolliertem politischem Werten.

Aber trotz all diesen Erschütterungen: *Wieackers* Schrift ließ keinen Zweifel daran, dass der Mainstream der Zivilrechtswissenschaft sich weder in seinem

¹⁴¹ *Esser*, Möglichkeiten (Fn. 140), 97.

¹⁴² *Esser*, Möglichkeiten (Fn. 140), 97.

¹⁴³ *H. Rottleutner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, 1973, 4 u. *passim*; s. *Haferkamp*, Josef Esser (Fn. 140).

¹⁴⁴ *J. Esser*, Lehrbuch des Schuldrechts, 1949, viii (Vorwort).

¹⁴⁵ *Esser*, Möglichkeiten (Fn. 140), 114 ff.

¹⁴⁶ *A. Wolf*, Weiterentwicklung und Überarbeitung des Schulrechts, ZRP 1978, 249–254, 249 f.

¹⁴⁷ *J. Gernhuber*, Vorwort des Herausgebers der Reihe, in: *Herm. Lange*, Schadensersatz, 1979, v.

unpolitischen Selbstverständnis beirren lassen mochte, noch bereit war, auf seinen Gestaltungs- und Führungsanspruch zu verzichten. Auch insoweit gab es allerdings Probleme. Denn die Praxis orientierte sich zunehmend daran, was Gerichte sagten, und immer weniger an der Wissenschaft. Präjudizien waren wichtiger als wissenschaftliche Systeme und Wahrheiten. Die Kommentarliteratur hatte das Recht deshalb schon immer als ein Gewebe von Gesetzes- und Rechtsprechungsrecht dargestellt.¹⁴⁸ Wer eine „Auskunft für Praktiker“ bieten wollte,¹⁴⁹ musste das Recht so darstellen, wie es von den Gerichten angewendet wurde.¹⁵⁰ Die Praxis behandelte Gesetz und Rechtsprechung also gleichermaßen als Positivierungsformen des geltenden Rechts;¹⁵¹ über die theoretischen Zweifel am Rechtsquellencharakter präjudizieller Entscheidungen¹⁵² und an der Legitimität von Rechtsprechungsrecht ging die Kommentarliteratur von Anfang an hinweg. Das Gravitationszentrum des Rechts verschob sich weg von den großen Fakultäten und Wissenschaftspersönlichkeiten hin zum Reichsgericht und Bundesgerichtshof, zum Bundesverfassungsgericht und später zum Europäischen Gerichtshof. Die traditionelle Führungsrolle der Wissenschaft drohte illusorisch zu werden.¹⁵³

148 Näher Jansen, Aufstieg des Kommentars (Fn. 70), 31 ff., 40 f. m. w. N.

149 G. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 1, Berlin, 1897, iii (Vorwort): „Das vorliegende Werk [...] will in der Form des Kommentars die Einführung des Gesetzbuchs in die Praxis erleichtern“; ähnlich M. Stenglein, Kommentar zur Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, Nördlingen, 1884, iii (Vorwort); A. Düringer, M. Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch [...] auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert, Bd. 2, 1901, v (Vorwort): „Die Verfasser [...] haben sich bei ihrer Behandlung des Stoffes im wesentlichen durch die Rücksicht auf das praktische Bedürfnis leiten lassen“; G. Hoffmann u. a., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Bd. 1, 1910, vii (Vorwort): „Die vorliegende Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vornehmlich den Bedürfnissen der Praxis gewidmet.“

150 A. Baumbach, Taschenausgabe der neuen Zivilprozessordnung, 1924, iii (Vorwort): „Ich musste mich damit begnügen, [...] die Antwort zu geben, die die Rechtsprechung im Laufe der Jahre als richtig erkannt und festgestellt hat.“

151 Umfassend zum Ganzen M. Payandeh, Judikative Rechtserzeugung. Theorie, Dogmatik und Methodik der Wirkungen von Präjudizien, 2017.

152 K. Larenz, C.-W. Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 3. Aufl., 1995, 256; F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, 504 f.; L. Köhler, Strukturen und Methoden der Rechtsprechungsänderung, 2. Aufl., 2011, 311 ff., 394 ff.

153 J. Lennartz, Dogmatik als Methode, 2017, 16 f., 114 ff.; M. Eifert, Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft, in: G. Kirchhof, S. Magen, K. Schneider (Hg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, 79–96, 84; ausführlich für das öffentliche Recht

V. Kommentieren

Die Wissenschaft musste also nicht nur nach neuen Grundlagen für ihre dogmatischen Lehren suchen, sondern auch neue Wege finden, um ihren Einfluss auf die Rechtsprechung zu sichern. Methodisch kehrte der Mainstream jetzt zurück „zu den bewährten Mitteln der Analogie und der Restriktion in der Gesetzesanwendung“. Man gab sich überzeugt, mit der BGB-Dogmatik auszukommen.¹⁵⁴ In den 1960er Jahren wurde behutsames dogmatisches Arbeiten zum neuen „Ideal“.¹⁵⁵ Wenn man sich damit wieder auf das wenig geliebte BGB besann, so ist bemerkenswert, wie wenig man darüber offen sprach. Noch war es ein weiter Weg, bis *Flume* das BGB zum „Kulturdenkmal“ adeln sollte¹⁵⁶ und *Jakobs* es aufgrund der „Perfektion gesetzgeberischer Technik“ zum privatrechtlichen „Grundgesetz“ erklärte.¹⁵⁷ Einstweilen verzichtete die Wissenschaft auf laute Rhetorik. Die wesentlichen Veränderungen erfolgten auf leisen Sohlen. Das gewandelte normative Selbstverständnis der Zunft offenbarte sich zunächst vor allem in ihren Publikationsformen, insbesondere im Aufstieg des Kommentars und Niedergang des Lehrbuchs.

Kommentare folgen der Systematik der Kodifikation. Wer Kommentare schreibt, kann dem Gesetz also kein eigenes, wissenschaftliches System entgegensetzen. Genau deshalb schienen Kommentare nach 1900 als „ungünstig“ für eine wissenschaftliche Behandlung des Rechts.¹⁵⁸ *Planck* selbst hatte in diesem Sinne klargestellt, dass sein Kommentar gar nicht auf „eine wissenschaftliche

C. Schönberger, Der „German Approach“. Die deutsche Staatsrechtslehre im Wissenschaftsvergleich, 2015, 18–37.

154 Esser, Gedanken (Fn. 116), 86.

155 So der Bericht von Fritz Fabricius zu A. Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163 (1964), 380–400; s. F. Fabricius, Zivilrechtslehrertagung 1963, JZ 1964, 34–36, 36: „inhaltsreiches, von Reimer Schmidt [...] als dem Ideal eines Vortrages nahekommend bezeichnetes Referat“; s. auch H. Wiedemann, Bericht über die Tagung der Zivilrechtslehrer in Baden-Baden, AcP 163 (1964), 424–427, 426: „virtuoser Vortrag“. Zeuner nahm konkrete dogmatische Probleme in den Blick; er schärfte Begriffe wie das ‚Interesse‘ oder den ‚konkreten Schaden‘; er arbeitete, so weit das ging, mit dem Gesetz und kam, auch wenn das Gesetz auf eine Frage keine Antwort bot, ohne große normative Theorien aus. Bei der für die Vorteilsausgleichung erforderlichen ‚Wertung‘ arbeitete er nicht zufällig mit einem Verweis auf Heck.

156 W. Flume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung. Die Änderungen des BGB durch das Fernabsatzgesetz, ZIP 2000, 1427–1430, 1429.

157 H. H. Jakobs, Schuldrechtsmodernisierung, JZ 2001, 27–30, 27.

158 Stenglein, Strafprozessordnung (Fn. 149), 1884, iii (Vorwort). Das Folgende beruht auf Jansen, Aufstieg des Kommentars (Fn. 70), 26 ff.

Bearbeitung des neuen Rechts“ zielte.¹⁵⁹ Kommentare boten nicht mehr als eine „Einzelauslegung des Gesetzbuchs“;¹⁶⁰ für die Systembildung zum Zwecke der universitären Lehre gab es andere Formate, insbesondere das Lehrbuch,¹⁶¹ das Leitmedium genuin wissenschaftlicher Rechtsdogmatik.¹⁶² Hier war auch der Ort für dogmatisch-konstruktive Innovationen und Beiträge zur wissenschaftlichen Rechtsfortbildung.¹⁶³

Es verwundert deshalb nicht, dass sich unter den BGB-Kommentatoren nach 1900 nur ganz vereinzelt Professoren fanden.¹⁶⁴ Erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts und zunehmend nach 1970 drängten Professoren verstärkt auf den Markt der – großen und kleinen – Praxiskommentare. Nach dem Krieg übernahmen sie größtenteils die maßgeblichen Kommentare Baumbachs (*Duden* und später *Hopt* den HGB-Kommentar, *Hueck* und andere den GmbH-Kommentar, und *Hefermehl* den Kommentar zum Wettbewerbsrecht). Mit der kleinen „Gelben Reihe“ schuf der Beck-Verlag zudem ein spezifisch mit Blick auf die Lehre konzipiertes Format von Kurzkomentaren (*Jauernig*, BGB; zuvor insbesondere *Thomas/Putzo*, ZPO).¹⁶⁵ Und der Münchener Kommentar

159 *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch 1 (Fn. 149), iii (Vorwort). Scharf kritisch deshalb *J. Kohlers* Rezension: *JurLitBl* 14 (1902), 268–270, 269 f. mit dem Vorwurf, der Kommentar lasse nicht die verbindenden Gedanken erkennen, die den Einzelschriften des Gesetzes zugrunde lägen.

160 *D. Kästle-Lamarter*, *Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart*, 2016, 236 f.

161 *P. Oertmann*, *Civilistische Rundschau*, *ArchBürgR* 22 (1903), 313–396, 325; *E. Rabel*, Rezension: *J. v. Staudingers Kommentar zum BGB*, *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht* 7 (1915), 508–515, 511; *C. Crome*, *System des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1900, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1902, Bd. 1, v f. (Vorwort) und näher 59; ähnlich *L. Enneccerus*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 4. u. 5. Aufl., 1910, Bd. I/1, Einleitung, Allgemeiner Teil, iii (Vorwort zur dritten Auflage); *J. Kohler*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 1904, 135 ff.; *Heck*, *Schuldrecht* (Fn. 90), v ff. (Vorwort).

162 *Kästle-Lamarter*, *Kommentare* (Fn. 160), 238 m. N.

163 *Crome*, *System* 1 (Fn. 161), 59; *Enneccerus*, *Lehrbuch* I/1 (Fn. 161), iii; *Rabel*, Rezension *Staudinger* (Fn. 161), 510.

164 *Jansen*, *Aufstieg des Kommentars* (Fn. 70), 32 f.

165 *O. Jauernig*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1979, mit *Schlechtriem*, *R. Stürner*, *Teichmann* und *Vollkommer*; *H. Thomas*, *H. Putzo*, *Zivilprozessordnung*, 1963. Daneben *F. O. Kopp*, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1974; *ders.*, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 1976; *E. Dreher*, *H. Maassen*, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und den wichtigsten Nebengesetzen*, 1954 – das Werk wurde seit der 4. Aufl., 1967 von *Karl Lackner* verantwortet und ist seither in Professorenhand; *H. D. Jarass*, *B. Pieroth*, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 1989.

zum BGB¹⁶⁶ verdankte seine Entstehung nicht dem Plan seines Verlags, sondern der Initiative eines Hochschullehrers (des späteren Mitherausgebers *Säcker*)¹⁶⁷ und war ursprünglich als reiner Professorenkommentar konzipiert.¹⁶⁸ Auch am *Palandt* bzw. *Grüneberg* sind seither Hochschullehrer beteiligt (*Diederichsen* und *Heldrich*; heute *Thorn*).

