

Hans-Peter Haferkamp\*

Die Geschichte des BGB  
im Spiegel seiner Jubiläumsschriften

To commemorate the 125th anniversary of the German Civil Code (BGB), the following article tells the story of the German Civil Code (BGB) through texts that have done the same at various points in history. Each of these paints a particular picture of the BGB, emphasising certain parts over others, and reflects the specific contexts of their authors, thus offering valuable insight into the evolution of private law under the BGB over the course of the 20th century. Given that most of the authors were prominent figures in the discourse, the present text also illustrates the degree to which our modern understanding of the BGB has been profoundly shaped by various intellectual pioneers, and which schools of thought continue to influence us today.

I. Einführung . . . . . 77

II. 1906: Friedrich Endemann . . . . . 77

III. 1916: Paul Oertmann . . . . . 82

IV. 1925: Justus Wilhelm Hedemann . . . . . 84

V. 1946/49: Ludwig Raiser, Walter Mallmann und Hellmut Georg Isele . . . 90

VI. 1950: Das große Schaulaufen . . . . . 95

VII. 1971/75: Schweigen . . . . . 103

VIII. 1980: Rudolf Wassermann, Adolf Laufs und der Beginn  
der Historisierung des BGB . . . . . 105

IX. 1996/2000: Die späte Liebe . . . . . 109

X. Schluss . . . . . 112

\* Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp ist Direktor des Instituts für Neuere Privatrechts-  
geschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte der Universität zu Köln.

## I. Einführung

Ein Jubiläum des BGB gibt Anlass, Linien zu ziehen, und ich möchte das nachfolgend tun, indem ich andere Jubiläumstexte, die auch Linien zogen, in den Blick nehme. Ziel ist eine Geschichte des BGB aus der Perspektive dieser jeweiligen Standortbestimmungen. Damit rücken Haltepunkte ins Zentrum, an denen bestimmte Autoren in oft strategischen Texten zurückblickten. Dieser Zugriff führt also zu konkreten Kontexten und Personen. Zwei Jubiläumsmöglichkeiten konkurrierten dabei. Am 24. August 1896 wurde das BGB im Reichsgesetzblatt verkündet. Dies war „der staatsrechtlichen Bedeutung des Ausfertigungsaktes entsprechend, der Geburtstag des Gesetzes“.<sup>1</sup> Zunehmend wurde jedoch auf den Moment des Inkrafttretens, also den 1.1.1900, als Orientierungspunkt abgestellt. Ich untersuche daher Jubiläumsschriften aus den Jahren 1906, 1916, 1925, 1946, 1950, 1980, 1996 und 2000. 1971/75 schwieg die Rechtswissenschaft.

## II. 1906: Friedrich Endemann

Mit dem für Gedenktex te bald verbreiteten<sup>2</sup> Hinweis auf das Gedicht, das *Ernst von Wildenbruch* 1900 in der DJZ zur Begrüßung der neuen Kodifikation veröffentlicht hatte, leitete der DJZ-Schriftleiter *Otto Liebmann*<sup>3</sup> drei Beiträge zum zehnten Jubiläum des Inkrafttretens des BGB ein, von denen *Friedrich Endemann* direkt das BGB besprach und somit den ersten Jubiläumstext vorlegte, den ich gefunden habe.<sup>4</sup> *Endemann*, Sohn des bekannten Handelsrechtlers *Wilhelm Endemann*, galt 1910 als einer der besten Kenner des BGB.<sup>5</sup> Daher lägen

1 *Mallmann* DRZ 1946, 52.

2 *v. Wildenbruch* DJZ 1900, Sp. 1; hierzu *Hattenhauer/Buschmann*, Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1967, 288 f. mit Hintergründen. Zur Verwendung vgl. die im nachfolgenden ausgewerteten Jubiläumstexte von *Hedemann* 1925 und 1950, *Nipperdey* 1950 sowie *Laufs* 1980, 854 Fn. 35.

3 Zu den aktuellen Debatten um seine Person *Boehncke* KJ 2022, 426 ff.

4 *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18 ff.

5 *Endemann* hatte durch sein bereits 1896 zunächst zusammen mit *Gareis* veröffentlichtes Lehrbuch, das 1910 schon in zehnter Aufl. vorlag, den „Wettlauf“ um das ja gerade auch für Rechtspraktiker, die das neue Recht lernen mussten, eminent wichtige erste Lehrbuch zum BGB für sich entschieden. Zu diesem Wettlauf, für den *Endemann* von seinem Verleger die Statue eines Marathonläufers geschenkt bekam, *Hofer* JuS 1999, 112 ff.; das Detail des Marathonläufers in *dies.*, Zwischen Gesetzes-treue und Juristenrecht – Die Zivilrechtslehre *Friedrich Endemanns* (1857–1936), 1993, 32.

detaillierte Auseinandersetzungen mit konzeptionellen Schwächen des Gesetzes nahe. Doch *Endemann* setzte andere Schwerpunkte. Im Zentrum stand als das „bedeutsamste Kennzeichen des BGB.“: Es eröffne „der Freiheit der Rechtsentwicklung eine breite Gasse“. <sup>6</sup> *Endemann* verwies auf die Verkehrssitte, auf Treu und Glauben und die guten Sitten und trat für flexible Auslegungstechniken ein, indem er insbesondere gegen das „fortdauernde Nachschnüffeln“ nach dem Willen des historischen Gesetzgebers wetterte. <sup>7</sup> Die daraus folgende Möglichkeit, mit dem Wortlaut flexibel umzugehen, war für *Endemann* zentral: „[w]er weiß, was die Auslegung dereinst aus unseren Vorschriften machen wird. Das ist der freie Geist, der uns ziemt“. <sup>8</sup> Angesichts dieser hinreichenden Freiheit bedürfe es keiner „Flickgesetze“, sondern bewusster Rechtsgestaltung durch Wissenschaft und Rechtsprechung, als „wenn wir für die nächsten hundert Jahre mit einem unabänderlichen BGB. uns einrichten müssten“. Besonderen Lob fand konsequent die Rechtsprechung des Reichsgerichts: „Am höchsten möchte ich es einschätzen, mit welcher durchdringenden Kraft es gelungen ist, dem obersten Prinzipie alles Rechtsverkehrs, dem Grundsatz von Treu und Glauben Geltung zu verschaffen“. <sup>9</sup>

Ganz offenbar hatte sich der Kontext, in dem *Endemann* das BGB hier diskutierte, in wenigen Jahren stark verändert. Die Debatten um die politische und konzeptionelle Dimension des BGB waren an den Rand gerückt und alles drehte sich um richterliche Rechtsfortbildung mit Generalklauseln und kreativer Auslegung. *Endemanns* zeitgenössische Einschätzung liegt offenbar quer zu den noch immer verbreiteten Bildern eines „Gesetzespositivismus des Reichsgerichts vor 1914“. <sup>10</sup> Und auch der übliche Blick auf diese Zeit als Epoche der Methodendebatten hilft nur begrenzt. Nach diesen in der rechtshistorischen Forschung seit langem kritisierten Ordnungsrastern wäre *Endemann* kein Begriffsjurist, kein Gesetzespositivist, es gäbe keine Hinweise auf Interessenjurisprudenz, also bliebe nur Freirecht. Ein Freirechtler wollte *Endemann* aber sicher nicht sein. Scharf grenzte er sich gegen „die modernistische Gefühlsjurisprudenz“ ab. „Über Gefühle lässt sich nicht streiten“. <sup>11</sup> Um diese Abgrenzung zu verstehen, lohnt es sich, den Kontext über Methodenfragen

<sup>6</sup> *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 20.

<sup>7</sup> *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 21.

<sup>8</sup> *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 22.

<sup>9</sup> *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 21, 23.

<sup>10</sup> So etwa noch *Eisenhardt*, Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004, Rn. 618 ff.; *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 9. Aufl. 2001, 14; klärend bereits *J. Schröder*, in: Finkenauer u.a. (Hg.), Jan Schröder. Rechtswissenschaft in der Neuzeit, 2010, 523 ff.

<sup>11</sup> *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 25. *Endemann* machte erst in Weimar, angesichts eines

hinaus zu erweitern.<sup>12</sup> Zwischen 1895 und 1897 und dann erneut zwischen 1909 und 1913<sup>13</sup> drehte sich das innerjuristische Gespräch ganz maßgeblich um die Stellung des Richters.<sup>14</sup> Hintergrund waren die zunehmenden innergesellschaftlichen Kontroversen über den Umgang mit der hohen wirtschaftlichen und sozialen Dynamik im späten Kaiserreich. Dabei war die Justiz zwischen die Stühle geraten. Da sich im Reichstag die verschiedenen Interessengruppen blockierten und zudem die souveräne Fürstenvertretung im Bundesrat unerwünschte sozialpolitische Gesetzesvorhaben verhinderte, wurde das Reichsgericht zu ökonomisch-sozialen Richtungsentscheidungen getrieben, für die den Richtern nach ihrer Sozialisation und Ausbildung die Kompetenz fehlte.<sup>15</sup> Es war klar, dass das BGB auf viele dieser Fragen keine expliziten Antworten bot, und auch die Rechtswissenschaft begann erst langsam, diese neuen Probleme in den Blick zu nehmen.<sup>16</sup> Die Antworten des Reichsgerichts, etwa die Legalisierung von Kartellen,<sup>17</sup> Streiks und Aussperrungen,<sup>18</sup> das Recht am Gewerbebetrieb als absolutes Recht,<sup>19</sup> die vorbeugende Unterlassungsklage, um gegen drohende Boykottmaßnahmen vorzugehen,<sup>20</sup> gerieten in den Strudel des politischen Kampfes. Und so wurde das Reichsgericht nicht nur von *Liebnechts* gebetsmühlenhaft vorgetragenem Vorwurf der „Klassenjustiz“<sup>21</sup>

---

Parlaments, dem er mit Distanz begegnete, seinen Frieden mit dem Freirecht, vgl. *Hofer* (Fn. 5) 114, 162.

- 12 Grundlegend *R. Schröder*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 201 ff.; *ders.* Rechtstheorie 19 (1988), 323 ff.; *ders.*, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, 1988, 323 ff.
- 13 Einen Überblick bietet *Wilhelm*, Das Deutsche Kaiserreich und seine Justiz. Justizkritik – politische Strafrechtsprechung – Justizpolitik, 2010.
- 14 *R. Schröder* hat über 800 zeitgenössische Schriften hierzu gefunden; *ders.* (Fn. 12), 487 Fn. 1 mit Verweis auf *ders.*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 201 ff.
- 15 *Ormond*, Richterwürde und Regierungstreue: Dienstrecht, politische Betätigung und Disziplinierung der Richter in Preußen, Baden und Hessen 1866–1918, 1994.
- 16 Zuletzt *Rückert* JZ 2023, 781 ff.
- 17 *R. Schröder*, Rechtstheorie 19 (1988), 323, 341 f.; vertiefend *ders.* (Fn. 12), 9 ff.; *ders.*, in: Falk/Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 533 ff.; zum Kontext *Kittner*, Arbeitskampf, Geschichte. Recht. Gegenwart, 2005, 288 ff.
- 18 *R. Schröder* (Fn. 12), 250 ff.; *Bender*, in: Falk/Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), 2000, 561 ff.
- 19 *Sack*, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, 3 ff.; hierzu *meine* Besprechung in Rg 15 (2009), 216 f.
- 20 HKK/*Schiemann*, Bd. 3, 2. Teilbd., 2013, §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 91.
- 21 *R. Schröder*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 201, 212 ff.; *Wilhelm* (Fn. 13), 504 ff.

vor sich hergetrieben. Die Richter hatten in frühen Richtungsentscheidungen ihre ökonomische Inkompetenz offen behandelt und sich auf die Expertise der Kathedersozialisten oder des Vereins für Sozialpolitik gestützt, um später einzusehen, dass damit keine politisch unabhängige Meinung zur Richtschnur genommen worden war.<sup>22</sup> Gegen den nun folgenden Versuch, die Fragen selbst zu lösen, erhob sich der Vorwurf der „Weltfremdheit“<sup>23</sup> der Richter, was eine lebhafte Debatte über Ausbildungsreformen, Laienbeteiligung, den Einsatz von Sachverständigen und andere Maßnahmen nach sich zog.<sup>24</sup> Dieses unabwiesbare Bedürfnis nach richterlicher Rechtsfortbildung konnte durch das, was man heute dieser Epoche noch oft unterstellt, offenbar nicht bewältigt werden. Richter auf historische Auslegung oder einen Justizsyllogismus zu verweisen, wäre im wissenschaftstheoretischen Kontext dieser Jahre naiv gewesen.<sup>25</sup> Wenn man, wie *Endemann*, die Notwendigkeit der Generalklauseln, von denen bekanntlich § 826 BGB die Hauptlast der wirtschaftlichen Leitentscheidungen legitimieren musste,<sup>26</sup> anerkannte, dann konnte das gleichwohl angesichts der „Vertrauenskrise der Justiz“ kein Plädoyer für einen „Richterkönig“ sein. Was war *Endemanns* Lösung? Er betonte eingangs seines Textes besonders, dass die Rechtseinheit durch die Angleichung der Landesgesetze erst wirklich erreicht worden sei. Mit der Rechtseinheit, die, wie es mit Hinweis auf das berühmte Diktum *Thibauts* von 1814<sup>27</sup> hieß, „gleiche Sitten und Gewohnheiten“ erzeuge,<sup>28</sup> war die Basis gelegt für das, was *Endemann* besonders wichtig war: ein gemeinsames, durch die Rechtseinheit gefestigtes Rechtsempfinden der Bevölkerung, das den Richter genauso binde wie das staatliche Gesetz.<sup>29</sup> *Endemann* ging davon aus, dass das „Allgemeinbewußtsein vom Gerechten ... als wirkende

22 Zu diesen Zusammenhängen *R. Schröder* (Fn. 12), 475 ff., 485 ff.

23 *R. Schröder*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 201, 206 ff.; *Wilhelm* (Fn. 13), 577 ff.