Dem Aufstieg des Kommentars korrespondierte ein Niedergang des großen Lehrbuchs. „In days gone by,“ notierten Beobachter bereits 1982, „the glory of German legal literature was the large textbook, but the *commentaries* enjoy pride of place in most areas of law today.“¹⁶⁹ In der Lehre traten an die Stelle des systematisierenden Lehrbuchs didaktisch angelegte Werke, die ihre Leserschaft ausschließlich unter Studierenden suchen.¹⁷⁰ Gleichzeitig wurde der Kommentar auch für Professoren zum „für die Rechtsdogmatik eigentümlichsten Publikationsformat“,¹⁷¹ also zu einer ‚wissenschaftlichen‘ Publikationsform. Die Zivilrechtswissenschaft begann sich vom Systemdenken zu verabschieden und suchte immer weniger nach innovativen dogmatischen Konstruktionsmöglichkeiten. Größer angelegte Systementwürfe wagte man allenfalls noch für einzelne Rechtsgebiete, wie das Schadens- oder Bereicherungsrecht, das Recht der Erfüllung oder die Leistungsstörungen.¹⁷² Selbst *Canaris*, der letzte große Systematiker, mochte die Lehrbücher von *Larenz* am Ende nicht mehr fortführen.

¹⁶⁶ F. J. Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1978 ff.

¹⁶⁷ F. J. Säcker, Münchener Kommentar zum BGB, in: D. Willoweit (Hg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Geschichte des Verlages C. H. Beck, 2007, 405–417, 405 f.

¹⁶⁸ Säcker, Münchener Kommentar (Fn. 167), 408.

¹⁶⁹ N. Horn, H. Kötz, H. G. Leser, German Private and Commercial Law: An Introduction, 1982, 56 f.

¹⁷⁰ Für diese neuen Schuldrechtslehrbücher heute insb. D. Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 2003; ders., Schuldrecht Besonderer Teil, 2007. Zuvor vor allem H. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 1969; ders., Besonderes Schuldrecht, 1970; D. Medicus, Bürgerliches Recht, 1968; daneben etwa H.-J. Musielak, Grundkurs BGB, 1986.

¹⁷¹ M. Jestaedt, Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1–12, 6.

¹⁷² S. insb. die seit 1979 erschienenen großen Handbücher des Mohr-Verlags zum Schuldrecht, die auf eine „Stabilisierung neuer Inhalte im gefügten (offenen) System“ zielten: J. Gernhuber, Vorwort des Herausgebers der Reihe (Fn. 147), vi.; vgl. Lange, Schadensersatz (Fn. 147); D. Reuter, M. Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983; J. Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate sowie das Erlöschen der Schuldverhältnisse aus anderen Gründen, 1983; ders., Das Schuldverhältnis, 1989; U. Huber, Leistungsstörungen, 1999; P. W. Heermann, Geld und Geldgeschäfte, 2003.

Mit dem Aufstieg des Kommentars wurde die Wissenschaft bescheiden. Man formulierte nicht mehr „Anweisungen“ für Richter,¹⁷³ sondern beschränkte sich umgekehrt darauf, Richterrecht in Fallgruppen aufzuarbeiten und allgemein zugänglich zu machen.¹⁷⁴ Die Kommentatoren verstanden sich nicht mehr als Akteure der Rechtsentwicklung, sondern als hochprofessionelle akademische Dienstleister.¹⁷⁵ Mehr als alles andere gewährleistete die Kommentarform damit die unpolitisch konservative Grundhaltung der bundesrepublikanischen Privatrechtsdogmatik. Das Scheitern der roten Alternativkommentare, deren politisches Programm auf den „freien Platz links von der herrschenden Meinung“ gezielt hatte,¹⁷⁶ bekräftigte diese Haltung: Kommentare, so lernte man, boten keinen Raum für Politik und Ideologiekritik.¹⁷⁷ Für viele machte auch das das Kommentieren attraktiv.

VI. Privatautonomie

Nicht nur in der Form des Publizierens, sondern auch in der Sache orientierte die bundesrepublikanische Rechtsdogmatik sich wieder stärker am Gesetz. Bereits in den 1950er Jahren hatten *Coing* und *Westermann* – der eine unbelastet, der andere nicht – in Erinnerung gerufen, dass die Grundlagen von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft zuallererst im Gesetz zu suchen waren.¹⁷⁸ Zwar blieb die *Methodenlehre* von *Larenz* – mit Anpassungen und Ergänzungen nur im Detail – noch viele Jahrzehnte die führende Autorität zu Fragen der juristi-

173 S. oben bei Fn. 133 ff. Heute noch *R. Stürner*, Die Zivilrechtswissenschaft und ihre Methode, AcP 214 (2014), 7–54 (Fn. 325), 10 ff.; Stürner sieht die Dogmatik nach wie vor „im Spannungsverhältnis zum Prozess demokratischer Gesetzgebung“: a. a. O., 20.

174 *W. Hassemer*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik. Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof u. a., Dogmatik (Fn. 153), 3–15, 8 f.; s. auch *Eifert*, Verhältnis (Fn. 153), 83 f., 87 ff.: Rechtsprechung als Akteur im Prozess dogmatischer Rechtserzeugung im Gegensatz zur lediglich „beobachtenden Rechtswissenschaft“.

175 S. auch *F. Hartmann*, Die Krise der universitären Juristenausbildung als Krise der Rechtswissenschaft, Hamburger Rechtsnotizen (HRN) 2015, 4–11, 9.

176 *G. Lübbe-Wolff*, Rezension Alternativkommentar zum Grundgesetz, Der Staat 24 (1985), 615–620, 615.

177 *Kästle-Lamparter*, Kommentare (Fn. 160), 88 ff.

178 *H.-P. Westermann*, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, 1954, 4 ff.: „Methodenfragen“; *ders.*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, 1955; *H. Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1950, 260 ff.

schen Methode. Aber wenn *Coing* und *Westermann* von „Wertungen“ sprachen, so geschah dies im methodischen Sinne von *Heck*:¹⁷⁹ Es ging ihnen um die „gesetzliche [...] Wertung von Interessen“,¹⁸⁰ also um die „Wertungen, [...] auf denen die Rechtsnorm beruht“,¹⁸¹ und damit gerade nicht um übergesetzliche Wahrheiten.¹⁸² „Wertendes Zweckdenken“, so formulierte es *Lehmann*, dürfe „nur zur gesetzestreuen Einschränkung und Erweiterung des Gebotsinhalts, niemals aber zur eigengesetzlichen Wertung ohne Anknüpfung an die Werturteile des Gesetzgebers verwandt werden.“¹⁸³ Nach *Coing* bot allenfalls das Grundgesetz eine tragfähige Grundlage für „überpositive Wertungen“.

Es schien dieser Linie zu entsprechen, wenn *Coing* 1957 im Staudinger vom „rechtlichen Ordnungsprinzip der Privatautonomie“ sprach,¹⁸⁴ und wenn seit 1976 im *Palandt* zu lesen war (und ist): „Das bürgerl Recht geht vom Grds der Privatautonomie aus.“¹⁸⁵ Im *Palandt* war (und ist) die Privatautonomie also eine gesetzesfundierte Wertung, die der Dogmatik Orientierung zu bieten versprach. In der Sache referierte *Heinrichs* dabei weitgehend die Lehre *Flumes*, der die Privatautonomie zum gedanklich-programmatischen Fluchtpunkt seiner Lehre vom *Rechtsgeschäft* gemacht hatte.¹⁸⁶ Allerdings hatte *Flume* ebensowenig eine gesetzliche Grundlage für die Privatautonomie genannt wie *Coing*. Für *Flume* war die Privatautonomie vielmehr ein „der Rechtsordnung vorgegebener und in ihr zu verwirklichender Wert“.¹⁸⁷ Sie stand deshalb zwar durchaus zur Disposition des Gesetzgebers, der frei war, das Güterrecht „der Privatautonomie zu entziehen“, erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten weitgehend einzuschränken und das Schuldrecht auf zwingendes Recht umzustellen. Zugleich bildete die

¹⁷⁹ Oben bei Fn. 84 ff.

¹⁸⁰ So *Westermann*, Interessenkollisionen (Fn. 178), 4; ähnlich *ders.*, Streitentscheidung (Fn. 178), 14.

¹⁸¹ *Coing*, Rechtsphilosophie (Fn. 178), 265.

¹⁸² Ausdrücklich *Westermann*, Streitentscheidung (Fn. 178), 27 f., der zwar bei der Ermittlung der gesetzlichen Wertung auf den Rechts- und Zweckmäßighkeitsanspruch jedes Gesetzes abgestellt hatte, dann aber seine Skepsis gegenüber überpositiven Wahrheiten unmissverständlich klarstellte.

¹⁸³ *Lehmann*, Faktische Vertragsverhältnisse (Fn. 119), 1.

¹⁸⁴ Staudinger/*H. Coing* (11. Aufl., 1957), Einl zu § 104, Anm. 2a.

¹⁸⁵ *Palandt*/*H. Heinrichs* (35. Aufl., 1976), Vor § 104, Anm. 1.a. Gleichsinnig seinerzeit die Neuformulierung der Erläuterungen vor § 305, Anm. 4. Ebenso *Grüneberg/J. Ellenberger* (84. Aufl., 2025), Vor § 104, Rn. 1.

¹⁸⁶ *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2. Das Rechtsgeschäft, 1965.

¹⁸⁷ *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn. 186), 1; ebenso bereits *ders.*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, FS zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, 1960, 135–238, 136.

Privatautonomie aber eine evidente Voraussetzung jeder juristischen Argumentation. Ihre Begründung fand sie unabhängig von den Vorschriften des BGB und des Grundgesetzes in dem Respekt vor der „Selbstbestimmung des einzelnen im Rechtsleben“.¹⁸⁸ Wer vor 1945 integer geblieben war, tat sich später leichter mit moralischen Wahrheiten. Dabei brauchte *Flume* solche Wahrheiten gar nicht gegen das Gesetz zu stellen. Seine autonomieorientierte Dogmatik funktionierte weitgehend unabhängig vom Gesetz und kam ohne viel Exegese aus. Wenn andere etwa mit der Lehre vom faktischen Vertrag oder mit der Inhaltskontrolle von AGB anhand der §§ 138, 242 BGB (statt über § 315 BGB) freiheitswidriges Gedankengut fortführten, warf *Flume* ihnen nicht eine Missachtung des Gesetzes vor, sondern mokierte sich, häufig mit beißender Schärfe, über ihre dogmatische Begriffsstutzigkeit.¹⁸⁹

Demgegenüber gründete *Heinrichs* die Privatautonomie auf die Vertrags-, Vereinigungs- und Testierfreiheit sowie auf die Freiheit des Eigentums und nannte für diese Freiheiten jeweils konkrete gesetzliche bzw. grundgesetzliche Grundlagen.¹⁹⁰ Das entsprach der herrschenden Lehre, die die Autonomie im BGB verankerte und damit als eine privatrechtsimmanente, unpolitische Grundlage der Dogmatik verstehen konnte. Bereits 1957 hatten die Zivilrechtslehrer in diesem Sinne die Problemlagen sog. „faktischer Schuldverhältnisse“ diskutiert.¹⁹¹ Selbstverständlich war diese Sicht aufs Gesetz allerdings nicht, so sehr sie zum gesetzesorientierten Wertungsstil der Jahre passte. In den Vorauflagen des *Palandt* war der Begriff so wenig vorgekommen wie die Sache. Bis 1975 fanden sich dort lediglich Erläuterungen der dogmatischen Grundbegriffe des Gesetzes; normative Prinzipien kamen nicht zur Sprache. Auch sonst war von der Privatautonomie als einem allgemeinen Prinzip des bürgerlichen Rechts kaum jemals die Rede gewesen. Üblicher war, wenn überhaupt, die Rede von der Vertragsfreiheit.¹⁹² Wichtiger als die Freiheit waren jedenfalls ihre Grenzen und Schranken. Nach *Enneccerus/Lehmann* (1954) war die Ver-

¹⁸⁸ *Flume*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie (Fn. 187), 138 f.

¹⁸⁹ *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn. 186), 95 ff. (faktische Vertragsverhältnisse), 668 ff. (AGB – die *Flume* über § 315 kontrollieren wollte); *ders.*, Rechtsgeschäft und Privatautonomie (Fn. 187), 168 ff. (AGB: „irgendwelche Gemeinschafts-Mystizismen“), 183 ff. (faktische Vertragsverhältnisse: „schlechterdings nicht ernst zu nehmen“).

¹⁹⁰ *Palandt/Heinrichs* (35. Aufl., 1976), Vor § 104, Anm. 1.a: Art. 2 I GG (Vor § 145, Anm. 3.a), Art. 9 GG (Vor § 21, Anm. 2), § 2302 BGB (Vor § 2064, Anm. 3), § 903 BGB (Vor § 903, Anm. 1).

¹⁹¹ *Lehmann*, Faktische Vertragsverhältnisse (Fn. 119); *Esser*, Gedanken (Fn. 116), 91 u. *passim*.

¹⁹² *Larenz*, Schuldrecht AT⁴ (Fn. 109), 37 (§ 5): „sog. ‚Privatautonomie‘“ (unter der Überschrift „Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen“).

tragsfreiheit durch gesetzliche Regulierung, tarifvertragliche Regelungen und allgemeine Geschäftsbedingungen weitgehend aufgehoben.¹⁹³ Ähnliches las man im *Palandt* bis 1960.¹⁹⁴ Wahrscheinlich war das nicht zuletzt unter dem Eindruck der nationalsozialistischen und alliierten Zwangsbewirtschaftung geschrieben, und verheiratete Frauen blieben noch bis 1958 ganz erheblich in ihrer Autonomie eingeschränkt.¹⁹⁵ Aber auch vor dem Krieg hatten nur wenige anders gedacht. Eine bemerkenswerte Ausnahme war der Erlanger Professor *Erwin Rietzler*, der die „Vertragsfreiheit“ 1936 zum Gegenstand des *Staudingers* machte.¹⁹⁶

Wenn im BGB von der Privatautonomie und Vertragsfreiheit nichts zu lesen war, so war das kein Versehen. Bei den Vätern des BGB hatten gesetzliche „Prinzipien“ ohnehin eine viel konkretere Bedeutung gehabt, als das heute der Fall ist.¹⁹⁷ Das BGB sollte ja unpolitisch sein; es gab sich nicht ‚liberaler‘, als es ‚sozial‘ sein wollte,¹⁹⁸ und die Reichweite der Vertragsfreiheit war politisch

193 L. *Enneccerus*, H. *Lehmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14. Aufl., 1954, 113 (§ 27); ähnlich *Larenz*, *Schuldrecht AT*⁴ (Fn. 109), 47 (§ 5 II.d).

194 *Palandt/B. Danckelmann* (19. Aufl., 1960), Vor § 145, Anm. 3: „Vollkommene Vertragsfreiheit, dh die Freiheit des einzelnen, seine Rechtsstellg und die Rechtslage der von ihm beherrschten Rechtsgüter nach Belieben durch Vertrag mit anderen Personen zu ändern, besteht nicht.“

195 HKK/E. *Schumann* (2018), §§ 1353–1362, Rn. 60 f. zum Bestimmungsrecht des Ehemanns über die Arbeitskraft seiner Frau bis 1958 und zum damit verbundenen Recht, Arbeitsverträge der Frau fristlos zu kündigen. S. auch Rn. 67 zur späteren Abschaffung des gesetzlichen Leitbilds der Hausfrauenehe (1977).

196 *Staudinger/E. Rietzler* (10. Aufl., 1936), Vor § 145, Rn. 4: In der Voraufgabe (1925) hatte Rietzler an dieser Stelle lediglich den Kontrahierungszwang erläutert.

197 *Planck*, *Bürgerliches Gesetzbuch* 1 (Fn. 149), 7 (Einleitung): „Prinzipienfragen“ wie „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte“, „Geschäftsfähigkeit Minderjähriger“, „Gewährleistung für Mängel bei der Veräußerung von Tieren“ etc., 20 f. (Einleitung): leitende Rechtsgedanken vs. konkrete „Prinzipien“ einer spezifischen Materie; s. auch *dens.*, Kritik (Fn. 31), 419 ff., 420: bestimmte, „prinzipiell gefasste Rechtsbefehle“ (im BGB) vs. in einer Kodifikation nicht brauchbare leitende Rechtsgedanken.

198 *Planck*, Kritik (Fn. 31), 405 f.: „Die Interessen der Einzelnen werden überhaupt nur deshalb rechtlich geschützt, Rechte im subjectiven Sinne nur deshalb anerkannt, weil das Interesse der Gesamtheit, welche zwar aus allen Einzelnen gebildet wird, deren Interesse aber nicht mit allen Einzelinteressen zusammenfällt, jene Anerkennung fordert.“ S. auch *Repgen*, *Soziale Aufgabe* (Fn. 34), 521 u. *passim*. Dagegen steht möglicherweise die These mancher Historiker, das BGB habe ein Prinzip gleicher Freiheit kodifiziert; statt aller, *Staudinger/Coing* (11. Aufl., 1957), Einl zu § 104, Anm. 2c (ohne Nachweis); HKK/J. *Rückert* (2003), vor § 1: Das Bürgerliche Gesetzbuch [...], Rn. 43 ff.; HKK/S. *Hofer* (2007), vor § 241: Das Prinzip Vertragsfreiheit, Rn. 6 u. *passim*. Aber die Quellen bieten dafür keine Stütze; das räumen auch Hofer und Rückert an anderer Stelle ein: *Hofer*, a. a. O., Rn. 6; *Rückert*, a. a. O., 31 ff.: Das BGB habe „sei-

hochumstritten.¹⁹⁹ Anders als etwa im Versicherungsvertragsgesetz (§ 192 II VVG¹⁹⁰⁸) war bei der Gesetzgebung zum BGB deshalb nur ganz ausnahmsweise und in eher trivialen Kontexten von der Vertragsfreiheit oder Autonomie die Rede gewesen – als Erklärung dafür, dass Bürger überhaupt Verträge schließen durften,²⁰⁰ und dass es für eine hinreichende vertragliche Einigung darauf ankam, was die Parteien für regelungsbedürftig hielten.²⁰¹ Wenn man davon ausging, dass Bürger ihre privaten Rechtsverhältnisse nach ihren Präferenzen regeln konnten, so war das also eine vorrechtliche Annahme, kein rechtliches Gebot. Auch nach der Weimarer Verfassung sollte Vertragsfreiheit nur „nach Maßgabe der Gesetze“ gelten (Art. 152 (1) WRV). Die Kriegswirtschaft hatte sie in weiten Bereichen des Alltagslebens suspendiert;²⁰² auch dort, wo man sie nach dem Krieg wiederherstellte, hatte sie ihre Selbstverständlichkeit verloren.²⁰³

Die ältere Kommentarliteratur diskutierte dementsprechend weder die Privatautonomie noch die Vertragsfreiheit noch überhaupt eine „Theorie für die Entstehungsgründe der Schuldverhältnisse“.²⁰⁴ *Planck* zählte die Vertragsfreiheit nicht einmal zu den „großen Prinzipien des modernen Rechts“, die bei der Beurteilung von gewerblichen Konkurrenzklauseln nach § 138 BGB zu berücksich-

ne prinzipiellen Entscheidungen nicht ausdrücklich in den Text gestellt (Rn. 35); auch „der Kronzeuge *Planck*“ bleibe „bemerkenswert zurückhaltend“ (Rn. 31).

199 *Reppen*, Soziale Aufgabe (Fn. 34), 73 ff., 83 ff.

200 *P. von Kübel*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1882, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II/1, Schuldverhältnisse, 1980, 1–1119, 136, 144: „Anerkennung der rechtsgestaltenden Kraft der Willenserklärung“; *Motive*, Bd. 2, 2 (B. Mugdan [Hg.], Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin, 1899, 1): „Vermöge des Principes der Vertragsfreiheit [...] können die Parteien ihre Rechts- und Verkehrsbeziehungen [...] bestimmen, soweit nicht allgemeine oder bestimmte Gesetzesvorschriften entgegenstehen“.

201 *Motive*, Bd. 1, 162 (B. Mugdan [Hg.], Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1. Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin, 1899, 441).

202 Anschaulich *E. Heymann*, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierichts, 1921, 156 ff., zu den Beschlagnahmen und Zuweisungsverfahren von Rohstoffen.

203 *K.-W. Nörr*, Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik, 1988, 43 f.

204 So *P. Oertmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl., 1910, 1 ff. (Vorbemerkung), 153 (vor § 305). S. auch Bürgerliches Gesetzbuch 1 (Fn. 149), § 127 (Form von Verträgen) u. § 145 (allgemeine Vertragslehren).

tigen waren.²⁰⁵ Nicht ganz so zurückhaltend gaben sich die Lehrbücher.²⁰⁶ Aber nur *von Tuhr* zeichnete das Privatrecht in freiheitlichen Farben, und auch bei ihm hatte die Privatautonomie keine normative Bedeutung.²⁰⁷ *Crome* statuierte knapp, die „sog. Privatautonomie“ sei „keine Rechtsquelle“.²⁰⁸ *Cosack* erklärte mit der Privatautonomie die Anwendung der Vorschriften über Rechtsgeschäfte auch bei rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen.²⁰⁹ Und für *Endemann* war Privatautonomie ein bloßer Oberbegriff für Formfreiheit und die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung, wobei er warnte, „beide Grundsätze“ zu vereinigen und „bis zum Extrem“ auszudehnen. „Eine derartig ausgedehnte Privatautonomie war niemals in Geltung. Sie wird es auch nach dem B.G.B. nicht sein“.²¹⁰ Nach *Endemann* genügte es für die Wirksamkeit eines Vertrags nicht, dass die Absprache gegen keine rechtlichen Verbote verstieß. Vielmehr erforderte jeder Vertrag ein „schutzwürdiges Interesse“ bzw. einen „rechtlich anerkannten Schuldgrund“. Ebenso sah es *Enneccerus*,²¹¹ einer der Väter des BGB.²¹²

Von Vertragsfreiheit oder Privatautonomie als rechtlichen Prinzipien sprachen 1900 also weder das BGB noch die Lehre. Nur in der Rechtsprechung war die Vertragsfreiheit bisweilen ein Argument,²¹³ mit dem sich unter Umständen allerdings auch die belastende Drittwirkung einer vertraglichen Vereinbarung

205 *Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch 1 (Fn. 149), § 138, Anm. 2: „Prinzipien der persönlichen Freiheit, der Gewissensfreiheit, der Koalitionsfreiheit, der Gewerbefreiheit, der Freiheit in Ausübung des Wahlrechts etc.“

206 Fehlanzeige demgegenüber bei *Kohler*, Lehrbuch 1 (Fn. 161), 485 ff.; *ders.*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II/2, Vermögensrecht/Schuldrecht, 1906, 280 ff.

207 *A. von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1910, 25; Bd. II/1, 143; Bd. II/2, 1918, 1.

208 *Crome*, System 1 (Fn. 161), 93; bei der rechtsgeschäftlichen Entstehung von Schuldverhältnissen war von Autonomie oder Freiheit nicht die Rede: a. a. O., Bd. 2, 24 f.

209 *K. Cosack*, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 2. Aufl., Jena, 1899, 147 (§ 51).

210 *F. Endemann*, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 5. Aufl., Berlin, 1899, 427 ff.

211 *Enneccerus*, Lehrbuch I/1 (Fn. 161), Bd. I/2, 67 (§ 251 Nr. 2); s. auch a. a. O., 5 (§ 225 II.2).

212 *S. Planck*, Bürgerliches Gesetzbuch 1 (Fn. 149), 15 f. (Einleitung). Ludwig Enneccerus, Professor in Marburg, gehörte seit den 1880er Jahren immer wieder dem preußischen Herrenhaus und dem Reichstag an; er war Mitglied der Reichstagskommission zur Schlussberatung des BGB und dort Berichterstatter für die ersten beiden Bücher; s. *R. Frassek*, Enneccerus, Ludwig (1843–1928), in: HRG, 2. Aufl., 2008, Sp. 1347 f.