24 Überblick bei *R. Schröder*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 201, 223 ff.; *Wilhelm* (Fn. 13), 510 ff., 578 ff.; daneben *K.W. Nörr* ZNR 14 (1992), 217 ff.; zu den Sachverständigendiskussionen *Frank*, Juristen und Sachverständige – der Diskurs um die rechtliche Ausgestaltung des Verfahrens mit Sachverständigen während der Zeit des Deutschen Reiches, 2013.

25 Vgl. *J. Schröder* (Fn. 10).

26 Knapper Überblick bei *HKK/Schiemann* (Fn. 20), §§ 823–830, 840, 842–853, Rn. 105; vertiefend *R. Schröder* (Fn. 12), passim.

27 „Gleiche Gesetze erzeugen aber gleiche Sitten und Gewohnheiten, und diese Gleichheit hat immer zauberischen Einfluß auf Völkerliebe und Völkertreue gehabt“, *Thibaut*, Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, 1814, 33.

28 *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18.

29 Hierzu umfassend *Hofer* (Fn. 5), 66 ff., 84 ff., 157 ff.

Kraft in den Einzelschriften des BGB lebt“.<sup>30</sup> Hier war also der Halt, an den der Richter auch bei den Generalklauseln gebunden sei.

„Dem Richter darf dagegen die selbstständige Aufnahme ethischer Normen in das Rechtsgebiet nicht überlassen werden; die objektive Geltung des Rechts würde sonst seinem persönlichen, und darum immer willkürlich wirkenden, sittlichen Empfinden unterstellt. Er wird daher an die im Verkehr für ein gewisses Rechtsgebiet tatsächlich durchgeführten und eingebürgerten sittlichen Regeln gebunden.“<sup>31</sup>

Da *Endemann* hierfür vom Richter keine Beweisaufnahme verlangte, blieb sein Konzept letztlich auf eine stillschweigende Übereinstimmung zwischen dem Volk und seinen Richtern verwiesen, also darauf, „ob dem neuen Gesetzbuch ein Geschlecht entstanden ist, das sich seiner wert erwiesen hat“.<sup>32</sup> Mit dieser Vulgärform der alten Volksgeistlehre<sup>33</sup> stand bei *Endemann* eine der großen Antworten auf den richterlichen Umgang mit dem BGB bereit, die im 20. Jahrhundert immer wieder auftauchen sollte. Sie hing zunächst einmal davon ab, ob man eine solche Werteeinheit innerhalb des Volkes für möglich hielt. Zudem musste man die Richter als Teil des Volkes wahrnehmen. *Endemanns* Hoffnung war durchaus zeittypisch<sup>34</sup> und trug zugleich politische Sprengkraft in sich, wie *Max Rümelin* 1925 verdeutlichte: „Trotz mancher zersetzender Einwirkung ist uns doch ein gemeinsamer Grundstock sittlicher Anschauungen erhalten geblieben, ohne den wir als Volk nicht bestehen könnten“.<sup>35</sup> Auch wenn *Rümelin* selbst hierfür unverdächtig war,<sup>36</sup> war der Weg in völkische Konzepte nah.<sup>37</sup> Und so war auch *Endemanns* Weg. *Endemann* hatte 1930, inmitten der Krisen Weimars, den Glauben daran verloren, dass „Gesetzesmacherei“ oder die Justiz in der Lage wären, die Probleme der Mangelgesellschaft zu lösen. „Wirkliche Hilfe vermag nur die moralische Gesundung der Volksgesamtheit zu bringen“.<sup>38</sup> Dass sich *Endemann* Anfang der 1930er Jahre dem Nationalsozialismus zu-

30 *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 24.

31 *Endemann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 8. Aufl. 1903, § 103 Ziff. 2b, 601 f.

32 *Endemann* DJZ 1910, Sp. 18, 26.

33 *Haferkamp*, ZRG GA 140 (2023), 307 ff.; zu den schwierigen Wirkungsproblemen *Rückert*, Unrecht durch Recht, 2018, 40 ff.

34 Vgl. nur *Enneccerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1908, 441.

35 *Rümelin*, Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein, 1925, 64; hierzu *Hofer* (Fn. 5), 121.

36 *Haßlinger*, Max von Rümelin (1861–1931) und die juristische Methode, 2014, 38 ff.

37 Zum Aufstieg völkischen Gedankenguts an den Universitäten in Weimar nur *Herbert*, Best. Biografische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903–1989, 5. Aufl. 2016, 62 ff.

38 *Endemann*, in: *Anschütz u.a.* (Hg.), Handbuch der Politik, Bd. 3: Die politische Erneuerung, 3. Aufl. 1921, 185.

wandte und zu einem frühen Anhänger der NS-Volksgemeinschaft wurde,<sup>39</sup> überrascht daher nicht. *Karl Larenz* machte deutlich, was man sich unter Nationalsozialisten von den Generalklauseln erhoffte: „Die Gefahr der Willkür schwindet, je mehr sich die sittlichen Anschauungen der Volksgemeinschaft festigen, die der Richter seinen eigenen Urteilen zu Grunde legt. Auch die Sorge um die Rechtssicherheit ist dann nicht mehr dringlich“,<sup>40</sup> oder knapper: „Jeder Deutsche weiß, was gemeint ist“.<sup>41</sup>

### III. 1916: Paul Oertmann

1916 blickte *Paul Oertmann*, der die Entwicklung des BGB von Anfang an begleitet hatte,<sup>42</sup> bereits auf die ersten zwanzig Jahre nach Verabschiedung des BGB zurück.<sup>43</sup> Kriegsbezüge fanden sich dabei nur am Rande. *Oertmann* bewegte sich noch im Vorkriegsdiskussionskontext. Vieles klang ähnlich wie bei *Endemann*. Mit dem BGB wollte er inhaltlich nicht mehr rechten, es habe „seine Aufgabe vollbefriedigend gelöst“.<sup>44</sup> Wichtiger war auch ihm, es sei „unser BGB. von heute längst nicht mehr dasselbe, was wir uns am Schlusse des vorigen Jahrhunderts mehr oder minder mühsam geistig anzueignen versuchten“.<sup>45</sup> 1899 hatte er noch vor einem „nackten Positivismus“<sup>46</sup> im Umgang mit dem BGB gewarnt, eine Angst, die 1916 offenbar verfliegen war. Nun sah er, ganz wie *Endemann*, überall Spielräume:

„Nur den Rechtsbefehl erteilt dabei das Gesetz; der Rechtsinhalt aber ergibt sich aus anderen bestimmenden Momenten; zunächst nach der besonderen Vereinbarung der Parteien, mangels solcher teils durch objektive Wert- und Beurteilungsmaßstäbe, wie ‚Treu und Glauben‘, ‚gute Sitten‘ einer-, Verkehrsanschauungen und -sitten andererseits; teils durch das mehr oder minder freie Ermessen des richterlichen Beurteilers“.<sup>47</sup>

Es sei Aufgabe der Rechtsprechung, „den Fortschritt der Verkehrssitten, der sozial-ethischen Anschauungen ... zu ermitteln und damit den jeweiligen

<sup>39</sup> *Hofer* (Fn. 5), 46 ff.

<sup>40</sup> *Larenz* ZHR 100 (1933), 378, 381; zum Konzept der „Innensteuerung“ *Haferkamp*, Das BGB, 2. Aufl. 2023, 233 f.

<sup>41</sup> *Larenz*, Vertrag und Unrecht, Bd. 1, 1936, 109 zu Treu und Glauben.

<sup>42</sup> *Oertmann* JBl. 11 (1899), 223 f.; ders., Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1908; ders. JBl. 25 (1913), 97 ff.

<sup>43</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755 ff.

<sup>44</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 756.

<sup>45</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 757.

<sup>46</sup> *Oertmann* JBl. 11 (1899), 223 f.

<sup>47</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 758.

Rechtsinhalt maßgeblich festzustellen“.<sup>48</sup> Mit dem bisherigen Ergebnis zeigte er sich zufrieden und meinte, „was das Reichsgericht als Pionier des Fortschritts dabei geschaffen hat, verdient grundsätzlich, wie die meisten Einzelheiten, unbedingten Beifall“.<sup>49</sup> Mit *Oertmann* schrieb einer der wenigen Juristen, die sich von Anfang an der ökonomischen Dimension des neuen Rechts zugewandt hatten<sup>50</sup> und nach 1900 in den sozialpolitischen Brennpunkten Stellung bezogen.<sup>51</sup> *Oertmann* bezeichnete sich als einen „sozialpolitisch ausgerichteten Juristen“<sup>52</sup> und hatte „ein offenes Auge für den naheliegenden Mißbrauch solcher Bildungen im einseitigen Interesse der wirtschaftlich Mächtigen“.<sup>53</sup> Was war seine Lösung der Richterrechtsfrage?

*Paul Oertmann* ging einen anderen Weg als *Endemann*. Er zweifelte „an der hyperidealistischen Auffassung von der Einheit des Volksgeistes“ und betonte die „Bedeutung wirtschaftlicher Machtverhältnisse für die gewohnheitsrechtliche Bildung“.<sup>54</sup> Den Richter auf ein kollektives Rechtsempfinden zu verweisen, passte für ihn nicht mehr zur ausdifferenzierten Gesellschaft des Kaiserreichs. Richter mussten daher anders gebunden werden. Auch *Oertmann* grenzte sich deutlich von Freirechtsbildern ab, da diese „das subjektive Rechtsgefühl, das ungehemmte freie Ermessen auf den Thron erheben“ wollten, was „am allerwenigsten unserem vaterländischen Ideal der Rechtspflege“ entspräche.<sup>55</sup> 1911 war *Oertmann* daher scharf den von ihm vor allem in der Literatur gefundenen Versuchen entgegengetreten, „den Rechtsbegriff der guten Sitten als Korrektiv für alle gegenwärtigen Lücken und Mängel des positiven Rechts zu verwerten. Was die Moral erfordere, ist vielmehr umgekehrt aus dem Geiste der positiven

<sup>48</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 758.

<sup>49</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 760.

<sup>50</sup> *Oertmann*, Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 5 Vorträge, gehalten im Verein für Volkswirtschaft und Gewerbe zu Frankfurt a.M., 1900.

<sup>51</sup> *Oertmann*, in: FS für Bernhard Hübler, 1905, 9 ff. Er hatte 1906 vor dem Juristentag die zivilrechtlichen Folgen der „im modernen Lohnkampf üblichen Verrufserklärungen“ referiert (Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages, Bd. 2, 1906, 33 ff.), sich seit 1909 wiederholt mit den Satzungen und schwarzen Listen des Zechenverbandes Essen (Ruhr) beschäftigt (AbR 33 (1909), 221 ff.; AbR 34 (1910), 261 ff.) und 1910 vor der Wiener Juristischen Gesellschaft zu zivilrechtlichen Folgen des Streiks gesprochen (AöG 61 (1910), 106 ff., 118 ff.).

<sup>52</sup> Hierzu *Brodhun*, Paul Ernst Wilhelm Oertmann (1865–1938). Leben, Werk, Rechtsverständnis sowie Gesetzeszwang und Richterfreiheit, 1999, 255.

<sup>53</sup> *Oertmann* JBl. 25 (1913), 97.

<sup>54</sup> *Oertmann* JBl. 25 (1913), 97.

<sup>55</sup> *Oertmann* (Fn. 42), 17.



Rechtsordnung festzustellen“.<sup>56</sup> Wenn er 1916, wie gezeigt, das Reichsgericht für seine Weiterentwicklungen lobte, dann deswegen, weil es mit dieser Freiheit „grundsätzlich, wie in den meisten Einzelheiten“<sup>57</sup> verantwortungsbewusst umgegangen war. *Oertmann* beharrte also deutlich stärker als *Endemann* auf gesetzgeberischer Intervention. Die gleichwohl unvermeidliche richterliche Fortbildung wollte er nicht gegen, sondern durch das Gesetz vornehmen. *Justus Wilhelm Hedemann* bezeichnete das als „Mittellinie“, da *Oertmann* „mehr als alle auf die Biegsamkeit der Tatbestände als Quelle einer abwägenden, frei wertenden Tätigkeit des Richters hingewiesen hat“.<sup>58</sup> Freiheit innerhalb des positiven Rechts war *Oertmanns* Antwort.<sup>59</sup> *Oertmann* stand damit für eine zweite Lösung des Umgangs mit dem BGB, die im 20. Jahrhundert in den Versuchen fortlebte, dem BGB eine wertungsoffene Dogmatik zu entnehmen, die den Geist nicht verließ, ohne sich dem Wortlaut zu unterwerfen und zu freiem Richterrecht aufzurufen.

„Das Gesetz stellt, wie in den Fällen ‚elastischer Rechtssätze‘ auch, einen Wertbegriff von objektivem Inhalt auf, und der Richter hat durch ein individuelles Werturteil festzustellen, ob die zu beurteilenden Vorkommnisse des Einzelfalles den Anforderungen des gesetzlichen Wertbegriffs genügen oder dahinter zurückbleiben.“<sup>60</sup>

Konsequent war *Oertmann* bereits früh mit dem Versuch hervorgetreten, die richterlichen Rückgriffe auf die Verkehrssitte dogmatisch zu reintegrieren.<sup>61</sup> Auch seine berühmte Monografie zur Geschäftsgrundlage von 1921 diente diesem Ziel.<sup>62</sup>

#### IV. 1925: Justus Wilhelm Hedemann

Das 25. Jubiläum des BGB verging bemerkenswert unbeachtet. *Justus Wilhelm Hedemann* blieb in seiner Rückschau vereinzelt und nannte hierfür auch einen Grund, indem er mutmaßte, dass das BGB „ohne den verlorenen Krieg und ohne den Zusammenbruch der Wirtschaft und Politik“ bis „an die Stufen der

<sup>56</sup> *Oertmann* DJZ 1911, Sp. 435, 438.

<sup>57</sup> *Oertmann* DJZ 1916, Sp. 755, 760, Zitat eben bereits im Text.

<sup>58</sup> *Hedemann* ArchBR 34 (1910), 129.

<sup>59</sup> So im Ergebnis auch *Brodhun* (Fn. 52), 335 ff.

<sup>60</sup> *Oertmann* DJZ 1912, Sp. 186, 188; zu *Oertmanns* Ermessenslehre *Brodhun* (Fn. 52), 333 ff.

<sup>61</sup> *Oertmann*, Rechtsordnung und Verkehrssitte, insbesondere im bürgerlichen Recht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1914.

<sup>62</sup> *Oertmann*, Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff, 1921.

Throne“ gefeiert worden wäre.<sup>63</sup> Krieg, „Revolution“ und die krisengeschüttelte Republik bestimmten seine Perspektive. *Hedemann* hatte das „Werden und Wachsen“<sup>64</sup> des BGB bereits im Kaiserreich publizistisch begleitet. Von Anfang an hatte er sich dabei wenig für dogmatische Feinheiten interessiert.<sup>65</sup> Sein Blick war soziologisch auf die sich wandelnde Rechtswirklichkeit gerichtet. Seine Antwort auf die Richterrechtskrise der Vorkriegszeit war einerseits die Forderung nach besseren Gesetzen<sup>66</sup> und andererseits einer lebensnahen, soziologischen, ökonomischen und psychologischen Schulung der Richter gewesen,<sup>67</sup> die er im Jenaer Mikrokosmos<sup>68</sup> und als Gründungsmitglied des Vereins „Recht und Wirtschaft“<sup>69</sup> vorangetrieben hatte.

Sein methodisch ambitionierter Jubiläumstext unterwarf 1925 den Rückblick auf das BGB den „drei großen Maßstäben der allgemeinen Zeitgeschichte, der besonderen Geistesgeschichte und der Kulturgeschichte“.<sup>70</sup> Zeithistorisch sei das BGB im Geiste des 19. Jahrhunderts „individualistisch“, geistesgeschichtlich sei es ein Kind des „Materialismus“ und kulturgeschichtlich diene es dem Dasein des Staates, der „Heiligkeit der Verträge“, dem Privateigentum und der Familie und sei in allen diesen Perspektiven immer stärker werdenden Reformforderungen ausgesetzt.<sup>71</sup> Mit seinem Vergleich des BGB mit einem „aus dem früheren Zeitechoß emporgestiegenen ... Bau“<sup>72</sup> begann das Bild des BGB als

<sup>63</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3.

<sup>64</sup> *Hedemann*, *Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht*, 1913.

<sup>65</sup> Dies zeigen gerade seine Lehrbücher zum Schuld- und zum Sachenrecht, die beide stark an der Rechtswirklichkeit und wenig an dogmatischen Detailfragen interessiert waren, vgl. die Auswertungen bei *Wegerich*, *Die Flucht in die Grenzenlosigkeit*. Justus Wilhelm Hedemann (1878–1963), 2004, 40 ff.

<sup>66</sup> *Hedemann*, in: FS für Otto Gierke, 1911, 305 ff.; zum Kontext: *Emmenegger*, *Gesetzgebungskunst. Gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900 – Zur Geschichte der Gesetzgebungslehre*, 2006.

<sup>67</sup> Vgl. Aufruf des Gründungskreises des Vereins Recht und Wirtschaft, abgedruckt in: *Deinhardt* Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt 58 (1911), 88 f.; rückblickend *Hedemann*, in: FS für Richard Deinhardt, 1940, 7, 12.

<sup>68</sup> Hierzu *Wegerich* (Fn. 65), 17 ff.; *Mohnhaupt*, in: Stolleis/Simon (Hg.), *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, 1989, 118 ff.; *ders.* ZNR 25 (2003), 238 ff.

<sup>69</sup> Hierzu *Depping*, *Das BGB als Durchgangspunkt. Privatrechtsmethode und Privatrechtsleitbilder bei Heinrich Lehmann (1876–1963)*, 2001, 24 ff.; *Fenske*, in: FS für Hugo Ott, 1996, 149 ff.; *Wilhelm* (Fn. 13), 628 ff.

<sup>70</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 5.

<sup>71</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6 f.

<sup>72</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6.

Gebäude, das im 20. Jahrhundert immer wieder gebraucht werden sollte.<sup>73</sup> Der Wortlaut des BGB war noch immer fast unverändert, insbesondere die drängenden Reformen im Familienrecht konnten in Weimar trotz vieler Anläufe<sup>74</sup> nicht verwirklicht werden. Thema *Hedemanns* war daher, dass gleichwohl „das Blut ganz anders in den Gliedern“ des BGB kreise „als vor 25 Jahren.“<sup>75</sup> Damit waren drei Phänomene angesprochen, die ihn als Rechtswissenschaftler in diesen Jahren beschäftigten.

Zunächst ging es um das Thema, für das *Hedemann* bis heute steht, die *Generalklauseln*. Bereits 1913 waren sie ihm ein Zeichen der neuen „Bewegungsfreiheit“ gewesen. Positiver noch als *Endemann* und *Oertmann* hatte er die Generalklauseln als „Ruhmestitel unserer Kodifikation“<sup>76</sup> und „Könige“,<sup>77</sup> die später oft zitierten „königlichen Paragraphen“, bezeichnet und sie als Instrumente beim „Anfang einer neuen Schule“ empfohlen. Diese Freirechtssympathie war bereits 1919 verflogen und er warnte vor der bloßen Gefahr einer „öden Materialanhäufung“ durch Fixierung auf eine „geistlose Kasuistik“. <sup>78</sup> Halt suchte er 1925 in Werten. 1913 hatte er die „ethischen Bedürfnisse des Publikums“ nur mit Blick auf das Schikaneverbot ganz am Rande thematisiert und stattdessen breit die „wirtschaftlichen Bedürfnisse“ als Kern der richterlichen Rechtsfortbildung mittels der Generalklauseln herausgestellt.<sup>79</sup> 1925 betonte er dagegen, die „gewiß nicht ‚juristischen‘ oder gar ‚ökonomischen‘ Formeln von Treu und Glauben und den guten Sitten“ seien „Angelpunkte, nicht nur einer bedrängten Praxis, sondern unseres ganzen rechtlichen Denkens geworden“. <sup>80</sup> Nun waren sie ihm Vehikel für ein „Gerechtigkeitsrecht“ oder gar „Naturrecht“. Wenn er nun meinte, man könne das BGB „ruhig diesem neuen Verlangen überlassen“, <sup>81</sup> dann war das nicht leicht einzuordnen. Die Naturrechtsfrage war im Zivilrecht, anders als im Staatsrecht, <sup>82</sup> nur selten grundsätzlich, sondern nahezu ausschließlich mit Blick auf die Aufwertungsfrage diskutiert worden. <sup>83</sup> *Hedemann* hatte sich freilich bereits 1924 klar von der in der Stellungnahme des

<sup>73</sup> So in den nachfolgend ausgewerteten Jubiläumstexten von *Isele* 1949, *Nipperdey* 1950, *Dölle* 1950, erneut *Hedemann* 1950, *Laufs* 1980, *Stürner* 1996.

<sup>74</sup> Zusammenstellung in *Haferkamp* (Fn. 40), 170 ff.

<sup>75</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6.

<sup>76</sup> *Hedemann* (Fn. 64), 10.

<sup>77</sup> *Hedemann* (Fn. 64), 9.

<sup>78</sup> *Hedemann*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1919, 116.

<sup>79</sup> *Hedemann* (Fn. 64), 40 ff., 42 ff.

<sup>80</sup> *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6.

<sup>81</sup> Alles *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6.

<sup>82</sup> *Lepsius*, Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994, 286 ff.

<sup>83</sup> *Haferkamp* (Fn. 40), 205 ff.

Richtervereins am Reichsgericht durchschimmernden Naturrechtsidee<sup>84</sup> distanziert und die „Anfeindung des Staates durch Persönlichkeiten, die innerhalb dieses Staates hohe Ämter bekleiden“<sup>85</sup> scharf kritisiert:<sup>86</sup> „Es ist aber überhaupt die Frage, ob nicht die Zeit gekommen ist, vor dem Übermaß von Treu und Glauben zu warnen“.<sup>87</sup> Keineswegs wollte *Hedemann* also einer freien richterlichen Gerechtigkeitskontrolle anhand der Generalklauseln das Wort reden und so waren auch in den Folgejahren seine Äußerungen zur Treu-und-Glauben-Judikatur zunehmend kritisch, was ihn 1932 dann in die berühmte Warnung vor einer „Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht“ trieb. Das „ethische Pathos“ des Reichsgerichts, das sich „als Sachwalter einer fast schon metajuristischen ‚Gerechtigkeit‘“ sehe, fand *Hedemanns* Zustimmung also nicht.<sup>88</sup> Wenn er an dieser Stelle, wie ja auch 1925 im Jubiläumstext, von Naturrecht als Hoffnungsträger sprach, dann war dies nicht philosophisches Bekenntnis,<sup>89</sup> sondern Anklage an einen Staat, der sich von seinen Juristen entfremdet hatte. Wie so viele, wünschte er sich ins Kaiserreich zurück: „Sehnsucht dahin durchzieht offensichtlich unsere Zeit“.<sup>90</sup> Schon im Jubiläumstext von 1925 hatte der deutschnationale *Hedemann*<sup>91</sup> die alte Welt des BGB als Sehnsuchtsort herausgestellt, für den seine Seele „glühte“: „bald als schmerzvolle Erinnerung, bald als verhaltener Stolz, bald als ohnmächtiger Zorn, bald als leise Scham“.<sup>92</sup> *Hedemanns* Naturrechtspathos blieb bloße Anklage an den Weimarer Parteienstaat, dessen Ende *Hedemann* dann euphorisch begrüßen sollte.<sup>93</sup>

Ein zweites Thema, das *Hedemann* in diesen Jahren intensiv beschäftigte, deutete er 1925 nur an. Das „erstaunliche Uebergewicht, das hier der Wille, als Einzelwille des einzelnen Rechtssubjekts erfahren hat“, war für *Hedemann*

84 Zu den Mythen um die Erklärung des Richtervereins am Reichsgericht klärend K. W. Nörr, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit. Die Reaktion des Reichsgerichts auf die Krisen von Weltkrieg und Inflation, und die Entfaltung eines neuen richterlichen Selbstverständnisses*, 1996.

85 *Hedemann* DJZ 1924, Sp. 187, 188.

86 Er warnte vor einem „bellum omnium contra omnes“ (Sp. 187) und dem „Gespenst vollkommener Auflösung“ (Sp. 189).

87 *Hedemann* DJZ 1924, Sp. 187, 189.

88 *Hedemann*, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Staat und Recht*, 1933, 65.

89 Auch nach 1945 blieb *Hedemann* in naturrechtsfreundlichem Umfeld skeptisch, vgl. *ders.* BB 3 (1948), 577 ff.

90 *Hedemann* (Fn. 88), 65.

91 *Wegerich* (Fn. 65), 26.

92 *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3.