213 RGZ 53, 294, 297 (1903) – mit einer Begründung aus § 241 BGB. Vor Erlass des BGB etwa RGZ 11, 100, 110 (1883).

begründen ließ.²¹⁴ Zu einem allgemein anerkannten, dogmatisch ausgeformten „gesetzlichen Prinzip“ wurde die Privatautonomie erst in den Jahrzehnten nach dem Krieg. Dabei bedeutete die Rede von Vertragsfreiheit oder Privatautonomie zunächst nicht, dass man jetzt liberaler denken wollte. Zwar hatte *Hallstein* in diesem Sinne für die „Wiederherstellung“ eines liberal individualistischen Privatrechts plädiert, das für ihn den „Ausdruck der Persönlichkeit als Rechtsinstitution“ bedeutete.²¹⁵ Die Mehrheit dachte allerdings anders und thematisierte die Vertragsfreiheit nicht als Grundlage des Privatrechts, sondern erst an zweiter Stelle, als Schranke von Gleichheitspostulaten. So rechnete *Raiser*, der 1946, „in der Not unseres Volkes“ und vor der Währungsreform,²¹⁶ als einer der ersten in diese Richtung dachte, mit einem „sozialistisch geprägten“ „neuen Wertsystem“²¹⁷ Privatrechtliche Freiheiten waren für ihn von daher bloße Grenzen des „Gleichheitsgrundsatzes“.²¹⁸ Denn durch die „Privatautonomie“ werde „die Ungleichheit [...] anerkannt“.²¹⁹ Allerdings kam der „Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit“, wie *Raiser* unter Verweis auf ordoliberalen Standardliteratur betonte, niemals „absolute Geltung“ zu; „ihre Funktion“ könnten sie „nur dann richtig erfüllen, wenn bestimmte wirtschaftliche Voraussetzungen gewahrt sind [...]“. Dort „wo es den Mangel zu verteilen gilt“, galt daher der Gleichheitsgrundsatz als „Gebot objektiven Rechtes“.²²⁰

Nun waren diese Überlegungen 1946 in manchem ins Unreine gesprochen.²²¹ ‚Unpolitisch‘ waren sie jedenfalls nicht, und Rechtsgrundlagen vermochte auch *Raiser* nicht zu nennen. Mit dem Grundgesetz ergab *Raisers* Argumentation aber auf einmal guten Sinn. Für *Beitzke* war die „Privatautonomie“ (neben Art. 6 GG) die entscheidende Schranke des Art. 3 GG.²²² Unter wiederholtem Verweis auf *Raisers* Text betonte er, dass „die Privatautonomie“ es gestatte, „Verträge beliebig zu schließen oder abzulehnen, also auch beliebig zwischen Männern und

214 RGZ 134, 143, 149 f. (1935) mit dem irritierenden Gedanken einer „durch Erweiterung der Vertragsmacht hinsichtlich des Erwerbers erst eröffneten Vertragsfreiheit“.

215 *Hallstein*, Wiederherstellung (Fn. 124), 3: „die Person anerkennen heißt rechtlich, ihr eine Sphäre eigener Verantwortung zuweisen.“

216 Zur juristischen Unsicherheit über die künftige Wirtschaftsverfassung *C. Joerges*, Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: D. Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 311–363, 316 ff.

217 *Raiser*, Gleichheitsgrundsatz (Fn. 112), 100; s. auch *Haferkamp*, Geschichte des BGB (Fn. 39), bei Fn. 145.

218 *Raiser*, Gleichheitsgrundsatz (Fn. 112), 90 f.

219 *Raiser*, Gleichheitsgrundsatz (Fn. 112), 92 f.

220 *Raiser*, Gleichheitsgrundsatz (Fn. 112), 93 f.

221 Vgl. die unterschiedlichen Deutungen bei *B. Rüthers*, Entartetes Recht, 1988, 194; *Joerges*, Wissenschaft (Fn. 216), 327 ff.

222 *Beitzke*, Gleichheit (Fn. 121), 211.

Frauen zu wählen“. Umgekehrt wirkte aber auch „Art. 3 GG über § 138 BGB auf den Privatrechtsverkehr ein“. Es gab also eine Wechselwirkung von Freiheit und Gleichheit. Ebenso argumentierte *Dürig* zur Begründung seiner Lehre von der eingeschränkten, „mittelbaren“ Drittwirkung von Grundrechten.²²³ War die Privatautonomie dabei für *Beitzke* ein immerhin in den Landesverfassungen anerkannter „bestimmender Satz unserer ganzen Rechtsordnung“, ²²⁴ so begründete *Dürig* das Recht aus dem Wertsystem der Verfassung insgesamt.²²⁵ Auch in der privatrechtlichen Literatur war die Privatautonomie bald ein Verfassungsgebot.²²⁶ Sie erhielt damit die juristische Gestalt eines Rechtsprinzips, deren politischer Kern sich in der Diskussion zusehends auflöste.

VII. Kämpfe

Mitte der 1970er Jahre hatte die Zivilrechtswissenschaft sich also trotz methodischem Zweifel und gesellschaftlicher Verunsicherung eine neue, feste Gestalt gegeben. Tragend blieb dabei die intuitive Unterscheidung von ‚politischem‘ und ‚unpolitischem‘ Recht. Man fand Halt im Kommentar als wissenschaftlicher Publikationsform, in einer gesetzes- und verfassungsorientiert wertenden Methodik und in der Privatautonomie als normativem Anker. Während andernorts der *Death of Contract* ausgerufen wurde,²²⁷ zweifelte in Deutschland nurmehr eine Minderheit an der Möglichkeit einer ungebrochen liberalen Privatrechtsdogmatik.²²⁸ Von „public policies“, der Politik eines Gesetzes²²⁹ oder der Möglichkeit einer „Steuerung durch Privatrecht“ sprachen nur wenige

²²³ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Fn. 120), 163, 168 ff., 176 ff.; s. oben bei Fn. 120 ff.

²²⁴ *Beitzke*, Gleichheit (Fn. 121), 211.

²²⁵ *Dürig*, Grundrechte und Zivilrechtsprechung (Fn. 120), 176.

²²⁶ Palandt/B. *Danckelmann* (20. Aufl., 1961), Vor § 145, Anm. 3: „Die Vertragsfreiheit [...] ist heute verfassungsrechtlich gewährleistet, da sie in dem Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung enthalten ist [...]“. Allgemeiner formulierte das *H. Heinrichs* seit 1973 (32. Aufl.): „Die Vertragsfreiheit, d.h. die Freiheit des einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Vertrag eigenverantwortlich zu gestalten, gehört zu den überkommenen, grundlegenden Prinzipien unserer Rechtsordnung.“

²²⁷ *G. Gilmore*, *The Death of Contract*, 1974; s. auch *P. S. Atiyah*, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979.

²²⁸ *K. Zweigert*, *H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Bd. 2, 1969, 8 ff.; *Münchener Kommentar BGB/E. A. Kramer* (1978), Vor § 145, Rn. 4 ff.; s. auch *G. Boehmer*, *Einführung in das bürgerliche Recht*, 2. Aufl., 1965, 83–89.

²²⁹ *E. Steindorff*, *Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht*, FS Karl Larenz, 1973, 217–244, 222, 225 u. öfter.

Wirtschaftsrechtler – neben *Raiser*²³⁰ etwa *Steindorff*,²³¹ ein Schüler des ersten Präsidenten der Europäischen Kommission. Ohnehin mieden die meisten Zivilrechtslehrer theoretisch-politische Grundlagenfragen;²³² nur Ausnahmefiguren wie *Mestmäcker* griffen insoweit internationale und interdisziplinäre Theorieangebote auf.²³³ Ohne das näher zu erläutern, verstand man das Privatrecht als Ausgleichsordnung zwischen autonomen Privatrechtssubjekten. Über die politischen Grundlagen eines solchen Modells brauchte man nicht zu sprechen, denn im Privatrecht ging „es nun [...] einmal fast ausschließlich um Zweierbeziehungen“.²³⁴ Die Abwehr „unsozialer Folgen der Vertragsfreiheit“, darüber war man sich einig, war Sache des Gesetzgebers.²³⁵ Der „eminent politische“ und damit „systemsprengende“ Verbraucherschutz gehörte deshalb als Gegenmodell zum etablierten Privatrechtsdenken ins Sonderprivatrecht.²³⁶ Allerdings zweifelte *Zöllner* grundsätzlich, ob der „Wohlfahrtsstaat“ überhaupt das Privatrecht „zur Verfolgung seiner Ziele [...] in Dienst nehmen“ dürfe.²³⁷

Der Druck auf dieses Privatrechtsmodell ließ allerdings nicht nach. Immer mehr sah die Zivilrechtswissenschaft die Privatautonomie und damit zugleich auch ihr unpolitisches Selbstverständnis und ihre wissenschaftliche Autonomie bedroht. Immer wieder musste man sich ärgern, vor allem über Verfassungsgerichtsentscheidungen im Kernprivatrecht und über europäische Regulierungsansätze im Verbraucherrecht. Entschlossen stritt man für die traditionelle Eigenständigkeit des Fachs, und dabei erwies sich als prophetisch, was *Esser* bereits 1957 beobachtet hatte. Aus Sicht der Wissenschaft war das „Willensdogma“ längst nicht mehr „ein soziales Marktinstrument der ‚besitzenden Klasse‘ [...], sondern ein sicheres réduit aller Schichten vor dem Interventionismus des

230 *L. Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts, 1971, 11 ff., 28 ff.

231 *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung und Steuerung durch Privatrecht?, FS Ludwig Raiser, 1974, 621–642, 627 ff. („Ordnungsfunktion“), 631 („Planifikation“).

232 Ebenso *W. Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85–100, 92 ff.

233 Exemplarisch *E. J. Mestmäcker*, Der verwaltete Wettbewerb, 1984; s. auch die Aufsatzsammlungen: Recht und ökonomisches Gesetz. Über die Grenzen von Staat, Gesellschaft und Privatautonomie, 1978; *ders.*, Die sichtbare Hand des Rechts. Über das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem, 1978.

234 *U. Diederichsen*, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171–260, 257.

235 Exemplarisch *D. Medicus*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1981, 27 ff., 34 (§§ 9 f.).

236 *M. Lieb*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327–366, 349: „eminent politisches, u. U. sogar systemsprengendes Postulat“; *ders.*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen? Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196–226.

237 *Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft (Fn. 232), 98.

Wohlfahrtsstaates.²³⁸ Die Privatautonomie sollte nicht nur das Privatrecht erklären und seiner dogmatischen Fortschreibung eine Richtung geben, sondern Privatrechtsdenken sichern. Die Zivilrechtslehre brachte die Privatautonomie jetzt in eine Frontstellung gegen all das, was sie als heteronome Störung etablierten Privatrechtsdenkens wahrnahm. Als *Lehmann* 1958 mit nach wie vor feinem Sinn für die Zeichen der Zeit die Formel von der „Knochenerweichung“ des Privatrechts prägte,²³⁹ war das gegen den Gesetzgeber gerichtet, kein Anstoß zur Reflexion der aus Weimar und der NS-Zeit ererbten Dogmatik. *Larenz* sprach seit längerem von einer „Einschränkung der Vertragsfreiheit durch das Grundgesetz.“²⁴⁰ Auf dem Spiel stand, wie *Diederichsen* es später formulierte, die „Souveränität des Zivilrechts“.²⁴¹

Nun war das an sich nicht neu – nach 1945 war die Privatautonomie ja zunächst als eine Schranke des Gleichbehandlungsgrundsatzes in den Blick geraten und hatte von Anfang an eine verfassungsrechtliche Bedeutung (oben VI.).²⁴² Gleichwohl bedeutete die Frontstellung gegen heteronome Akteure eine signifikante Akzentverschiebung. Erst jetzt wurde die Vertragsfreiheit zu einem politischen Argument in rechtspolitischen Kontroversen. Noch einmal wusste die Zivilrechtswissenschaft es besser: besser als der Gesetzgeber und besser als die Verfassung und ihr Gericht. Die Zurückhaltung der Bonner Bundesrepublik war Vergangenheit. Gleichzeitig verschoben sich aber auch grundlegende Wahrnehmungsmuster und normative Vorannahmen. In den 1950er und 60er Jahren hatte man mit unverfälschtem Realitätssinn auf die Vertragspraxis geschaut; so unterschiedliche Autoren wie *Lehmann*, *Coing* oder auch *Flume* waren sich einig gewesen, dass die Privatautonomie vor allem auch durch die Verwendung von AGB bedroht war.²⁴³ Denn der Kern der Privatautonomie bestand in der Möglichkeit, tatsächlich frei zu entscheiden. Bereits in den 1970er Jahren dachten viele anders; jetzt verzerrte die Lage der Privatrechtsdogmatik den Blick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse. *Lieb* durfte mit breiter Zustim-

238 *Esser*, Gedanken (Fn. 116), 93.