93 Zu *Hedemanns* Selbststilisierung von 1935, mit den Naturrechtsanklängen habe er das Herausziehen des Nationalsozialismus geahnt, *Wegerich* (Fn. 65), 39.

ein entscheidender Grund dafür, dass das BGB, zwar im Wortlaut weitgehend unverändert, dennoch in weiten Teilen des Rechtslebens obsolet geworden war: „Sie ahnten nicht, daß eine Zeit heraufzog, in der die *Wirtschaft zur Großmacht* werden und gelegentlich dem Staate geradezu wie gleichberechtigt gegenüber-treten würde“.<sup>94</sup> Bereits 1919 hatte er das BGB diesbezüglich als Produkt des 19. Jahrhunderts herausgestellt. Es sei zugeschnitten auf „den Bürgersmann“. In der Wirklichkeit sah er dagegen den „Großkaufmann“, den „Großbankier“ und den „Großkapitalisten“<sup>95</sup> als Vertragsschließende. Die Dominanz einer sich selbst organisierenden „Wirtschaft“ bewirke die „Niederdrückung des Individuums unter die Regel, unter das Schema, unter einen unabänderlichen Gemeinschaftswillen“.<sup>96</sup> Verträge würden von Organisationen genormt durch „Bedingungen“, Mietvertragsformulare, vorformulierte Hausordnungen, Versicherungsbedingungen, Geschäftsbedingungen der Banken, Konditionen der Kartelle. Hedemann warnte: „Das Individuum zieht sich sichtbar zurück gegenüber diesem eisernen Druck des Normativen“.<sup>97</sup> Überall entstanden selbstständige Wirtschaftsgebiete, die sich dem BGB entzogen. Grund für diese Parallelwelten sei, wie er zeitgleich in einem Lexikonartikel zum BGB klarstellte, dass „die meisten Bestimmungen des Gesetzbuchs ‚dispositiver‘ Natur sind“.<sup>98</sup> Hedemanns Leitbild eines von „Großindustrie“, „übermäßige(m) Organisationsdrang“ und „allgemeine(r) Massenhaftigkeit“<sup>99</sup> gezeichneten Privatrechts machte das BGB zum Opfer seiner eigenen Privatautonomie. Hedemanns Blick auf die Kodifikation war davon geprägt, dass er 1919 in Jena das erste Institut für Wirtschaftsrecht gegründet hatte und dieses bis zu seinem Wechsel nach Berlin 1936 leitete.<sup>100</sup>

Zunehmend trat dabei neben diese zeitgenössisch bereits intensiv diskutierte „Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft“<sup>101</sup> der hierauf reagierende *Interventionsstaat*. Das war Hedemanns drittes Thema im Jubiläumstext: „Welcher Jurist hätte nicht zeitweise das gute alte Bürgerliche Gesetzbuch fast ganz vergessen, über dem Schellenspiel der unzähligen Not- und Nichtnotverordnungen“.<sup>102</sup> Die teilweise überstürzten gesetzgeberischen Eingriffe, die er mitunter scharf

<sup>94</sup> Hedemann DJZ 1925, Sp. 3, 5.

<sup>95</sup> Hedemann, Das bürgerliche Recht und die neue Zeit, 1919, 8.

<sup>96</sup> Hedemann (Fn. 95), 12.

<sup>97</sup> Hedemann (Fn. 95), 13.

<sup>98</sup> Hedemann, in: Somlo/Elster (Hg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 1, 1926, 839, 845.

<sup>99</sup> Hedemann (Fn. 98).

<sup>100</sup> Mohnhaupt ZNR 25 (2003), 238; 256 ff.; Wegerich (Fn. 65), 26 ff.

<sup>101</sup> Rühl, Rechtsschöpfung durch die Wirtschaft, 1931.

<sup>102</sup> Hedemann DJZ 1925, Sp. 3, 6.

kritisierte,<sup>103</sup> begannen die alten Denkgrenzen zu verschieben. In neuester Zeit seien, so meinte er in seinem Schuldrechtslehrbuch 1931, „vielfach in Gesetzen ... öffentliches und privates Recht durcheinandergeworfen worden, so daß es schwer zu sagen ist, wo das Privatrecht aufhört und das öffentliche Recht anfängt“.<sup>104</sup> Dies sei Folge eines „große(n) Abstrich(s) am ‚Individualismus‘ zugunsten einer ‚sozialeren‘ oder ‚kollektivistischen‘ Auffassung“.<sup>105</sup> Schon 1919 hatte er mit dem Gedanken gespielt, „die ganze Zerlegung der Rechtswissenschaft in öffentliches und bürgerliches Recht, auf der unser heutiges System beruht, ad acta zu legen und sich einer ganz neuen juristischen Fächerbildung zuzuwenden“.<sup>106</sup>

Für *Hedemann* war Wirtschaftsrecht also nicht einfach stofflich begrenztes Sondergebiet des Privatrechts, sondern „Grundton des Rechtsganzen in unserer Zeit“,<sup>107</sup> eine Weimar prägende „geistig-seelische Grundstimmung, ein alles durchdringendes Prinzip, eine Weltanschauung“,<sup>108</sup> als „Wirtschaftsgeist“ das „entscheidende Charakteristikum des ganzen gegenwärtig laufenden Zeitalters“.<sup>109</sup> Auch dies sollte sich nach Weimar nicht ändern.<sup>110</sup> Der spätere Blick auf das BGB stand noch lange im „Banne des Massenhaften“<sup>111</sup> und es war der aus dem Ersten Weltkrieg mitgenommene Gedanke der „sozialen Verantwortung“,<sup>112</sup> der das BGB von nun an als „individualistisch“ brandmarkte. Wenn *Hedemann* zusammenfassend das Bild gebrauchte, das BGB sei ein Block, der gegenüber den heranschlagenden Wellen ruhig liegen bleibe,<sup>113</sup> dann war dieses versöhnliche Ergebnis wohl den Eigenheiten des Jubiläumsgenres geschuldet. Für das, was *Hedemann* dem BGB attestierte, passt wohl eher das Bild von *Knut Wolfgang Nörr*, der vom BGB als einer schon in Weimar „ver-

103 Scharfe Kritik an rückwirkenden Ministerialverordnungen im Arbeitsrecht etwa in *Hedemann* DJZ 1922, Sp. 291 ff.

104 *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. 1931, 3.

105 *Hedemann* (Fn. 104), 4.

106 *Hedemann* (Fn. 95), 12.

107 *Hedemann*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922, 11.

108 *Hedemann*, in: Somlo/Elster (Hg.), Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6, 1929, 930, 934.

109 *Hedemann*, Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Bd. II 1, 1930, 313 Rn. 51.

110 K.W. Nörr, in: ders./Schefold/Tenbruck (Hg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, 1994, 423 ff., 435 f.

111 *Hedemann* (Fn. 95), 13.

112 *Waldecker*, Die Kriegsenteignung der Bundesratsverordnung vom 24. Juni 1915. Ein Auftakt zu kommenden Dingen, 1919, 145 ff.; hierzu *Mohnhaupt* ZNR 25 (2003), 256, 262.

113 *Hedemann* DJZ 1925, Sp. 3, 6.

gessenen Festung“ des politischen und ökonomischen Liberalismus sprach.<sup>114</sup> Das BGB schien schon in Weimar seiner Zeit völlig entfremdet.

## V. 1946/49: Ludwig Raiser, Walter Mallmann und Hellmut Georg Isele

1946 erschienen zwei Jubiläumstexte zur 50-jährigen Verabschiedung des BGB von noch wenig bekannten, unbelasteten Außenseitern. Die beiden Autoren hatten schlechte Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus gemacht. *Walter Mallmanns* Habilitation war 1937 aus politischen Gründen verhindert worden,<sup>115</sup> er arbeitete 1946 noch als Mitgründer der Deutschen Rechtszeitschrift<sup>116</sup> bei Mohr Siebeck und erhielt erst 1957 einen Lehrstuhl.<sup>117</sup> *Ludwig Raisers* Habilitation bei Martin Wolf in Berlin war 1935 nach regimekritischen Äußerungen gescheitert.<sup>118</sup> Nach einem nicht mehr angetretenen Ruf nach Straßburg 1942<sup>119</sup> hatte er durch Vermittlung Rudolf Smends bereits 1946 ein Ordinariat in Göttingen erlangt.<sup>120</sup> 1949 erschien ein dritter Jubiläumstext. Im ersten Heft des nach 1944 wieder eröffneten AcP gedachte *Hellmut Georg Isele*<sup>121</sup> des BGB und stellte dabei ebenfalls auf das Jubiläum des Jahres 1946 ab. *Isele* war zu diesem Zeitpunkt Alleinherausgeber des AcP.<sup>122</sup> Er war kein prominenter NS-Jurist, gleichwohl nicht unerheblich NS-belastet, da er als SA-Mitglied 1934 bis 1937 an der Universität Kiel, also in der Hochzeit der „Kieler Schule“, als Privatdozent Lehraufträge innegehabt hatte.<sup>123</sup> Zudem hatte er als Mitglied der Akademie für Deutsches Recht in den Schuldrechtsausschüssen mitgearbeitet<sup>124</sup> und zum

114 K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen*, 1988, 3.

115 Kübler JZ 1983, 220.

116 Bader, in: FS für Walter Mallmann, 1971, 17 ff.

117 Hierzu Bachof AöR 108 (1983), 1 ff.

118 Otto, Art. Raiser, Ludwig, in: HRG, Bd. 4, 2. Aufl. 2024, Sp. 1004.

119 Hintergründe zum Berufungsverfahren bei Schäfer, *Juristische Lehre und Forschung an der Reichsuniversität Straßburg 1941–1944*, 1999, 95 f.

120 Kübler, in: Grundmann/Riesenhuber (Hg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 1, 2007, 287, 289.

121 Isele AcP 150 (1949), 1 ff.

122 Vgl. Fenn AcP 187 (1987), 219, 220.

123 Wiener, *Kieler Fakultät und ‚Kieler Schule‘. Die Rechtslehrer an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät zu Kiel im Nationalsozialismus und ihre Entnazifizierung*, 2013, 142 f.

124 Schubert u.a. (Hg.), *Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse*, Bd. III 3, *Ausschuß für Personen-, Vereins- und Schuldrecht 1934–1936*, 1990, 66.

heiklen Erbrecht publiziert.<sup>125</sup> Gleichwohl war er 1946 in Mainz berufen und 1948 von der Spruchkammer der Universität Mainz als endgültig entlastet eingestuft worden.<sup>126</sup> Während die Texte von *Mallmann* und *Raiser* kurze, jeweils einseitige Erinnerungsblätter waren,<sup>127</sup> war *Iseles* Text auf 26 Seiten die bis dato wohl eindringlichste Auseinandersetzung mit der Geschichte des BGB und ist auch heute noch lesenswert.

Vergleicht man die drei Texte,<sup>128</sup> so fallen erstaunliche Übereinstimmungen auf. Der wichtigste Grund des Erinnerns lag übereinstimmend wohl in der vom BGB erreichten und noch immer verkörperten Rechtseinheit, die gerade angesichts der zeitgenössischen Rechtszersplitterung ohne gemeinsames Höchstgericht als unverzichtbare „Klammer“<sup>129</sup> und „nationales Symbol“ (*Raiser*) betont werden sollte. Ein Bekenntnis zum BGB war dies gleichwohl nicht. *Raiser* meinte sogar, zu „lauter Feier dieses Vorjubiläums besteht kein Anlaß“. Alle drei zeichneten übereinstimmend das Bild eines BGB, das schon um 1900 mit seinem privatautonom-liberalen Grundkonzept seiner Zeit entfremdet war, da es „mit seiner bürgerlichen Gesinnung das 19. Jahrhundert beschloss, ohne das 20. Jahrhundert aufzuschließen“ (*Raiser*). Es sei, so *Mallmann*, *Heinrich Stoll* zitierend, „zu spät gekommen, um Ausdruck eines selbstbewussten Liberalismus zu sein, zu früh, um eine neue soziale Ideenwelt zu verwirklichen“ bzw., so *Isele*, eher „Schlußakkord des 19., denn Ouvertüre des 20. Jahrhunderts“.<sup>130</sup> Lange bevor *Franz Wieacker* 1952 das heute so geläufige Bild des BGB als „spät geborenem Kind des Liberalismus“<sup>131</sup> zeichnete, war diese Einschätzung also schon in aller Munde.

Durchweg wurde diese Kritik am BGB von einer Distanzierung gegenüber dem Nationalsozialismus begleitet. Man verurteilte das „hohle Phrasengetön“ (*Raiser*) bzw. die „volksgenössische Phraseologie“ (*Mallmann*). Dabei dominierte einhellig eine klare Trennung zwischen dem NS-Rechtsdenken der „Kie-

<sup>125</sup> *Isele*, Familie und Familienerbe, 1938.

<sup>126</sup> *Wiener* (Fn. 123), 143.

<sup>127</sup> *Mallmann* DRZ 1946, 52; *Raiser*, Göttinger Universitätszeitung 1946, 13. Auf Seiten-nachweise zu beiden Texten wird daher verzichtet.

<sup>128</sup> Ein entsprechender Vergleich bereits bei *Bedau*, Entnazifizierung des Zivilrechts. Die Fortgeltung von NS-Zivilrechtsnormen im Spiegel juristischer Zeitschriften aus den Jahren 1945 bis 1949, 2004, 102 ff.

<sup>129</sup> *Isele* AcP 150 (1949), 1, 25.

<sup>130</sup> *Isele* AcP 150 (1949), 1, 3.

<sup>131</sup> So die übliche Kurzfassung von *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, 1953, hier nach Wiederabdruck in *ders.*, Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, 1974, 9, 15. Im Original heißt es: „spätgeborenen Kind der Pandektenwissenschaft und der nationaldemokratischen, insoweit vom Liberalismus angeführten Bewegung seit 1848“.



ler Schule“<sup>132</sup> und deren „konkretem Ordnungsdenken“ (*Mallmann*) einerseits und der Akademie für Deutsches Recht andererseits. Da die Arbeiten der Akademie „in wachsendem Umfang von den Gegnern des Kieler Kurses und der parteiorthodoxen Schlagworte getragen“<sup>133</sup> worden seien, sei in den „fachlich gemäßigten Reformerrörterungen“<sup>134</sup> „viel Brauchbares darunter“ (*Mallmann*), man habe in den „zur Vorbereitung eingesetzten Ausschüssen ... tüchtige Arbeit geleistet ... deren Ergebnisse der Wissenschaft unverloren bleiben“ (*Raiser*). *Isele*, der als einziger der drei in der Akademie mitgearbeitet hatte, meinte erleichtert: „Das Feuerwerk an der Kieler Förde verpuffte ohne nennenswerten Widerschein.“<sup>135</sup> Die Arbeiten in der Akademie und am Volksgesetzbuch gingen kaum beschädigt aus der Niederlage hervor. Gleichwohl sollten die so bereitliegenden Reformüberlegungen in eine andere Zeit verschoben werden. Eine Umarbeitung des BGB schlossen zum damaligen Zeitpunkt alle drei aus. *Mallmann* hielt es für nicht vordringlich, denn das BGB habe sich

„im Ganzen durchaus bewährt. Es hat der deutschen Rechtspraxis, voran dem Reichsgericht, jahrzehntelang eine vortreffliche Grundlage für ihr Wirken geboten und sie kaum je daran gehindert, vernünftige, den sich wandelnden Lebensverhältnissen gerecht werdende Entscheidungen zu finden.“

Ein altes, von *Endemann* und *Oertmann* vertrautes Bild. Daher könne man es „gut noch eine Weile in dem gewaltigen Bau aushalten“. Auch *Isele* wollte von einer „Novellierung der äußeren Gestalt des Bürgerlichen Gesetzbuches“ momentan nichts wissen, bis „uns wieder ein Gesetzgeber beschieden ist, der den edlen Sinn, die unbedingte Festigkeit und die kenntnisreiche Umsicht hat, die den Schöpfern des BGB eigen war“.<sup>136</sup> Klar war für ihn, dass der „politische, wirtschaftliche und soziale Unterbau des heutigen bürgerlichen Rechts ein völlig anderer als der aus der Wendezeit des Bürgerlichen Gesetzbuches“<sup>137</sup> sei. *Isele* betonte, dass auch andere Kodifikationen „ohne solche Schönheitskuren ihre Lebenskraft und Elastizität bewahrt“ hätten.<sup>138</sup> Schon in Weimar habe „das Hauptgewicht dieses Kampfes in der Hand der Rechtsprechung“ gelegen.<sup>139</sup> Nach 1933 war es in seinem Bild einzig die Rechtsprechung, die den Nationalsozialismus nahezu unbeschädigt überstanden hatte. Die „Rechts-

---

132 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 16.

133 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 20.

134 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 20.

135 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 20.

136 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 27.

137 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 26.

138 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 27.

139 *Isele* AcP 150 (1949), 1, 13.

erneuerung“ erschien bei ihm als eine theoretische Bewegung. Die Praxis sei weiterhin der bewährten Überlieferung gefolgt und habe „nur zögernd und meist nur in oberflächlicher Übermalung dem ‚neuen Rechtsdenken‘ Rechnung getragen“. <sup>140</sup> Doch als Problemlöser genügte ihm das vielleicht schon deswegen nicht, weil ein deutsches Höchstgericht nicht existierte. In „Zeiten, in denen das Überleben der Katastrophe und die Rettung von Vermögenssubstanz ein Geschenk des Zufalls ist, ertönt die soziale Forderung stärker und berechtigter denn je“. Daher sei „auch künftig die planende, ordnende, schlichtende und richtende Hand des Staates in weitem Maße“ erforderlich. <sup>141</sup> Damit klangen makroökonomische Überlegungen an, die *Isele* jedoch nicht ausführte. Auch in *Raisers* Jubiläumstext finden sich bestenfalls Andeutungen. Er hatte jedoch ein klares Konzept. Auf Gesetzgebung setzte er nicht. „Gesetzgebung war und ist auf lange Zeit hinaus nicht der Beruf unserer Zeit“. Auch eine Rückkehr zu traditioneller Dogmatik war eine Sackgasse, da sie verkenne, dass „der Weg des Juristen, der keine anderen als diese Tugenden kennt, geradezu in die Hölle führt“. *Raiser* verwies auf „das Höhere“, das man hinter dem Gesetz sehen und ehren müsse. Das klingt ganz zeittypisch nach einem vagen Hinweis auf Naturrecht und Gewissen. <sup>142</sup> Doch *Raisers* Naturrechtsnähe war Oberfläche. Er war nach seiner gescheiterten Habilitation 1935 in die Wirtschaft gewechselt und hatte einen dezidiert wirtschaftsrechtlichen Blick auf das Privatrecht. Sein Blick auf die Wirklichkeit betonte, ähnlich wie *Hedemann* in Weimar, die „moderne, rationalisierte, entpersönlichte Massenwelt“, in der der „Einzelne nicht als Mensch, sondern nur als Arbeitnehmer des Großbetriebs, als Aktionär oder sonstiges, auswechselbares Vereinsmitglied, als Mieter in der großstädtischen Mietskaserne, als beliebiger Abnehmer von Massenware auftritt“. <sup>143</sup> Anders als *Isele* und *Mallmann* und überhaupt als einer der ganz wenigen Juristen war *Raiser* in die überwiegend von Ökonomen intensiv geführte Nachkriegsdebatte um eine richtige Wirtschaftsverfassung eingebunden. <sup>144</sup> In seiner Antrittsrede von 1946 und in seiner Rektoratsrede zur Wirtschaftsverfassung von 1948 hatte er sich gegen einen ordoliberalen Kurs, den Franz Böhm und der ihm folgende Walter Hallstein vertraten, <sup>145</sup> positioniert und 1946 betont, es müsse ein neues Wertesystem aufgerichtet werden, bei dem alles darauf hindeute, „daß es sozi-

<sup>140</sup> *Isele* AcP 150 (1949), 1, 17.

<sup>141</sup> *Isele* AcP 150 (1949), 1, 27.

<sup>142</sup> Vgl. nur *Foljanty*, Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, 2013.

<sup>143</sup> *Raiser* ZHR 111 (1948), 91 f.; hier zitiert nach *ders.*, Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, 1977, 1, 10.

<sup>144</sup> K.W. Nörr, Die Republik der Wirtschaft, Bd. 1, 1999, 94 ff.

<sup>145</sup> Zu dieser inzwischen oft dargestellten Debatte nur *Wolf* KritV 1997, 401 ff.

alistisch geprägt sein und damit auch jenem revolutionären Gleichheitsstreben mehr Raum geben wird als die vergangenen Ordnungen.<sup>146</sup> *Raiser* hatte kein Vertrauen in den Markt: „Zweck aller Wirtschaft ist die Befriedigung materieller Bedürfnisse bei Knappheit der gegebenen Mittel, Zweck des Rechtes die Verwirklichung von Gerechtigkeit.“<sup>147</sup> Damit stand er für die große Mehrheit der Nachkriegszivilrechtler, die bei ihren aus der NS-Zeit mitgebrachten antiliberalen Grundhaltungen blieben. Interessant ist nun, wie *Raiser* diese Position in den zeitgenössischen makroökonomischen Diskurs einbrachte. In der Rektoratsrede zur „Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem“ von 1948 machte *Raiser* deutlich, dass er jede konstruierte oder auf Kausalverläufen basierende Wirtschaftsverfassung ablehnte.<sup>148</sup> Die Wirtschaft sei kein kausal-mechanisch erklär- oder konstruierbares Sonderfeld, sondern „Ausdruck und Teilstück der Kultur des Volkes, hat Teil an ihren Werten, die es zu schützen und zu verwirklichen bestimmt ist und ist mitgeprägt von dem kulturellen Gesamtstil einer Epoche“.<sup>149</sup> Wirtschaft und Recht seien „Glieder einer Wertwelt“.<sup>150</sup> Die Wirtschaftsverfassung durfte nicht gemacht werden, sondern sie musste „das in der wirtschaftlichen Wirklichkeit enthaltene materiale System sichtbar“<sup>151</sup> machen. *Raiser* war skeptisch gegenüber dem „Drang des modernen Menschen nach verstandesmäßiger Durchdringung der ihn umgebenden Welt“.<sup>152</sup> „materiale Gerechtigkeit soll die eigentliche Bestimmung des Menschen erfüllen, setzt also eine Einsicht in das Wesen des Menschen und den Sinn seines Daseins voraus, die aus philosophischer Überzeugung oder letztlich aus religiösen Glaubensgewissheit stammt.“ Diese „Verwirklichung des Daseinssinnes“ sei letztlich nur möglich „in der jeweiligen geschichtlichen Situation“.<sup>153</sup> *Raisers* Warnung vor der „stille(n) Bucht der Rechtsdogmatik“ verlangte vom Juristen daher ein „Richtmaß der Gerechtigkeit“, was nur gelingen könne, wenn dem Juristen „der Plan des Ganzen gegenwärtig ist, wenn seine Begriffe und Figuren der sozialen Wirklichkeit entsprechen“.<sup>154</sup> Und dies betraf gerade den Richter.

---

146 *Raiser* (Fn. 143), 16.

147 *Raiser*, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, hier zitiert nach *ders.*, Die Aufgabe des Privatrechts. Aufsätze zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus drei Jahrzehnten, 1977, 22, 27.

148 Erschienen erst in der Festschrift für Julius von Gierke zu seinem goldenen Doktorjubiläum, 1950, 181 ff.

149 *Raiser* (Fn. 147), 26.

150 *Raiser* (Fn. 147), 27.

151 *Raiser* (Fn. 147), 28.

152 *Raiser* (Fn. 147), 29.

153 *Raiser* (Fn. 147), 32.

154 *Raiser* (Fn. 143), 1.

Wolle man verhindern, dass „alles dem subjektiven Rechtsgefühl des Richters überlassen“ werde, musste es darum gehen, „jeweils de(n) substantielle(n) Gehalt des Gleichheitsgebots“, also „das Wertsystem zu finden“,<sup>155</sup> wofür das, was „jeweils als selbstverständlich empfunden“ werde, ein zentraler Aspekt war.<sup>156</sup> Richterliche Tätigkeit lief damit auf Abwägung im Einzelfall hinaus, da

„die rechtliche Gleichsetzung von Lebenssachverhalten stets ein wertendes Auswählen aus der Fülle der Phänomene bedeutet, wenn das Gebot der Gleichbehandlung also immer nur die so gewonnenen Tatbestände als Ausschnitte aus der vollen Wirklichkeit erfasst, so kommt alles darauf an, die Auswahlprinzipien kennenzulernen, auf die sich die Gleichsetzung gründet.“<sup>157</sup>

Ein anspruchsvolles Programm, das viel Vergangenheit weitertransportierte, in dem der alte, auch nationalsozialistische Traum von der metaphysischen Wertgemeinschaft eines Volkes erkennbar blieb. Konstrukteur einer Wirtschaftsverfassung wollte *Raiser* nicht sein, er blieb metaphysisch, wie es der Tradition seit dem 19. Jahrhundert entsprach.<sup>158</sup> Und das, bald noch viel stärker als bei *Raiser*, der noch das offene Gespräch mit der Ökonomie suchte, prägte den Ton der Nachkriegsjahre: Wirtschaftsrecht ohne eigene ökonomische Theorie, Wirklichkeitsbehauptung ohne Gesellschaftstheorie und Empirie. Stattdessen herausgefühlte Werte, ab 1949 lange ohne Bezug auf das Grundgesetz. Juristen verwalteten eine Metaphysik, die sich erst in der konkreten Situation entfaltete. Das machte Gesetze fragwürdig und schob den Richter in den Fokus. Auch *Raisers* Blick auf das BGB war davon geprägt: „Erst die Erschütterung des ersten Weltkrieges befreite Rechtsprechung und Rechtslehre von diesem Bann der Vergangenheit und gab den Weg zu neuen Weisen der Rechtsfindung und zu neuen rechtspolitischen Zielsetzungen frei“.

## VI. 1950: Das große Schaulaufen

Am 1. Februar 1950 lud *Hans Carl Nipperdey* als Vorsitzender der Konferenz der deutschen Juristischen Fakultäten nach Köln ein, um das 50. Jubiläum des BGB zu feiern.<sup>159</sup> Es war das erste Mal, dass die Privatrechtswissenschaft das

<sup>155</sup> *Raiser* (Fn. 143), 14.

<sup>156</sup> *Raiser* (Fn. 143), 15.

<sup>157</sup> *Raiser* (Fn. 143), 14.

<sup>158</sup> Grundlegend zu diesen langen Traditionslinien *Gagnér*, Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen, 1993; zum Folgenden vgl. *Jansen* AcP 225 (2025), 114 unter III.2 (in diesem Heft).

<sup>159</sup> Nipperdey (Hg.), Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Fest-

BGB offiziell in einem Festakt feierte und es sollte im 20. Jahrhundert auch das einzige Mal bleiben. 18 Monate bevor sich die Zivilrechtslehrervereinigung erstmals in Bad Kreuznach traf,<sup>160</sup> bot sich hier die Chance, die wiedererstarkte Deutsche Zivilrechtswissenschaft festlich vorzuführen. Wie die Teilnehmerliste zeigt, waren es neben Professoren aus der Region primär die geladenen Dekane der Deutschen Fakultäten, die das Fach repräsentierten. Auch wenn die Vertreter der in den gezeigten Nachkriegstexten zur Alleinschuldigen erklärten „Kieler Schule“ noch fehlten,<sup>161</sup> machte die Teilnehmerliste deutlich, dass viele prominente NS-Juristen wie Heinrich Lehmann<sup>162</sup> oder Hans Würdinger<sup>163</sup> sich wieder aus der Deckung trauten. Mit *Hans Carl Nipperdey* begrüßte die Anwesenden ein Kölner Dekan, der in der Akademie Ausschussvorsitzender gewesen war<sup>164</sup> und 1937 noch betont hatte, in einsichtigen Kreisen sei kein Zweifel darüber, „daß das BGB im Dritten Reich fallen muß“.<sup>165</sup> Die Festansprache hielt *Hans Dölle*, der ebenfalls 1937 mit Blick auf das BGB erklärt hatte: „Daß in einem Gesetzbuch des nationalsozialistischen Deutschlands die Rassefrage als die Urfrage des völkischen Lebens überhaupt nicht Erwähnung findet, ist eine Unmöglichkeit“.<sup>166</sup> Äußerlich wurde die nicht mehr als problematisch empfundene NS-Vergangenheit der Protagonisten auch dadurch inszeniert, dass die Texte bei Mohr Siebeck in der Reihe „Recht und Staat“ erschien, die nach 1933 einige Schlüsseltexte der „Rechtserneuerung“ herausgebracht hatte.<sup>167</sup>

---

akt veranstaltet von den Deutschen Juristischen Fakultäten am 1. Februar 1950 in Köln, 1950.