239 *L. Enneccerus*, *H. Lehmann*, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Aufl., 1958, v (Vorwort).

240 *K. Larenz*, *Lehrbuch des Schuldrechts Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1968, 59 (§ 5 IV.); in älteren Aufl. war von der „Zulässigkeit von Einschränkungen der Vertragsfreiheit nach dem Grundgesetz“ die Rede gewesen; s. etwa *Larenz*, *Schuldrecht AT*⁴ (Fn. 109), 49 (§ 5 IV.).

241 *Diederichsen*, *Bundesverfassungsgericht* (Fn. 234), 209.

242 Bei Fn. 216 ff.

243 *Enneccerus*, *Lehmann*, *Schuldverhältnisse*¹⁴ (Fn. 193), 113 (§ 27); *Staudinger/Coing* (11. Aufl., 1957), Einl. zu § 104, Anm. 2d a. E.; *Flume*, *Rechtsgeschäft und Privatautonomie* (Fn. 187), 168; s. auch *Larenz*, *Schuldrecht AT*⁴ (Fn. 109), 47 (§ 5 II.d); *Palandt/Danckelmann* (19. Aufl., 1960), Vor § 145, Anm. 3.

mung rechnen, als er 1978 mit Blick auf AGB von einem „unter dem Aspekt der Privatautonomie so gefährlichen Instrument wie dem der Inhalts- oder besser Angemessenheitskontrolle“ sprach²⁴⁴ und wenige Jahre später ganz allgemein einen zunehmenden gesetzgeberischen „Paternalismus“ beklagte.²⁴⁵ Die Gefahr lag also nicht mehr in der Vertragspraxis, sondern in ihrer Regulierung. Unausgesprochen vorausgesetzt war dabei ein zunehmend formaler Freiheitsbegriff. Konsequenterweise entkoppelte Zöllner die Privatautonomie deshalb vom Gedanken der Selbstbestimmung und ihrer grundgesetzlichen Begründung. Die Privatautonomie war jetzt vor allem durch gesetzliche Vorschriften zum Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz gefährdet.²⁴⁶ Wie unsinnig und letztlich ideologisch eine solche Sicht etwa auf die gerichtliche AGB-Kontrolle war, hatte Kötz allerdings schon 1974 mit den Mitteln einer Transaktionskostenanalyse erläutert.²⁴⁷ Noch 2005 war er deshalb für Harm-Peter Westermann ein Feind der Freiheit.²⁴⁸ Immerhin erinnerten Canaris und Medicus daran, dass die Privatautonomie „nicht um ihrer selbst willen durch das GG geschützt“ sei, sondern „der Selbstbestimmung der Person“ diene.²⁴⁹ Aber auch für Canaris war zwingendes Verbraucherrecht schlechthin verfassungswidrig.²⁵⁰

1. Bürgschaften (1)

Immer wieder stritt man um Bürgschaften. Hier sah die Wissenschaft das Privatrecht zunächst durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, später durch europäisches Verbraucherschutzrecht bedroht. Das Verhältnis von Verfassung und Privatrecht war ohnehin schwierig: Bereits die Soraya-Entscheidung war als übergriffig wahrgenommen worden; und man war empört über den Zwang zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben, der,

²⁴⁴ Lieb, Sonderprivatrecht (Fn. 236), 225.

²⁴⁵ Lieb, Schuldrechtsform (Fn. 236), 348.

²⁴⁶ Zöllner, Zivilrechtswissenschaft (Fn. 232), 97 ff.; ders., Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht. Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen, AcP 196 (1996), 1–36, 26 ff.

²⁴⁷ H. Kötz, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten A für den 50. Deutschen Juristentag, 1974, 29 ff.

²⁴⁸ H. P. Westermann, Vertragsfreiheit 1956 und heute, in: Universität Tübingen, Ludwig Raiser (Fn. 113), 53–95, 54: „mehr oder weniger unverhüllte Verabschiedung der Privatautonomie“.

²⁴⁹ D. Medicus, Entwicklungen im Bürgschaftsrecht, JuS 1999, 833–839, 837; C.-W. Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273–364, 277.

²⁵⁰ Canaris, Wandlungen (Fn. 249), 362 ff.

wie es schien, die organische Fortbildung des bürgerlichen Rechts störte.²⁵¹ Ein Beispiel war die Instanzenrechtsprechung zum Recht (insbesondere ausländischer) Wohnungsmieter, auch ohne Zustimmung des Vermieters eine Parabolantenne an der Hauswand zu befestigen, sofern der Vermieter keinen Kabelanschluss bereitstellte.²⁵² Dann kamen die Handelsvertreter,²⁵³ und die Bürgschaftsentscheidung,²⁵⁴ in denen das Verfassungsgericht fragte, „ob und inwieweit beide Vertragspartner über den Abschluß und den Inhalt des Vertrages tatsächlich frei entscheiden konnten“.²⁵⁵ Das Gericht konfrontierte den BGH und die Zivilrechtswissenschaft jetzt mit seinem materiellen Verfassungsverständnis von Privatautonomie.

Natürlich musste der BGH diesen Vorgaben folgen.²⁵⁶ In der Sache war das eigentlich unproblematisch; auch die zivilrechtliche Literatur war mit der älteren Rechtsprechung nicht glücklich gewesen.²⁵⁷ Das gemeine Recht hatte Frauen mit dem paternalistischen *senatus consultum Vellaeianum* geholfen;²⁵⁸ auch nach Inkrafttreten des BGB traten Richter mithaftenden Frauen in vielfältiger Weise zur Seite.²⁵⁹ 1910 erklärte das OLG Dresden die Bürgschaft einer weitgehend mittellosen jungen Frau zugunsten ihres Vaters mit denselben Argumenten für sittenwidrig, die 1994 für das Verfassungsgericht entscheidend waren.²⁶⁰ Erst in den 1980er Jahren sah der BGH sich überhaupt mit den krasen Fällen von Angehörigenbürgschaften konfrontiert, die bald auch vor das Verfassungsgericht kamen. Zwar hatten Banken solche Bürgschaften offenbar schon immer hineingenommen; sie hatten diese aber nur in Ausnahmefällen

251 Deutlich spürbar in der im Ton zurückhaltenden, wohl repräsentativen Stellungnahme von *D. Medicus*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht*, AcP 192 (1992), 35–70, 60 und *passim*.

252 Die Rechtsprechung fand Billigung in BVerfG, NJW 1993, 1252 f. (1993) m. w. N.

253 BVerfGE 81, 242, 253 ff. (1990): entschädigungsloses Wettbewerbsverbot für Handelsvertreter.

254 BVerfG 89, 214, 230 ff. (1993).

255 BVerfGE 89, 214, 231 (1993).

256 BGHZ 125, 206, 209 ff., 215 f. (1994) in ausdrücklicher Abweichung von der zuvor strikteren Rechtsprechung.

257 Zusammenfassend *J. Gernhuber*, *Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit*, JZ 1995, 1086–1096.

258 Zusammenfassend *Jansen*, *Seriositätskontrollen existentiell belastender Versprechen*, in: R. Zimmermann (Hg.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluß*, 2007, 125–162, 128 f., 135 m. w. N.

259 Ausführlich HKK/H.-P. *Haferkamp* (2013), §§ 765–778, Rn. 110 ff.

260 SeuffA 67, 1 f. (Nr. 1). Die Frau lebte noch im Haushalt ihres Vaters. Hinzu kam, dass der Kreditgeber für die Bürgschaft lediglich eine kurze zusätzliche Stundung gewähren wollte. Zur Entscheidung HKK/*Haferkamp* (2003), § 138, Rn. 6; HKK/*Haferkamp* (2013), §§ 765–778, Rn. 113, jeweils m. w. N.

aktiviert, wenn Schuldner tatsächlich Vermögen auf Angehörige verschoben hatten.²⁶¹ Jedenfalls schlug das Gericht erst jetzt seine harte Linie ein, wonach „die Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie“ es zulasse, „sich zu Leistungen zu verpflichten“, die man „nur unter besonders günstigen Bedingungen erbringen kann.“²⁶² Wie weit der BGH mit diesem formalen Autonomieverständnis einer rechtspolitischen Überzeugung folgte und wie weit er sich vom Wunsch nach dogmatischer Folgerichtigkeit leiten ließ, lässt sich schwer sagen. Jedenfalls entsprach es der neuen Haltung, dass der BGH die verfassungsgerichtlichen Vorgaben nurmehr als Ausnahmen begreifen mochte. Von Anfang an lehnte das Gericht sich deshalb pragmatisch eng an die Maßgaben des Verfassungsgerichts an.²⁶³ Es suchte die Lösung gar nicht erst auf der Ebene der Willensbildung, fragte also nicht, wie sich die tatsächliche Entscheidungsfreiheit in vergleichbaren Fällen wie der Bestellung von Pfandrechten an einem Familienheim gewährleisten ließ. Auch die Wissenschaft hat kaum jemals in diese Richtung weitergedacht. Zwar folgte die Kommentierungsliteratur der Rechtsprechung,²⁶⁴ doch brachte man gleichzeitig zum Ausdruck, wie wenig man mit der Linie des Verfassungsgerichts einverstanden war.²⁶⁵

Insbesondere *Zöllner* und *Diederichsen* hoben diese Kritik auf eine grundsätzliche Ebene und ersetzten Argumente durch Polemik. *Zöllner* sah mit der Entscheidung den „Obrigkeitsstaat“ kommen,²⁶⁶ für *Diederichsen* war sie ein Exempel „zersetzender“ verfassungsgerichtlicher „Eingriffe in die Zivilrechtsdogmatik“,²⁶⁷ die die „Gefahr“ sichtbar machte, die ganz grundsätzlich von dem „methodologischen Staatsstreich“ der „Lüth-Doktrin“ ausging.²⁶⁸ Verantwortlich dafür war seiner Ansicht nach neben dem Verfassungsgericht allein die Staatsrechtslehre. Dass auch Zivilrechtslehrer wie *Nipperdey* die Lehren von der Drittwirkung geprägt hatten, war vergessen; und in den Vorschlä-

261 Offenbar hatten Banken zuvor davon abgesehen, Frauen aus solchen Bürgschaften in Anspruch zu nehmen, solange zwischen den Ehegatten keine Vermögensverschiebung stattgefunden hatte: HKK/*Haferkamp* (2013), §§ 765–778, Rn. 113 a. E.

262 BGHZ 106, 269, 272 (1989); s. auch BGHZ 107, 92, 96 ff. (1989).

263 BGHZ 128, 230, 232 ff. (1995); 136, 347, 350 ff. (1997); 146, 37, 41 ff. (2000); näher *Jansen*, Seriositätskontrollen (Fn. 258), 143 ff.

264 Statt aller Münchener Kommentar BGB/M. *Habersack* (4. Aufl., 2004), § 765, Rn. 22 ff.

265 Zusammenfassend Münchener Kommentar BGB/*Habersack* (4. Aufl., 2004), § 765, Rn. 15 ff., 20 f.

266 *Zöllner*, Regelungsspielräume (Fn. 246), 3.

267 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 247 ff.