**160** Zimmermann AcP 223 (2023), 608 ff.

**161** Vgl. die Zusammenstellungen der Lebenswege und frühen Veröffentlichungen zu Wieacker, Siebert und Larenz bei Wolf KritV 1997, 401 ff. Martin Busse war 1945 gefallen.

**162** Depping (Fn. 69), 66 ff.

**163** Hirte/Mohamed, in: Repgen u. a. (Hg.), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, 2019, 231 ff. (233 mit dem naiven Hinweis, bei Würdingers Referat im Kitzberger Lager zum subjektiven Recht habe es sich um „einen unpolitischen Vortrag“ gehandelt, in der Fn: „sehr dogmatisches“ Thema).

**164** Hollstein, Die Verfassung als „Allgemeiner Teil“. Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895–1978), 2007, 70 ff.

**165** Nipperdey, Das System des Bürgerlichen Rechts, 1937, hier nach Wiederabdruck in: Schubert (Hg.), Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988, 426.

**166** Dölle ZAkDR 1937, 359, 361.

**167** Etwa Lange, Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerlichen Recht, 1933; ders., Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934; Larenz, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934. Die Reihe wurde bereits 1913 gegründet und 1983 mit Heft 512 eingestellt. Es handelt sich also keineswegs um eine spezifische NS-Reihe. Ich danke Daniela Taudt vom Verlag Mohr Siebeck für ihre Unterstützung.

*Nipperdeys* Begrüßung<sup>168</sup> setzte bereits Schwerpunkte. Auch bei ihm fand sich das Motiv des BGB als eines Gebäudes, das er vielleicht von seinem Lehrer *Hedemann* übernahm. Inzwischen hätten zwei Weltkriege „nicht nur an den Fenstern und Türen, sondern auch an den Fundamenten des Hauses gerüttelt“. Dass das BGB noch „unerschüttert“ dastehe, verdanke es der „unermüdlichen, bewahrenden und fortbauenden Arbeit zweier Juristengenerationen“.<sup>169</sup> Heute sei das BGB „Zuflucht der deutschen Rechtseinheit“. Inhaltlich verbinde es die Deutschen „in seinem Geiste der persönlichen Freiheit, in seiner Achtung der menschlichen Person, in der Anerkennung des Eigentums als einer bedeutsamen Grundlage des menschlichen Fortschritts und in der beherrschenden Rolle, die es den Grundsätzen von Treu und Glauben zuweist“.<sup>170</sup> Die Vertragsfreiheit kam nicht vor, dagegen weiterhin Treu und Glauben, trotz der nationalsozialistischen Missbräuche dieser Formel. Die nun folgende Ansprache von *Hans Dölle* zeigte zunächst einmal, dass sich inzwischen eine weitgehend konsentrierte Geschichte des BGB durchgesetzt hatte. Es habe „nicht das Tor zum 20. Jahrhundert geöffnet, sondern das 19. Jahrhundert abgeschlossen“<sup>171</sup> und habe „vornehmlich die Auffassungen des liberalen Bürgertums“ widergespiegelt.<sup>172</sup> Am Anfang habe eine Phase „positivistischer Interpretationskünste mit den Mitteln scharfsinniger Begriffslogik und unter Verwertung der offengelegten Materialien“ gestanden, abgelöst durch die Rechtsprechung seit der Aufwertungskrise,<sup>173</sup> die „prätorische Neuschöpfungen“ unter Rückgriff auf die Generalklauseln unternommen habe.<sup>174</sup> Die Notmaßnahmen der beiden Weltkriege hätten das Privatrecht radikal verändert, „denn die Zustände, die sie zu regeln suchten, verschwanden nicht nur nicht, sie verschärften sich vielmehr im Laufe des Krieges und der Nachkriegszeiten“.<sup>175</sup> Auch bei *Dölle* dominierten nun die

„Massen in ihren Organisationen, traten Verflechtungen, Zusammenschlüsse, Gewerkschaften, traten die Verbände auf den Plan, Tarifverträge, allgemeine Geschäftsbedin-

---

**168** *Nipperdey*, in: ders. (Hg.), Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Festakt veranstaltet von den Deutschen Juristischen Fakultäten am 1. Februar 1950 in Köln, 1950, 7 ff.

**169** *Nipperdey* (Fn. 168), 7.

**170** *Nipperdey* (Fn. 168), 8.

**171** *Dölle*, in: *Nipperdey* (Hg.), Fünfzigjahrfeier des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches. Festakt veranstaltet von den Deutschen Juristischen Fakultäten am 1. Februar 1950 in Köln, 1950, 14 ff.

**172** *Dölle* (Fn. 171), 15.

**173** Hinweis in *Dölle* (Fn. 171), 19.

**174** *Dölle* (Fn. 171), 18.

**175** *Dölle* (Fn. 171), 19.

gungen, Muster- und Einheitsverträge suchten die Massenphänomene immer wiederkehrender sozialer Beziehungen zu typisieren, verdrängten die Vertragsfreiheit und gewannen in manchem Betracht die Normativität staatlich gesetzten Rechts, das sie beiseite schoben.“<sup>176</sup>

Damit war klar, dass auch *Dölle* eine Rückkehr zu einem liberalen Privatrecht ausschloss: „Das Gesetz darf nicht mehr nur ein Gesetz für das Individuum sein, sondern es muß wesentlich Sozialrecht im Sinne Gierkes sein.“<sup>177</sup> Diese große Linie erlaubte es nun, die NS-Entwicklungen jenseits der Rasselehre als unproblematisch einzuordnen. So hieß es für das TestG und das EheG von 1938:

„Abgesehen von penetrant nationalsozialistischen Normen, die im Dienste der Rasseideologie und eugenischer Bestimmungen standen und die inzwischen ausgemerzt sind, gingen diese Gesetze auf Gedanken zurück, die schon früher geäußert und erörtert worden waren ... Würde man diese Gesetze in unsere Kodifikation eingegliedert haben, ein merklicher Bruch zwischen ihnen und den alten Partien würde kaum zu verspüren gewesen sein.“<sup>178</sup>

Auch bei *Dölle* blieb zuletzt die baulich gefasste Feststellung, es fehle noch der „sichere Baugrund, auf dem ein standfestes und für lange Zukunft bestimmtes Werk errichtet werden könnte“, <sup>179</sup> heute ließen sich „gemeinsame() Ziele kaum erkennen“. Die

„völlig veränderte Welt und auch unsere aufgewühlte deutsche geistige Welt ist noch auf der Suche nach neuen Wahrheiten, nach Ideen und Zielen ... Wir stehen in einem chaotischen Durcheinander der Weltanschauungsauseinandersetzungen, aus dem sich ein kommender Kosmos noch nicht abzeichnet.“<sup>180</sup>

*Dölle*, der bereits seit 1949 das nach Tübingen evakuierte, seit 1956 dann nach Hamburg umgesiedelte Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht leitete, legte nun ein Programm für eine europäische, ja globale Rechtsvereinheitlichung auf rechtsvergleichender Grundlage vor und skizzierte einige Reformnotwendigkeiten im Familienrecht. Hier, in der Vision eines europäischen Privatrechts, lag *Dölles* eigenständige Pointe. Die Unbefangenheit, in der *Dölle* dabei zustimmend NS-Literatur etwa zum Familienrecht heranzog,<sup>181</sup> zeigte, dass man sich nun entschlossen hatte, sozusagen auf dem

---

176 *Dölle* (Fn. 171), 19.

177 *Dölle* (Fn. 171), 35.

178 *Dölle* (Fn. 171), 20 f.

179 *Dölle* (Fn. 171), 21 f.

180 *Dölle* (Fn. 171), 22.

181 Etwa *Dölle* (Fn. 171), 33 Fn. 28.

Boden der nationalsozialistischen Überlegungen, bereinigt von rassistischen Einschüben, weiterzubauen. *Dölle*, der noch 1942 die neu eingeführte Mitwirkung des Staatsanwalts in Zivilsachen als bedeutsamen Schritt für die Durchsetzung des Grundsatzes „Gemeinnutz geht vor Eigennutz“ begrüßt hatte,<sup>182</sup> entnazifizierte sich selbst.

*Dölle* war nicht der Einzige, der jetzt wieder die Meinungsführerschaft beanspruchte. *Justus Wilhelm Hedemann* sah ebenfalls seine Rolle als Geschichtsschreiber des Privatrechts durch die Tatsache, dass er das Gesicht des Volksgesetzbuches gewesen war,<sup>183</sup> nicht mehr gefährdet und veröffentlichte am 10. Januar 1950, also noch vor der Kölner Feier, gleich zwei Jubiläumsbeiträge. Persönlich hatte er seiner Vergangenheit Tribut zollen müssen und nach 1945 keine Weiterbeschäftigung in Berlin mehr erhalten.<sup>184</sup> Vor den Jubiläumstexten hatte er erst 1947 eine erste Veröffentlichung gewagt.<sup>185</sup> Während ein Beitrag im Betriebs-Berater 1950 nun die wirtschaftsrechtliche Dimension des BGB thematisierte, war sein Beitrag für die Juristische Rundschau ein klassischer Jubiläumstext. Hedemann begann mit dem Wildenbruch-Zitat, das er bereits 1925 genutzt hatte, um dann beim Thema Rechtseinheit *Thibauts* berühmten und von *Endemann* bereits genutzten Hinweis darauf, dass gleiche Gesetze gleiche Sitten erzeugten, heranzuziehen. Rechtseinheit stand also wie überall im Zentrum des Gedenkens. Auch sonst blieb *Hedemann* in den Bahnen, die sich inzwischen eingespielt hatten. Er schilderte die Freirechtsbewegung, den Aufstieg des Wirtschaftsrechts, den Einfluss des Krieges und den sozialen „Geist“, der schon „die Entstehungszeit als weckender Mahnruf“<sup>186</sup> begleitet habe, das schon zur Entstehungszeit veraltete Gesetzbuch also. Sein Verhältnis zum freien Richter hatte sich nach dem Pessimismus der Weimarer Jahre durch den Nationalsozialismus wieder verbessert. Er betonte, „Treu und Glauben‘ ist zur Formel geworden, die den Richter als Wahrer des ‚Bürgerlichen‘ Gesetzbuches mit den Bürgern in engere Verbindung gebracht hat“.<sup>187</sup> Das „soziale Wägen im Zeichen der Sittlichkeit ist ein fester Bestandteil im Leben und Wirken unseres Bürgerlichen Gesetzbuches geworden“.<sup>188</sup> Der nationalsozialistische Richter blieb auch hier unbeschädigt. Der heikle Teil war sein Blick auf das Volksgesetz-

---

**182** *Dölle* DRW 1942, 38 ff.; dazu *Schäfer* (Fn. 119), 184 ff.; Einzelheiten zu diesem Thema bei v. *Dickhuth-Harrach*, „Gerechtigkeit statt Formalismus“. Die Rechtskraft in der nationalsozialistischen Privatrechtspraxis, 1986, 121 ff.

**183** *Wegerich* (Fn. 65), 68 ff.

**184** Hierzu *Mohnhaupt* (Fn. 68), 148 ff.; *Wegerich* (Fn. 65), 93 mit Fn. 5.

**185** *Hedemann* BB 3 (1948), 577 ff.

**186** *Hedemann* JR 1950, 1, 3.

**187** *Hedemann* JR 1950, 1, 2.

**188** *Hedemann* JR 1950, 1, 4.



buch und das war wohl auch das Ziel seiner Stellungnahme. Er zeichnete ein bemerkenswertes Bild. 1934 begann für ihn eine Zeit der „Reform“,<sup>189</sup> mit dem Ziel, zu einem „auf besonderer Höhe stehenden ‚Volksgesetzbuch‘ aufzusteigen“. Es sei eine europäische Bewegung gewesen und insbesondere Italien sei Antreiber gewesen. Die Arbeit am Volksgesetzbuch habe sich „anfangs ausschließlich in den Bahnen ernster, wissenschaftlich fundierter Reformarbeit gehalten“. Erst durch den „Anschluss“ Österreichs und den „großdeutschen Gedanken“ sei ein „politischer Akzent in die Arbeit getragen“ worden, was *Hedemann* eine „vom historischen Standpunkt aus verständliche Ideologie“ nannte, die das Blickfeld erweitert habe.