268 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 175, 226; das Gericht versuche, „das Zivilrecht zu beherrschen“.

gen des jungen *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht zusammenzudenken,²⁶⁹ sahen die führenden Zivilrechtslehrer zuallererst „bis dahin ungeahnte Zwänge für die weitere Umgestaltung des Privatrechts“.²⁷⁰ Bürger gänzlich von einer Bindung an Grundrechte freizustellen, wie *Canaris* das vorschlug,²⁷¹ genügte nicht mehr.²⁷² Im Kampf für die „Souveränität des Zivilrechts“ war viel grundsätzlicher anzusetzen: Die Privatautonomie erforderte eine „Verankerung der Zivilrechtsdogmatik im Grundrechtsabschnitt“,²⁷³ also einen institutionellen Schutz der Zivilrechtswissenschaft; für *Medicus* hatte „gute“, also „eine ausgefeilte und im ganzen bewährte“ Privatrechtsdogmatik mit ihrer „langen Tradition“ „einen grundgesetzlich geschützten Wert“.²⁷⁴

Der Kampf für die Privatautonomie der Privatrechtswissenschaft ruhte auf der Wahrheitsgewissheit ihrer Vertreter. *Zöllner* kontrastierte die offenbar ‚unpolitische‘ „dogmatisch kontrollierte Fortbildung des Privatrechts“ mit einer „politisch orientierten Wandlung“ durch das Verfassungsgericht.²⁷⁵ Dass das vorausgesetzte Privatrechtsmodell *Zöllners* und *Diederichsens* ebenso politisch war wie die Forderung, „kollektive Werte“ wie „Mitmenschlichkeit“ und „Umweltbelange“ anzuerkennen und die „klassische Literatur“ vor „der Verfremdung und Entstellung durch das moderne Regietheater“ zu schützen,²⁷⁶ war tonangebenden Zivilrechtslehrern offenbar nicht bewusst. Eine „Begründung der verfassungsrechtlichen Sonderstellung des Privatrechts“ schien *Diederichsen* nicht dringlich; er überwies die Frage kurzerhand „der Staatsrechtslehre“²⁷⁷ und machte lediglich deutlich, dass die Autonomie des Privatrechts mit der Privatautonomie zu begründen war. Anders als *Zöllner*²⁷⁸ ging es *Diederichsen* dabei gar nicht in besonderer Weise um individuelle Freiheit.²⁷⁹ Es ging um

269 C.-W. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201–246. Auch die Bürgerschaftsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts fand bei *Canaris* Zustimmung; Wandlungen (Fn. 249), 299 f.

270 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 201.

271 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 269), 208 ff., 213 f., 216, 222, 245; zustimmend *Medicus*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 251), 43 f.; *J. Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 374–383, 374.

272 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 205 ff.

273 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 210 ff.; vgl. auch S. 242 ff.

274 *Medicus*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 251), 60.

275 *Zöllner*, Regelungsspielräume (Fn. 246), 4.

276 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 215 f.

277 *Diederichsen*, Bundesverfassungsgericht (Fn. 234), 242 f.

278 *Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft (Fn. 232), 97 ff.; *ders.*, Regelungsspielräume (Fn. 246), 5 ff. und *passim*.

279 Der Schuldrechtsreformgesetzgeber erinnert *Diederichsen* vielmehr als Vater des Begriffs der Pflichtverletzung: BT Drucksache 14/6040 vom 14.5.2001, 133. In der

ungestörtes Privatrechtsdenken: Die Rede von der Privatautonomie war zum scheinbar unpolitischen archimedischen Punkt des Privatrechts geworden. Verfassungsrechtlich entsprach dem die Überzeugung von der Bindungsfreiheit privater Akteure trotz Grundrechtsbindung des Privatrechtsgesetzgebers:²⁸⁰ ein Gedanke, mit dem *Canaris* und *Medicus* in den 1980er und 1990er Jahren auf breite Zustimmung gestoßen waren.²⁸¹

2. Bürgschaften (2)

Mit neuem Privatrecht tat die deutsche Zivilrechtswissenschaft sich von jeher schwer.²⁸² Als der Gesetzgeber das arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebot in § 611a BGB (1980) normierte, kommentierte *Putzo* im *Palandt*: „Das G ist ein neuer Höhepunkt an Gesetzgebungsdilletantismus“ (sic!);²⁸³ im selben Jahr klagte *Diederichsen* über den „legislatorischen Fehlgriff des Reisevertragsgesetzes“.²⁸⁴ Und für *Flume* war das Fernabsatzgesetz 2000 „ein weiteres Machwerk gesetzgeberischer Unfähigkeit“; was der Gesetzgeber hier dem BGB und seiner Wissenschaftskultur antue, sei gleichermaßen respekt- und verantwortungslos.²⁸⁵

Besondere Probleme brachte das europäische Privatrecht,²⁸⁶ das mit seiner politischen Logik einer Integration des Binnenmarktes quer stand zum ausgleichsbezogenen Denken der deutschen Privatrechtsdogmatik. Diente Verbraucherrecht aus deutscher Sicht der Privatautonomie schwächerer Verkehrsteilnehmer, so war es aus europäischer Perspektive Unternehmensaußenrecht und diente der Marktregulierung. Exemplarisch zeigte sich diese Divergenz bei der Frage der Widerruflichkeit einer in einer Haustürsituation vereinbarten Bürgschaft. Nach Art. 1 der Haustürwiderruf-RL (1985)²⁸⁷ galt das Widerrufs-

Tat fanden vertragliche Ansprüche ihre Grundlage nach *Diederichsen* in einer Pflichtverletzung, nicht im Erfüllungsanspruch und anderen Gläubigerrechten: *U. Diederichsen*, Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts, AcP 182 (1982), 101–125, 114 f., 117 ff., 119.

²⁸⁰ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (Fn. 269), 208 ff., 212 ff.; *Medicus*, Verhältnismäßigkeit (Fn. 251), 43 ff.

²⁸¹ *Zöllner*, Regelungsspielräume (Fn. 246), 7 ff.; ähnlich *Hager*, Grundrechte (Fn. 271), 377 f., 379.

²⁸² *von Savigny*, Beruf (Fn. 4).

²⁸³ *Palandt/T. Putzo* (40. Aufl., 1981), § 611a, Anm. 1.

²⁸⁴ *Diederichsen*, Neuordnung (Fn. 279), 102.

²⁸⁵ *Flume*, Beruf (Fn. 156), 1429 f.

²⁸⁶ *Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung? (Fn. 38), 17 f.

²⁸⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträge.

recht nur, wo Waren geliefert oder Dienstleistungen erbracht wurden, denn nur so weit reichte überhaupt die Kompetenz zur Regulierung des Verbraucherrechts. Es war deshalb folgerichtig, dass der EuGH den Schutz der Richtlinie auf Bürgschaften beschränkte, die Forderungen aus Haustürgeschäften anderer Verbraucher sicherten;²⁸⁸ und wenn das Gericht dabei von der „Akzessorietät“ der Bürgschaft sprach, verband es damit offenkundig eine andere Bedeutung als die deutsche Dogmatik. Aus Sicht deutscher Privatrechtsdogmatik war all das indes unbegreiflich. Wie konnte es auf die Verbrauchereigenschaft des Hauptschuldners ankommen, wenn der Schutz des Bürgen in Rede stand?!²⁸⁹ *Canaris* konstatierte deshalb nahezu einmütige Kritik im deutschen Schrifttum und fragte sich „nicht ohne Irritation“, „wie der EuGH mit Grundfiguren des Privatrechts umgeht“.²⁹⁰

Die Irritation hätte sich auflösen lassen durch einen Blick in die Erwägungsgründe der Richtlinie, die die Kompetenzgrundlage und das Regulierungsziel offenlegten. Europarechtlerinnen wussten, dass nur das nationale Recht „der Privatautonomie diene“, während „das Gemeinschaftsrecht die Privatautonomie eher als Mittel zur Erreichung eines idealen Binnenmarktes ansieht“.²⁹¹ Was keinen Bezug zum Binnenmarkt hatte, lag von vornherein jenseits des Horizonts des europäischen Verbraucherrechts: Bürgschaften für Unternehmergeschäfte nicht minder als Eheverträge. Anders als der BGH das annahm,²⁹² war es deshalb aber keinesfalls ausgeschlossen, dem Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften in Deutschland den zusätzlichen Zweck eines allgemeinen Schutzes vor Überrumpfung zu unterlegen.²⁹³ Auch im ganz Kleinen wurde hier sichtbar,

²⁸⁸ EuGH, Rs. C-45/96 (*Dietzinger*), Slg. 1998, I-1214, Rn. 17–23.

²⁸⁹ Ausführlich *M. Auer*, Kreditsicherheiten und Verbraucherschutz auf dem Prüfstand des Europarechts, ZBB 1999, 161–171, 164; *J. Drexler*, Der Bürge als deutscher und europäischer Verbraucher, JZ 1998, 1046–1058, 1055 f.; ferner etwa *S. Lorenz*, Richtlinienkonforme Auslegung, Mindestharmonisierung und der „Krieg der Senate“, NJW 1998, 2937–2940, 2938 f.; *Medicus*, Entwicklungen im Bürgschaftsrecht (Fn. 249), 837; *T. Pfeiffer*, Die Bürgschaft unter dem Einfluss des deutschen und europäischen Verbraucherrechts, ZIP 1998, 1129–1138, 1132; *D. Reinicke*, *K. Tiedtke*, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz, ZIP 1998, 893–897, 894.

²⁹⁰ *Canaris*, Wandlungen (Fn. 249), 353.

²⁹¹ *B. Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2005, 79; Münchener Kommentar BGB/*H.-W. Micklitz* (4. Aufl., 2001), Rn. 1 ff.; ebenso heute Münchener Kommentar/*G. Bachmann* (10. Aufl., 2025), § 13, Rn. 27 ff.

²⁹² BGHZ 139, 21, 24 ff. (1998).

²⁹³ *Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht (Fn. 291), 137; vgl. auch, allerdings ohne Sinn für die verschiedenen politischen Logiken der unterschiedlichen Ebenen, Münchener Kommentar BGB/*Habersack* (4. Aufl., 2004), Vor § 765, Rn. 9; *Canaris*, Wandlungen (Fn. 249), 354.

dass sich das heutige Mehrebenenprivatrecht nur verstehen ließ, wenn man die unterschiedlichen politischen Logiken berücksichtigte, die hinter seinen Regeln lagen. Tat man das nicht, so blieb nur die Orientierung am ständig erneuerten Normtext.²⁹⁴

VIII. Ende

Eine wesentliche Konstante der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts war die unbeirrte Wahrheitsgewissheit ihrer tonangebenden Vertreter. In der Sache ging man durchaus weite Wege. Aber mit derselben Sicherheit, mit der man in Weimar und im Nationalsozialismus gemeinschaftsorientierte Wahrheiten gegen das individualistische Gesetz gestellt und die vertragliche Einigung dem Vorbehalt einer völkisch gedachten „Richtigkeits“-Kontrolle unterworfen hatte,²⁹⁵ aktivierte man in den 1980er und 1990er Jahren die Privatautonomie gegen die Verfassung und neue Gesetzgeber. Die Unsicherheiten der frühen 1970er Jahre blieben Episode. Getragen war diese axiomatisierende Wertungsgewissheit von jeher vom Denkmuster politischer Rechtsetzung und unpolitischer Dogmatik,²⁹⁶ das *Larenz* später in der historisch belasteten Metaphorik von ‚immanenten‘ und ‚äußeren Schranken‘ der Vertragsfreiheit formulierte:²⁹⁷ Die ‚innere‘ Ausgestaltung der Privatrechte war Sache einer ‚unpolitischen‘ Wissenschaft; sie war sachlich geboten und erfolgte in den bewährten Formen dogmatischen Denkens. Demgegenüber waren die ‚äußeren Schranken‘ Eingriffe interventionistischer Akteure, die man nur so lange zu akzeptieren bereit war, wie sie die dogmatische Fortbildung des Rechts nicht störten. Vielleicht war es kein Zufall, dass die Zivilrechtswissenschaft ihre normativen Überzeugungen gerade in Zeiten gesellschaftlicher Unsicherheit dogmatisierte und sich dadurch gegen Politik abschirmte – erst in Weimar, dann nach 1968.

²⁹⁴ B. Heiderhoff, *Europäisches Privatrecht*, 5. Aufl., 2020, Rn. 338 ff.; vgl. exemplarisch D. Looschelders, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 20. Aufl., 2022, § 42, Rn. 11 ff. m. w. N.

²⁹⁵ Wenn die Zivilrechtslehre Schmidt-Rimplers Begriff der „Richtigkeitsgewähr“ und damit nationalsozialistisches Denken bis heute weitergetragen hat (auch ich einmal), so ist das zuallererst ein Ausdruck von Geschichtsvergessenheit. Schmidt-Rimpler ließ jedenfalls keinen Zweifel an seiner Haltung: Es ging um die „richtige“, „konkrete“ „Gemeinschaftsordnung“: Nicht weil zwei Menschen sich geeinigt hatten, sondern „weil sich in ihm die Gemeinschaftsidee der Richtigkeit [...] verwirklichte“, waren Verträge „vom Rechte gewährleistet“. Der „Begriff der Privatautonomie“ war folglich „unzutreffend“, „Vertrag und Rechtsgeschäft“ keine „Rechtsquellen“. Schmidt-Rimpler, *Erneuerung* (Fn. 69), 138, 144, 159, 161.

²⁹⁶ Oben I.2.

²⁹⁷ Oben bei Fn. 110 f. und 130 ff.

Nun war diese Unterscheidung von Recht und Politik immer eine politische gewesen – zu Beginn des 19. Jahrhunderts ganz genauso²⁹⁸ wie beim Erlass des BGB²⁹⁹ und im Laufe des 20. Jahrhunderts. Ernsthaft tragfähig war sie nie. Überall im Privatrecht verbargen sich politische Untiefen unter der dogmatischen Oberfläche: nicht nur in den regulierungsnahen Bereichen des Wirtschaftsrechts, sondern in gleicher Weise in den Kernbereichen der Kodifikation – im Eigentums- und Zessionsrecht³⁰⁰ nicht weniger als im Delikts- und Vertragsrecht. Von Anfang an war dies im Umgang des Reichsgerichts mit der Kodifikation zu sehen;³⁰¹ spätere Beispiele aus der täglichen Lehre waren die Rechtsprechung zum Scheingeheißerwerb³⁰² oder die Judikatur zur Sittenwidrigkeit bestimmter Globalsicherheiten.³⁰³ Gleichwohl blieb der intuitive Gegensatz von „unpolitischen Fragen einer Neugestaltung des Schuldrechts“ einerseits und dem „politischen Tageskampf“ der Parteien andererseits für das wissenschaftliche Selbstverständnis der Zivilrechtslehre entscheidend.³⁰⁴ Die Verantwortung für die Fortentwicklung des Kernprivatrechts, so dachte man, lag bei der „dogmatischen Rechtswissenschaft“, also in der Universität, nicht im Parlament. Wie wenig reflektiert diese Intuition war, zeigte sich, wohl unbeabsichtigt, wenn *Diederichsen* im selben Zusammenhang von „unserer rechtspolitischen Diskussion“ sprach, bei der es nicht zuletzt um den „Einsatz des Schadensersatzrechts“ für die „Prävention und Erzwingung sozialgerechten Verhaltens“ gehen sollte.³⁰⁵ Auch für *Zöllner* gehörte „die Entwicklung von rechtspolitischen Leitlinien“ zum Geschäft ‚unpolitischer‘ Rechtsdogmatik.³⁰⁶ *Lieb* war insoweit offener gewesen, als er die rechtsdogmatische Zurückhaltung einzelner Reformgutachten beklagte und die „systematisch betriebene Rechtswissenschaft“ zum Widerstand gegen einen „rein politischen Machtanspruch“ aufforderte.³⁰⁷

Das Ende kam mit der Schuldrechtsreform. Die Rechtswissenschaft hatte hier intensive gutachterliche Vorarbeiten geleistet;³⁰⁸ mit *Diederichsen*, *Kötz*,

²⁹⁸ Oben I. bei Fn. 10 ff.

²⁹⁹ Oben I.2.

³⁰⁰ Oben I.1.

³⁰¹ Oben I.3.

³⁰² BGHZ 36, 56 ff. (Kohlefall); Grüneberg/S. Herrler (84. Aufl., 2025), § 932, Rn. 4 m. w. N.

³⁰³ Grüneberg/J. Ellenberger (84. Aufl., 2025), § 138, Rn. 77 f., 97.

³⁰⁴ *Diederichsen*, Neuordnung (Fn. 279), 104 f.

³⁰⁵ *Diederichsen*, Neuordnung (Fn. 279), 110, 112.

³⁰⁶ *Zöllner*, Regelungsspielräume (Fn. 246), 4 einerseits, 33 f. andererseits.

³⁰⁷ *Lieb*, Schuldrechtsreform (Fn. 236), 339 ff., 346.

³⁰⁸ Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1 und 2, 1981, Bd. 3, 1983.

Medicus und *Schlechtriem* waren angesehene Fachvertreter in die Gesetzgebung eingebunden; und die Zivilrechtslehrervereinigung hatte den Prozess trotz anfänglicher Skepsis konstruktiv begleitet.³⁰⁹ Angesichts der harschen Kritik des Entwurfs in Regensburg (2000) legte die Regierung die Überarbeitung dann noch einmal in die Hände einer Zivilrechtslehrerkommission (*Canaris, Däubler, Ernst, Grunewald, Heldrich, Konzen, Medicus, Schlechtriem, Teichmann, Westermann*).³¹⁰ Aber was man sich von der Reform erhofft hatte – eine systematische Integration des Sonderprivatrechts in die Kodifikation sowie eine organische Fortschreibung dogmatischen Fortschritts – konnte nicht gelingen. Die dogmatische Fortschreibung des schwierigen Rechts der Leistungsstörungen scheiterte schon an der Zeit. *Ulrich Huber*, auf dessen Vorschlägen von 1981 der Entwurf beruhte, verstand die Leistungsstörungen erst jetzt richtig³¹¹ und konfrontierte den verdutzten Gesetzgeber mit seiner besseren Erkenntnis.³¹² Der „geistige Vater“ des neuen Leistungsstörungenrechts wurde damit „auch zum wichtigsten Kritiker“.³¹³ Europäische und internationale Entwicklungen, insbesondere die PECL und die UNIDROIT Principles waren im Entwurf gar nicht berücksichtigt.³¹⁴ Der Entwurf war also in wesentlichen Punkten veraltet. Aber jetzt drängte die Zeit. Denn durch die politische Verknüpfung der Schuldrechtsmodernisierung mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-RL wurde das „Reformvorhaben auch für die Wissenschaft zur Eilsache.“³¹⁵ Zuende gedacht war das Gesetz jedenfalls nicht. Als die Reform verkündet wurde, hatte *Canaris*, der doch maßgeblich daran mitgearbeitet hatte, bereits eine umfangreiche Abhandlung publiziert, in der er detailliert Schwachstellen der neuen Regelungen offenlegte und diesen mit einer Reihe von Analogievorschlägen und Anregungen zur teleologischen Reduktion einzelner Vorschriften abzu helfen versuchte. So hilfreich das in der Sache war: Hier war für jedermann zu sehen, dass die Kodifikation eines Herzstücks des Bürgerlichen Rechts erneut misslungen war und vermutlich auch nicht mehr gelingen würde.

309 *Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung? (Fn. 38), 13 ff.; exemplarisch *Diederichsen*, Neuordnung (Fn. 279); *D. Medicus*, Zum Stand der Überarbeitung des Schuldrechts, AcP 188 (1988), 168–182.

310 *C.-W. Canaris*, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499–524, 499.

311 *U. Huber*, Leistungsstörungen, Bd. 1 u. 2, 1999.

312 *U. Huber*, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: *Ernst, Zimmermann* (Hg.), Schuldrechtsreform (Fn. 38), 31–183.

313 *Canaris*, Reform (Fn. 310), 523.

314 *Zimmermann*, Schuldrechtsmodernisierung? (Fn. 38), 16 ff.

315 *Ernst, Zimmermann* (Hg.), Schuldrechtsreform (Fn. 38), v (Vorwort).

Noch schwieriger war die Integration des europäischen Verbraucherrechts in das BGB. Dass die neuen Vorschriften kompliziert schienen und nicht ohne weiteres verständlich darzustellen waren,³¹⁶ ließ sich bewältigen. Aber schon die Vorstellung eines AGB-Rechts stand offensichtlich quer zur systematischen Struktur des BGB. Der naheliegende Vorschlag, die einschlägigen Vorschriften dort einzufügen, wo sie systematisch hingehörten,³¹⁷ hätte die Gesetzesanwendung allerdings nicht leichter gemacht. Genau deshalb hatte die Reformkommission sich ursprünglich gegen eine Integration ausgesprochen.³¹⁸ Denn wenn Systematisieren den Umgang mit dem Gesetz erschwerte, war Kodifizieren sinnlos. Mit der Schuldrechtsreform begann also der Abschied auch vom äußeren Systemanspruch des BGB. Das galt umso mehr, als die Integration des europäischen Verbraucherrechts die gesetzliche Reform der Kodifikation auf Dauer stellte. Das BGB konnte das bürgerliche Recht gar nicht mehr abschließend regeln, denn am Horizont steht immer neues Recht. Aus wertungssystematischer Sicht sollte das größte Problem freilich darin bestehen, dass das neue Verbraucherrecht die europäische Integrationslogik in die Kodifikation transportierte und dort zu Friktionen wie bei der Frage nach dem Schutz von Bürgen bei Haustürgeschäften führen musste. Ganz ähnliche Brüche zeigten sich später beim kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch auf die Aus- und Einbaukosten.³¹⁹ Wieder vermochte die ökonomisch durchaus sinnvolle³²⁰ europäische Integrations- und Verbraucherschutzpolitik weder dem ausgleichsorientierten Denken deutscher Zivilrechtslehrer³²¹ noch der Rechtsprechung³²²

316 Lieb, Schuldrechtsreform (Fn. 236), 329 ff.

317 T. Pfeiffer, Die Integration von „Nebengesetzen“ in das BGB, in: Ernst, Zimmermann (Hg.), Schuldrechtsreform (Fn. 38), 481–525, 502 ff.

318 Medicus, Überarbeitung (Fn. 309), 171.

319 EuGH, Verb. C-65/09 und C-87/09 (Weber und Putz), Slg. 2011, I-5295, Rn. 46 ff.

320 G. Wagner, Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?, ZEuP 24 (2016), 87–120, 99 ff.

321 S. Lorenz, Ein- und Ausbaupflichtung des Verkäufers bei der kaufrechtlichen Nacherfüllung. Ein Paukenschlag aus Luxemburg und seine Folgen, NJW 2011, 2241–2245, 2242: „Erschreckend an der Entscheidung ist nicht nur deren Tenor, sondern insbesondere auch das Niveau ihrer Begründung [...]“; A. Staudinger, Wenig Erbauliches aus Luxemburg, DAR 2011, 502–507, 502 f.; D. Kaiser, EuGH zum Austausch mangelhafter eingebauter Verbrauchsgüter, JZ 2011, 978–988, 978: „unklar und im Ergebnis erschreckend“; abgewogener F. Maultzsch, Der Umfang des Nacherfüllungsanspruchs gemäß Art. 3 VerbrGK-RL, GPR 2011, 253–259, 256; T. Pfeiffer, EuGH: Ein- und Ausbaukosten als Nacherfüllung, LMK 2011, 321439.

322 BGHZ 192, 148, Rn. 25 ff., 44 (2011); 195, 135, Rn. 14 ff. (2012): teleologische Reduktion des damaligen § 439 (3) BGB für Fälle des Verbrauchsgüterkaufs (gespaltene Auslegung); dazu dann D. Kaiser, Gesetzgeber gefordert: Aus- und Einbaupflicht des Verkäufers, JZ 2013, 346–350.

einzuleuchten. Aber auch wenn man bereits 2000 mit dem Gedanken einer gespaltenen Auslegung richtlinienumsetzender Vorschriften spielte,³²³ hatte man solche Probleme damals noch nicht vor Augen.