„Die Männer, die in vielen, stofflich gegliederten Ausschüssen der Akademie für deutsches Recht an der Vorarbeit für das neue Gesetzgebungswerk tätig waren, hatten demgegenüber keinen leichten Stand. Sie sind bemüht gewesen, die Arbeit trotz der großen Schwierigkeiten gewissenhaft weiterzuführen und unbeeinflusst die wissenschaftliche Höhe zu wahren. Aber die zunehmende Schwere der Zeit, das Dunkel der Irrtümer belastete die Arbeit.“<sup>190</sup>

1942 hatte er das kommende Volksgesetzbuch vom BGB noch klar abgegrenzt:

„Wir sehen den ‚Volksgenossen‘ vor uns, nicht mehr den ‚Bürger‘, jenen literarisch aufgeputzten Bürger im eitlen Schimmer der Selbstgerechtigkeit, der Isolierung, der ‚Individualität‘. Wir sehen ihn nicht mehr in seiner ‚verfassungsmäßig garantierten‘ Opposition gegen Fürst und Staat, sondern er steht vor uns als Glied – ein Glied, das bloßes Massenpartikel, kümmerliches Molekül wäre, wenn nicht der Aufruf, der Leistungsgedanke hinzuträte: Sei kein seelenloses Körnchen im Sandstrom, kein Massenatom, kein totes kleines Rädchen in der Maschine, sondern eben doch ein lebendiger Volksgenosse.“<sup>191</sup>

Nun, 1950, zitierte er erleichtert den unbelasteten *Mallmann*, der, wie gezeigt, „viel Brauchbares“ unter den Vorarbeiten zum Volksgesetzbuch gefunden hatte. Indem *Hedemann* dann noch meinte, das „Kriegswirtschaftsrecht“ sei „wesensmäßig bei beiden Kriegen annähernd das gleiche gewesen“,<sup>192</sup> war sein Engagement im Nationalsozialismus hinreichend entschuldigt und er begann wieder eine lebendige Publikationspraxis. Wie tief inzwischen geradezu ein Einheitsbild eingeprägt worden war, zeigt ein Blick in den Jubiläumstext von *Wilhelm Kisch*, der als ehemaliger Lehrer und später rechte Hand von Hans Frank die

---

<sup>189</sup> Zum folgenden *Hedemann* JR 1950, 1, 2 f.

<sup>190</sup> *Hedemann* JR 1950, 1, 3.

<sup>191</sup> *Hedemann*, Das Volksgesetzbuch als Fundament des Großdeutschen Rechtslebens, 1942, hier nach Wiederabdruck in: Schubert (Hg.), Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988, 628.

<sup>192</sup> *Hedemann* JR 1950, 1, 3.

Akademie mitgegründet und später als Vizepräsident vertreten hatte.<sup>193</sup> Das BGB sei schon „damals wohl eine Rückständigkeit“ gewesen, man müsse „den sozialen Gedanken allenthalben mit Warmherzigkeit zur Geltung“ bringen, das Gesetz sei „genau das wert, was es den Vertretern des Rechtslebens aus seinen Bestimmungen zu machen gestattet“ (Hinweis auf die Generalklauseln), Treu und Glauben sei „eine übergesetzliche Norm“, der Akademie für Deutsches Recht müsse man ihre Ergebnisse, „mag man nun über ihre Arbeit wie immer denken, als Verdienst anrechnen. ... Ihr stofflicher Inhalt wird künftig in das BGB zu übernehmen sein“. Nichts neues mehr an der Jubiläumsfront? Oder doch?

An entlegenem Ort hatte *Ernst Forsthoff* bereits 1949 des Jubiläums gedacht. Der Verwaltungsvorkämpfer *Forsthoff* tauchte bei *Raiser* 1946 als Vater der „Daseinsvorsorge“ auf.<sup>194</sup> *Dölle* kannte schon *Forsthoffs* Jubiläumstext.<sup>195</sup> Man nahm *Forsthoff* im Zivilrecht wahr. *Forsthoff* gab dem Leser freilich eine ganz andere Sicht der Dinge, die den Konsens unter den Zivilrechtlern herausforderte. *Forsthoff* zog zunächst eine übliche Linie: Niedergang der liberalen Welt und Aufstieg der modernen kollektiven Arbeitswelt. Doch er zog ganz andere Folgerungen daraus als die zivilrechtlichen Jubiläumsäußerungen: „Allenthalben war es der Staat, dem die Aufgabe zufiel, neue Ordnungen anzubahnen, wo die bürgerlichen Lebensformen der industriell-technischen Lebenswelt zum Opfer fielen“. Schon in Weimar sei der Rechtsstaat „entartet“, Parteien seien zu „disziplinierten Kampfgruppen“ geworden. Damit sei das Rechtsstaatsmodell gescheitert und der Verwaltungsstaat trat an seine Stelle:

„Die große verfassungspolitische Leistung des 19. Jahrhunderts war die Unterstellung des Staates unter das Gesetz. Der an das Gesetz gebundene Staat gewährleistete die Bürgerliche Freiheit. ... Deshalb war der Staat dieser Zeit ein Gesetzesstaat und der Gesetzgeber, also das Parlament, stand in seiner Mitte. Das ist heute nicht mehr so. ... Das moderne Sozialleben ist allenthalben in die Notwendigkeit versetzt, die Hilfe des Staates, seine

---

**193** Kisch NJW 1950, 1 ff. Zu Kisch *Pichinot*, Akademie für Deutsches Recht – Aufbau und Entwicklung einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft des Dritten Reiches, 1981, 11 f., 16 f.; *Schenkel*, Der Deutsche Juristentag 1933, 2023, 122 ff.; *Landau* ZNR 15 (1993), 373, 386. Der Jubiläumsbeitrag von *Bauer* JR 1950, 145 ff. ist eine Besprechung des Kölner Festakts. Nicht näher ausgewertet wird vorliegend der Beitrag des Rechtsanwalts *Otto Küster* Deutsche Zeitung und Wirtschaftszeitung vom 28.1.1950, 1. Der Beitrag wurde schon von Zeitgenossen kaum wahrgenommen und brachte neben Einblicken in die anwaltliche Praxis im Wesentlichen die gleichen Großlinien wie bei den hier vorgestellten Professoren. Für eine genauere Auswertung verweise ich auf HKK/*Rückert*, Bd. 1, 2003, Vor § 1, Fn. 333, 346.

**194** *Raiser* (Fn. 143), 14 mit Fn. 66, vgl. auch Fn. 39.

**195** *Dölle* (Fn. 171), 15 Fn. 2.

Geldzuwendungen, sein Eingreifen zur Ordnung, Förderung oder auch Schlichtung in notleidend gewordenen Sozialbereichen anzurufen. ... Man kann das mit einer erlaubten Verallgemeinerung auf die Formel bringen: Der moderne Mensch verlangt vom Staat in erster Linie nicht mehr gute Gesetze, sondern gute Verwaltung. Denn er weiß, dass er nicht mehr nur im, sondern in einem sehr entschiedenen Sinne vom Staat lebt und dass ihm dieses Leben heute weniger durch die Gesetzgebung als vielmehr durch das tätige Zugreifen der Staatsverwaltung erst ermöglicht wird.“<sup>196</sup>

*Forsthoff*, dem es erst 1952 wieder gelang, sein Heidelberger Ordinariat zurückzubekommen, publizierte in diesen Jahren viel.<sup>197</sup> Er distanzierte sich von der Parteiendemokratie, zweifelte am Rechtsstaat und der Wirksamkeit von Verfassungen und arbeitete an einem Konzept, das *Florian Meinel* als „dezentralisierten Verwaltungsstaat auf genossenschaftlicher Grundlage“ bezeichnet.<sup>198</sup> Vorliegend wichtig ist, dass in diesem Konzept die Zivilrechtsprechung, die von den Zivilisten als Modernisierer betont und als Hoffnungsträger aufgebaut wurde, keine Rolle spielte. Schon in den dreißiger Jahren hatte er sich von *Wieackers* Hinwendung zum gestaltenden Richter abgegrenzt<sup>199</sup> und wurde nun mit seinem Plädoyer für strenge Bindung an die Auslegungskanones zu einem Kritiker des BVerfG, dem er eine „Entformalisierung der Verfassung“, „Situationsjurisprudenz“, vorwarf.<sup>200</sup>

Diese Sicht der Dinge forderte den Widerspruch der Zivilrechtler heraus. *Nipperdey* warf *Forsthoffs* Forderung nach einer Bindung der Richter an *Savignys* Auslegungskanones „eigenartigen Anachronismus“<sup>201</sup> vor. Die Privatrechtswissenschaft wollte der Verwaltung sicher nicht das Feld überlassen. Sie ließ sich auch auf die konkreten ökonomischen Diskussionen, die noch *Raiser* zur Orientierung gewählt hatte, in den 1950er Jahren kaum noch ein. Privatrechtswissenschaftler banden sich weder an verwaltungsrechtliche, noch an ökonomische, noch an soziologische Expertise, sondern kombinierten ihr Misstrauen gegenüber dem Gesetzgeber mit vagen Sozialformeln, die den Richter auf seine Lebens- und Werteschau verwiesen.<sup>202</sup> In seiner Tübinger Antrittsvorlesung machte *Fritz Baur* 1956 den privatrechtlichen Blick auf diese

<sup>196</sup> *Forsthoff* Christ und Welt Nr. 52 vom 29. Dezember 1949, 6 f.

<sup>197</sup> *Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, 2011, 304 ff.

<sup>198</sup> *Meinel* (Fn. 197), 334.

<sup>199</sup> Hierzu *Meinel* (Fn. 197), 205 ff., 210 f.

<sup>200</sup> *Meinel* (Fn. 197), 425 f.

<sup>201</sup> *Nipperdey* DRiZ 1962, 72, 74; hierzu *Meinel* (Fn. 197), 427.

<sup>202</sup> Das kann hier nicht im Einzelnen ausgeführt werden, vgl. nur *Wolf* KritV 1997, 401 ff.; *Joerges*, in: Simon (Hg.), Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 330 ff.; *Rückert*, Abbau und Aufbau der Rechtswissenschaft nach 1945, 1995; Wie-

Fragen deutlich. „Sozialer Ausgleich durch Richterspruch“ war das Thema. *Baur* betonte neben den traditionellen Generalklauseln richterliche Stundung und Zahlungsfristen, Preisfestsetzungen bei lebensnotwendigen Gütern, Vertragshilfe, richterliche Gestaltungsbefugnisse im Arbeitsrecht, im WEG, in der HausratsVO, im Höferecht oder Familienrecht, als „Bereiche sozialer Verwaltung“, die dem Richter überlassen worden seien.<sup>203</sup> Und er betonte:

„Man ruft den Richter wegen des Vertrauens in seine Persönlichkeit, wegen der ihm verliehenen Garantien der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit. Der übermächtige, weisungsgebundene Verwaltungsapparat soll damit ebenso ausgeschlossen sein wie alle die Einflüsse, die sich von den Parteien, Interessengruppen auf diesen Staatsapparat auswirken und auf seine Organisation wie auf sein Handeln Einfluss nehmen.“<sup>204</sup>

Dabei wurden die Gefahren von Richterrecht durchweg<sup>205</sup> und auch von *Baur* gesehen.<sup>206</sup> Neue Argumente hatte auch er nicht. „Entscheidend wird sein, ob es gelingt, im Laufe der Zeit eine Rechtstradition zu bilden, die Gemeingut aller Juristen wird und von hier aus auch auf das Rechtsempfinden des Volkes ausstrahlt.“<sup>207</sup> Gleichwohl, aus der Sicht der Privatrechtswissenschaftler hatte der Staat, nicht die Justiz, im Nationalsozialismus erneut Vertrauen verspielt. Dieses Bekenntnis zum rechtsgestaltenden Richter traf sich mit dem Selbstverständnis vieler Richter am Bundesgerichtshof.<sup>208</sup> Das BGB rückte immer stärker aus dem Fokus.

## VII. 1971/75: Schweigen

Das weitgehende Verschweigen des 75. Jubiläums durch die Rechtswissenschaft war aber wohl nicht einfach eine Zuspitzung dieser Blickverschiebung. Es gab neue brennende Streitpunkte. 1971 kam es auf der Zivilrechtslehrertagung zu einem Abwehrkampf der älteren Generation gegen die heranstürmenden „jungen Wilden“. Thema war Dogmatik. Für die aggressive Reformbewegung um

---

derabdruck in: *ders.*, Abschiede vom Unrecht. Zur Rechtsgeschichte nach 1945, 2015, 3 ff.; *Haferkamp* (Fn. 40), 300 ff., 306 ff.

<sup>203</sup> *Baur* JZ 1957, 193, 194 f.

<sup>204</sup> *Baur* JZ 1957, 193, 196.

<sup>205</sup> Nur *Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung von § 242 BGB, 1956.

<sup>206</sup> *Baur* JZ 1957, 193, 196 f.

<sup>207</sup> *Baur* JZ 1957, 193, 197.

<sup>208</sup> Hierzu die Beispiele bei *Kißener/Roth*, Justiz im Umbruch. Geschichte des Bundesgerichtshofes 1950 bis 1965, Bd. 1, 2024, 224 ff.; sichtbar wird dieses Selbstverständnis in den Urteilsauswertungen etwa zu Staatsschutz, Familienrecht oder Sexualität in Bd. 2, 120 ff., 167 ff., 268 ff.