IX. Epilog

Wie einst *Jhering* hatten Zivilrechtslehrer den Kampf um ihr dogmatisches Selbstverständnis, ihre Autonomie und ihre Gestaltungsmacht auf die Bühne der Wissenschaft getragen, sie hatten ihren persönlichen Anspruch als Kampf für die Freiheit überhöht – und wie *Jhering* hatten sie diesen Kampf verloren. Die Reform war nicht nur inhaltlich misslungen: Sie ließ das BGB zu einer Dauerbaustelle werden und gab dabei auch sein äußeres System zum Abriss frei. Eine systemorientierte Dogmatik ist zwischen den Vorgaben der Verfassung, immer neuen Schichten von Rechtsprechungsrecht und der europäischen Integrationslogik ohnehin schwierig geworden;³²⁴ vom systematischen Gestaltungsanspruch einer dogmatischen Zivilrechtswissenschaft ist kaum mehr die Rede.³²⁵ Nur wenige halten an einem systeminternen *strictly legal point of view* fest.³²⁶ Eine ‚unpolitische‘ Zivilrechtswissenschaft ist jedenfalls nicht mehr möglich, seit Grundbegriffe wie Privatautonomie und Systemdenken zu rechtspolitischen Argumenten geworden sind. Auch die Rückbindung des Arbeitsrechts an das allgemeine Zivilrecht versteht sich jetzt als eine politische Weichenstellung.³²⁷

Dass die Wissenschaft sich neu orientieren musste, hatte man bereits seit einigen Jahren absehen können; jetzt wurde es offensichtlich. Allerdings erfolgte diese Neuorientierung leise, ohne Ausrufung einer großen Zeitenwende. *Zimmermann*, der in seinem ersten wissenschaftlichen Leben angetreten war,

³²³ M. Habersack, Haustürgeschäfte richtlinie und Realkreditverträge, WM 2000, 981–992, 991.

³²⁴ M. Auer, Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie. Rechtsphilosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft, 2018, 64f.; s. auch O. Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof u. a., Dogmatik (Fn. 153), 39–62, 54 ff.

³²⁵ Vgl. aber Stürner, Zivilrechtswissenschaft (Fn. 173), 22f.; T. Lobinger, Perspektiven der Privatrechtsdogmatik am Beispiel des allgemeinen Gleichbehandlungsrechts, AcP 216 (2016), 28–106, 68.

³²⁶ W. Ernst, Gelehrtes Recht. Die Jurisprudenz aus der Sicht des Zivilrechtslehrers, in: C. Engels, W. Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, 3–49, 3 ff.; Lobinger, Privatrechtsdogmatik (Fn. 325), 79. Kritisch M. Grünberger, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), 924–942, 926 ff., 937 ff.

³²⁷ F. Hartmann, Sonderprivatrechte und Privatrecht – am Beispiel des Arbeitsrechts, erscheint in: N. Jansen, S. Lohse (Hg.), 125 Jahre BGB. Kodifikation und Wissenschaft.

„Savigny’s Legacy“ weiterzutragen,³²⁸ beteiligte sich später an einer Forschungsgruppe zur „Revision des Verbraucher-Acquis“³²⁹ und ist in jüngerer Zeit mit einer Reihe von rechtspolitischen Reformvorschlägen im Erbrecht, also in einem dogmatisch alten Kernbereich des Privatrechts, an die Öffentlichkeit getreten.³³⁰ Vieles hatte einen stark innovativen oder sogar experimentellen Charakter. Die ökonomische Analyse, die in Deutschland lange ein interdisziplinäres Mauerblümchendasein gefristet hatte,³³¹ rückte auf einmal in den Fokus³³² und wurde bald zu einem Standardelement dogmatischer Studien.³³³ Ein Fokus liegt auf der Frage, wie weit Privatrecht sich für Zwecke der Prävention und gesellschaftlichen Steuerung, also als Mittel gesellschaftlicher Regulierung heranziehen lässt.³³⁴ Das erfordert eine Verständigung über politische Ziele und rechtliche Rahmenbedingungen. Die Privatautonomie ist hier nicht selbstverständlich, sondern eine zwar tragende, gleichwohl aber kontingente rechtliche Grundentscheidung. Zwingendes Recht erscheint dann nicht einfach als verfassungswidrig, sondern ist als eine Einschränkung der Privatautonomie begründungsbedürftig, unter Umständen aber durchaus sinnvoll.³³⁵ In einem solchen Denkraum gibt es keine normativen Axiome und Gewissheiten, sondern immer nur das positive Gesetz einerseits und mehr oder weniger gute Gründe andererseits.

Zeitgleich kam es zu einem Aufschwung der Privatrechtstheorie.³³⁶ Es ging um eine „Selbstvergewisserung“ des Fachs und Grundfragen wie die Struktur privatrechtlichen Eigentumsdenkens oder die spezifische Verknüpfung von

328 R. Zimmermann, *Savigny’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science*, LQR 112 (1996), 576–605.

329 H. Eidenmüller, F. Faust, C. Grigoleit, N. Jansen, G. Wagner, R. Zimmermann, *Revision des Verbraucher-Acquis*, 2011.

330 R. Zimmermann, „So jemand die Seinen, sonderlich seine Hausgenossen, nicht versorget, ...“ – Zum Schutz der Angehörigen bei Enterbung, AcP 222 (2022), 3–55; ders., F. Bauer, M. Bialluch, A. Humm, L.-K. Klapdor, B. Köhler, J. P. Schmidt, P. Scholz, D. Wiedemann, *Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht*, 2022.

331 H.-B. Schäfer, C. Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986.

332 H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995.

333 H. Eidenmüller, *Die Dogmatik der Zession vor dem Hintergrund der internationalen Entwicklung*, AcP 204 (2004), 457–501; L. Klöhn, *Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht. Rechtsökonomische Grundlagen und Perspektiven*, AcP 216 (2016), 281–319.

334 G. Wagner, *Prävention und Verhaltenssteuer durch Privatrecht. Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, AcP 206 (2006), 352–476; A. Hellgardt, *Regulierung und Privatrecht, Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung*, 2016.

335 G. Wagner, *Zwingendes Recht*, in: Eidenmüller u. a., *Revision* (Fn. 329), 1–52.

336 M. Grünberger, N. Jansen, *Perspektiven deutscher Privatrechtstheorie*, in: dies. (Hg.), *Privatrechtstheorie heute*, 2017, 1–44.

Öffentlichem und Privatem in der Moderne.³³⁷ Zugleich wurden dogmatische Strukturprobleme zum Thema, etwa die Frage nach möglichen „Lösungsmodellen“ für die kaufvertragliche Sachzuordnung.³³⁸ Eine Reihe von Autoren machte die komplexen Wertungsstrukturen privatrechtlicher Institutionen im Rekurs auf die klassischen Kategorien der ausgleichenden und distributiven Gerechtigkeit sichtbar;³³⁹ andere rekurrierten auf Theorieelemente der Systemtheorie, etwa um einen rechtlichen Rahmen zu entwerfen, der die Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Teilsysteme funktionsgerecht stabilisieren soll.³⁴⁰ In solchen Arbeiten geht es um normative Maßstäbe zur Fortbildung des nationalen und europäischen Rechts. Seit die nationalen Gesetzgeber die nichtlegislativen Kodifikationen des transnationalen Privatrechts als Autoritäten betrachten,³⁴¹ haben viele dieser Arbeiten einen rechtsordnungsübersteigenden Horizont: Sie fragen nach Maßstäben für den kritischen Vergleich nationaler Regeln im Rahmen der Rechtsharmonisierung,³⁴² nach den „zivilverfassungsrechtlichen“ Konturen transnationaler Rechtssysteme wie dem Recht des Internets,³⁴³ oder auch nach den „prozeduralen Bedingungen [...], unter denen die private Produktion von transnationalem materiellem (Recht) als fair verstanden werden kann.“³⁴⁴ Politische Wertungstransparenz ist für solche Ansätze selbstverständlich.

Seit einigen Jahren sucht die Zivilrechtswissenschaft auch unmittelbar nach besseren Lösungen für aktuelle gesellschaftliche Probleme.³⁴⁵ Am Ausgangspunkt solcher Studien stehen nicht mehr dogmatische Konstruktionsprobleme

337 M. Auer, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, 2014, 165 ff. und *passim*; s. auch *dies.*, Die Zukunft des Privatrechts, erscheint in: Jansen, Lohsse (Hg.), 125 Jahre BGB (Fn. 327).

338 R. Michaels, Sachzuordnung durch Kaufvertrag. Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, 2002, 55 ff.; vgl. auch Jansen, Haftungsrecht (Fn. 17).

339 Jansen, Haftungsrecht (Fn. 17), 76 ff.; S. Arnold, Vertrag und Verteilung, 2014; F. Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen, 2015. S. auch H. Unberath, Die Vertragsverletzung, 2007, 80–88; C. Wendehorst, Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, 1999.

340 D. Wielsch, Zugangsregeln. Die Rechtsverfassung der Wissensteilung, 2008.

341 Jansen, The Making of Legal Authority. Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective, 2010, 50 ff., 60 ff., 71 ff.

342 Unberath, Vertragsverletzung (Fn. 339), 4, 8.

343 G. Teubner, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), 1–28, 16 ff.

344 G.-P. Calliess, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, 2006, 338.

345 M. Grünberger, Responsives Privatrecht, erscheint in: Jansen, Lohsse (Hg.), 125 Jahre BGB (Fn. 327).

oder neue Fallkonstellationen, sondern explizit politische Fragestellungen. Es geht also etwa um die Frage, ob privatrechtliche Institutionen mit ihrer spezifischen bipolaren Struktur und juristischen Eigenrationalität (Autonomie) zu gesellschaftlicher Ungleichheit führen und wie weit sie sich so gestalten lassen, dass Ungleichheiten abgebaut werden;³⁴⁶ oder ob bipolare Ansprüche geeignet sind, Probleme, wie sie sich bei Fragen der Klimahaftung oder der Lieferkettenverantwortlichkeit stellen, angemessen anzusprechen.³⁴⁷ Dass eine solche Dogmatik ihre politischen Vorannahmen und ihre Wahrnehmung des gesellschaftlichen Kontexts offenlegt, ist selbstverständlich. Auch hier bildet normative Transparenz deshalb eine Voraussetzung wissenschaftlicher Arbeit. Das macht es insbesondere auch Gesetzgebern und Richterinnen möglich, unterschiedliche dogmatische Lösungsoptionen als Alternativen wahrzunehmen und informiert zu bewerten.³⁴⁸

Was all diese Ansätze eint, ist also die Überzeugung, dass die Wissenschaft nicht (mehr) über die Legitimation für die politischen Entscheidungen verfügt, die jede Fortbildung des Rechts erfordert. Die Zivilrechtswissenschaft will es deshalb nicht mehr besser wissen als Gesetze, Verfassungen und ihre Richter, sondern Richter und Gesetzgeber in den Stand setzen, klug zu entscheiden und das Recht reflektiert zu gestalten. Eine solche Zivilrechtswissenschaft orientiert sich nicht mehr an Auslegungskontroversen. Vielmehr geht es ihr schlicht um ein besseres Verständnis des Rechts: Sie sucht nach Lösungen gesellschaftlicher Probleme in Form juristischer Konstruktions- und Denkmöglichkeiten, stellt der Praxis also Panoramen unterschiedlicher Entscheidungsoptionen zur politischen Weiterbildung des Rechts zur Verfügung,³⁴⁹ und erschließt die Argumente, die für und gegen solche Optionen sprechen. Weil sie weiß, dass es eine unpolitische Privatrechtsdogmatik nicht gibt, kann sie dabei immer auch politisch denken.

346 M. Grünberger, Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, 2013.

347 J. E. Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht, 2023.

348 Grünberger, Skizze (Fn. 326), 926 ff.

349 Jansen, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis, AöR 143 (2018), 623–658 654 f.; Grünberger, Skizze (Fn. 326), 941 f. Vgl. auch Schönberger, „German Approach“ (Fn. 153), 50 f.: Erneuerung der „konzeptionellen Entwurfstradition“ der deutschen Staatsrechtswissenschaft, freilich nicht im Wege der Formulierung normativer Maßstäbe, sondern durch „Erarbeitung von Modellen, Funktionstypen und Typologien, die sich aus einem rechtsvergleichenden Erfahrungsfundus speisen“. Für ein Denken in Alternativen plädiert jetzt auch H. Dreier, Rechtswissenschaft als Wissenschaft. Zehn Thesen, in: ders. (Hg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, 1–65, 57 f.