Rudolf Wiethölter und Rudolf Wassermann waren Gesetzesbindung, Dogmatik, Hermeneutik wissenschaftliche Illusionen und nichts als getarnte Macht, was sogar Josef Esser zu einer chancenlosen Verteidigung juristischer Dogmatik veranlasste<sup>209</sup> und Karl Larenz 1979 auf gleichermaßen verlorenem Posten nochmals vom „richtigen Recht“<sup>210</sup> träumen ließ. Offenbar wurde in diesem bilderstürmenden Umfeld das große BGB-Jubiläum schlicht vergessen. Als man 1977 für das 1877 gegründete Reichsjustizamt eine amtliche Festschrift herausgab, die das BGB nie erhielt, fiel das Versäumnis Alexander Lüderitz, der über das BGB berichten sollte, auf. Er teilte in einer Fußnote mit, allein Wiethölter habe das BGB in einem Rundfunkvortrag 1974 gedacht. Wiethölter habe dabei „den formalen Gehalt betont, dessen sich Juristenmacht in wechselnder Zielsetzung bediente“.<sup>211</sup> Das war nicht überraschend. Übersehen hatte Lüderitz zwei knapp einseitige Kurzbeiträge in der DRiZ. 1971 hatte dort der MdB Friedrich Vogel des BGB angesichts anstehender Reformvorhaben im Familienrecht gedacht.<sup>212</sup> 1975 erschien anonym ein weiterer Kurzbeitrag, der die üblichen Bilder brachte, aber doch mit einem auffallenden Satz endete: „Hochachtung wird immer berechtigter“.<sup>213</sup> Hintergrund waren auch hier die Eingriffe im Familien-, aber auch Mietrecht, mit denen das BGB an die veränderte Wirklichkeit angepasst worden war. Gerade die breite Kritik am nun als politisch decouvrierten Richterrecht, die seit 1968 so vehement eingesetzt hatte,<sup>214</sup> hatte den Gesetzgeber wieder in den Fokus geschoben. Und dieser Gesetzgeber begann in den 1970er Jahren zu reagieren, auch wenn ihm die Privatrechtswissenschaft immer wieder die Kompetenz dazu absprach.<sup>215</sup> Auch Lüderitz endete 1977 mit Überlegungen zu einer Reform des BGB.<sup>216</sup> Der rechtspolitische Fokus auf das BGB begann sich zu verschieben. Nun ging es um gesetzgeberische Reform. Der Wortlaut des BGB rückte langsam wieder in den Blick.

<sup>209</sup> Haferkamp, Josef Esser und die Dogmatikdebatte zu Beginn der 1970er Jahre, erscheint in: Auer/Paas/Seinecke (Hg.), Josef Esser. Zivilrecht und Methode in der Bonner Republik; Jansen AcP 225 (2025), 114 unter IV (in diesem Heft).

<sup>210</sup> Larenz, Richtiges Recht, 1979.

<sup>211</sup> Lüderitz, in: FS Reichsjustizamt, 1977, 225 Fn. 82.

<sup>212</sup> Vogel DRiZ 1971, 422 f.

<sup>213</sup> N.N. DRiZ 1975, 180 f.

<sup>214</sup> Nur Lautmann, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, 1972; Wassermann, Der politische Richter, 1972; Rottleuthner, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, 1973; Rodingen, Pragmatik der juristischen Argumentation. Was Gesetze anrichten und was rechtens ist, 1977.

<sup>215</sup> So insbesondere Kübler JZ 1969, 645, 646 ff.; ders. DRiZ 1970, 379 ff.; zum Ganzen auch Joerges (Fn. 202), 339 ff., 346.

<sup>216</sup> Lüderitz, in: FS Reichsjustizamt, 225, 257 ff.

## VIII. 1980: Rudolf Wassermann, Adolf Laufs und der Beginn der Historisierung des BGB

1980 veröffentlichte mit *Rudolf Wassermann* eine Leitfigur der Reformer einen Jubiläumssessay zur Frage, ob es sich bei dem BGB um „ein Jahrhundertwerk, einen großen Wurf“ handle. Schon eingangs machte er das Kriterium dafür klar: „Haben die Schöpfer des BGB soviel soziale und juristische Phantasie besessen, daß sie damals, an der Schwelle dieses Säkulums, Rechtsnormen konzipieren konnten, die noch in der Gegenwart als zeitgemäße Halterungen gelten?“<sup>217</sup> Nun prasselten auf den Leser alle auch von seinen konservativen Kollegen sattem bekannten Bilder ein:

„Kind seiner Zeit ... hatte sich die bürgerliche Gesellschaft ihr spezifisches Recht geschaffen ... Sittliche Autonomie der Persönlichkeit ... Grundaxiom liberaler Ideologie ... Tatsächlich war sie bereits veraltet, als das BGB ins Leben trat ... ignorierte die sozioökonomische Wirklichkeit ... Ausblendung sozialer Realität ... Rechnen mit Begriffen ... den Juristen ‚als solchen‘ .... Das Recht blieb, weil es flexibel genug war, dem sozialen Wandel Rechnung zu tragen ... Veränderungen im Familienrecht ... musste in anderen Teilen des BGB, insbesondere im Vertragsrecht, die Justiz die Aufgabe übernehmen ..., Generalklauseln ... Kunst des Richters, angetrieben und geleitet von seinem sozialen Verantwortungsbewußtsein.“

*Wassermann* machte freilich auch klar, was sich in den siebziger Jahren änderte, wenn er betonte, dass „jetzt selbst der juristische Fachkonsens zu zerbrechen droht, der die formale Rationalität des BGB solange getragen hat“.<sup>218</sup> Langfristig sei es daher „unumgänglich, ein neues Zivilgesetzbuch zu schaffen ... das ... begreift, daß Freiheit kein Zustand, sondern eine Aufgabe ist“.<sup>219</sup> Auch bei ihm war es nun dafür aber noch zu früh, man stehe rechtspolitisch erst am Anfang und müsse daher noch „eine ganze Zeitlang mit dem BGB weiterleben“, was den Präsidenten des OLG Braunschweig aber nicht beunruhigte, da „wichtiger noch als gute Gesetze der Charakter, die Haltung, das Ethos der Richter und Anwälte ist, jener Menschen aus Fleisch und Blut, die mit den Gesetzen umgehen, die den Paragraphen Leben einhauchen, indem sie aus ihnen Rechtswirklichkeit“ machen.<sup>220</sup> Ein launiger Text, der nicht nur zeigte, wie politisch flexibel einsetzbar und leistungsfähig die Bilder waren, die man sich inzwischen schon so lange vom BGB zurief, sondern auch, dass dieses Gesetz bei den Reformern wenig zu erwarten hatte.

---

<sup>217</sup> *Wassermann*, Das BGB ein Jahrhundertwerk? Ein Gesetzbuch im Wandel der Zeit, 1980, 1. Die folgenden Zitate fassen die S. 2–5 zusammen.

<sup>218</sup> *Wassermann* (Fn. 217), 4.

<sup>219</sup> *Wassermann* (Fn. 217), 5.

<sup>220</sup> *Wassermann* (Fn. 217), 5.

Und dann erschien in der JuS ein Jubiläumsbeitrag von *Adolf Laufs*, der ein in vielen Facetten ganz anderes Bild des BGB zeigte. Auch *Laufs* nutzte die altvertraute Gebäudemetapher, der „technisch meisterhaft errichtete fünfgeschossige klassizistische Bau“ habe „Um- und Ausbauten“ erlebt, die „Türen und Fenster sind verbreitert“ worden.<sup>221</sup> Doch dann wurde eine deutlich differenziertere Geschichte erzählt, als in allen Jubiläumstexten vor ihm. Das BGB war ihm nicht mehr „spätgeborenes Kind des Liberalismus“, sondern ein „Kompromißgeschöpf“, wofür er viele Belege aus der Entstehungsgeschichte benannte. In seiner Entscheidung für die „Freiheit und Gleichheit aller Bürger“ sah *Laufs*, wie er *Wassermann* entgegenhielt, gerade keine Ausblendung des Wirklichkeitsbezuges, sondern eine „Verwandtschaft mit dem Rechtsstaat“, die er wesentlich für das lange Leben des BGB verantwortlich machte.<sup>222</sup> Das waren ganz neue Thesen und auch ganz andere Literatur, auf die er hierfür zurückgriff. *Laufs* nutzte mit den Vorentwürfen und der „Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen“ die vollständigen BGB-Materialien, die Werner Schubert und Horst Heinrich Jakobs fast zeitgleich herausgaben.<sup>223</sup> *Laufs*, der in seiner Person noch Arztrecht und Privatrechtsgeschichte verknüpfte,<sup>224</sup> profitierte davon, dass eine wachsende Zahl von ausschließlich historisch arbeitenden Kollegen mit den Methoden der Geschichtswissenschaften die nun sog. „juristische Zeitgeschichte“ in den Blick nahmen.<sup>225</sup> Das hatte Auswirkungen auf das Bild des BGB. Wichtigster Ausgangspunkt dieser Bewegung war der Schweizer *Rudolf Gmür*, der in Münster in den 1970er Jahren eine Neuentdeckung des BGB initiiert hatte.<sup>226</sup> Und diese Entwicklung ging nach 1980 schnell weiter. Die Entstehungsgeschichte des BGB kann inzwischen minutiös rekonstruiert werden. Immer mehr Studien erschienen zu den Parteien im

<sup>221</sup> *Laufs* JuS 1980, 853 ff., die folgenden Zitate S. 857, 858.

<sup>222</sup> *Laufs* JuS 1980, 853, 854, 855 mit Fn. 54.

<sup>223</sup> Jakobs/Schubert (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen, 12 Bände und Ergänzungen, 1978 ff.; Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 14 Bände, 1980 ff.

<sup>224</sup> Zu ihm in seinen beiden Forschungsgebieten: *Kern* ZRG GA 132 (2015), 771 ff.; *Katzenmeier* MedR 2014, 73.

<sup>225</sup> *Klippel*, Juristische Zeitgeschichte: Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft, 1985; *Stolleis* (Hg.), Juristische Zeitgeschichte – Ein neues Fach?, 1993.

<sup>226</sup> *Gmür*, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, verglichen mit dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1965; auf *Gmür* gingen in der Folgezeit die ersten Grundlagenarbeiten zum BGB zurück, früh *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung, 1966; zu *Gmür*: *Otte* ZRG GA 120 (2003), 958 ff.

Reichstag von 1896.<sup>227</sup> Das Reichsjustizamt wurde als zentraler Akteur wiederentdeckt.<sup>228</sup> Vergessene Schlüsselfiguren traten ins Rampenlicht.<sup>229</sup> Auch *Laufs'* Bild der „nationalsozialistischen Rechtsperversion“ und auch des Volksgesetzbuches war detailreich und insgesamt sehr negativ gezeichnet. Damit reagierte *Laufs* natürlich auf die besonders seit *Rüthers'* „Unbegrenzte(r) Auslegung“ 1968 breit einsetzende kritische Untersuchung des Privatrechts im Nationalsozialismus.<sup>230</sup> Er war aber auch deutlich quellennäher und griff direkt auf einen Leittext *Hedemanns* zum Volksgesetzbuch zurück. Das lag in der Luft. Im Folgejahr erschien mit der Arbeit von *Pichinot* die erste historische Untersuchung zur Akademie für Deutsches Recht<sup>231</sup>. Die Materialien der Ausschüsse der Akademie für Deutsches Recht und die Vorarbeiten zum Volksgesetzbuch wurden dann seit 1988 veröffentlicht.<sup>232</sup> *Laufs* stand damit am Beginn einer Historisierung des BGB. Als 1996 das hundertste Jubiläum anstand, wurde der inzwischen eingetretene Wandel offensichtlich. Die eigenständige Privatrechtsgeschichte feierte das BGB getrennt von den Kollegen des geltenden Rechts und legte Rückblicke vor, die sich stark von den alten Bildern unterschieden.<sup>233</sup> Der immer noch oft zitierten These vom „spätgeborenen Kind des Liberalismus“<sup>234</sup> wurde entgegengehal-

**227** *Vormbaum*, Die Sozialdemokratie und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1. Aufl. 1975, 2. Aufl. 1997; *Damnitz*, Bürgerliches Recht zwischen Staat und Kirche. Mitwirkung der Zentrumsparterie am Bürgerlichen Gesetzbuch, 2001; *Wolters*, Die Zentrumsparterie und die Entstehung des BGB, 2001; *Hansel*, Jurisprudenz und Nationalökonomie. Die Beratungen des BGB im Königlich Preußischen-Landes-Ökonomie-Kollegiums 1889, 2006; *Zrenner*, Die konservativen Parteien und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2008; *Steffen*, Bürgerliche Rechtseinheit und Politischer Katholizismus, 2008.

**228** *Schulte-Nölke*, Das Reichsjustizamt und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1995.

**229** Etwa der Redaktor des Vorentwurfs des Erbrechts Gottfried v. Schmitt; *R. Schröder*, Abschaffung oder Reform des Erbrechts. Die Begründung einer Entscheidung des BGB-Gesetzgebers im Kontext sozialer, ökonomischer und philosophischer Zeitströmungen, 1981.

**230** *R. Schröder*, in: Mohnhaupt (Hg.), Rechtsgeschichte in den beiden deutschen Staaten (1988–1990), 1991, 604 ff.

**231** *Pichinot* (Fn. 193).

**232** Vgl. Schubert (Hg.), Volksgesetzbuch. Teilentwürfe, Arbeitsberichte und sonstige Materialien, 1988; inzwischen liegen bei De Gruyter 10 Folgebände und beim Peter Lang Verlag weitere 18 Folgebände vor.

**233** Neben den sogleich genannten Autoren *Schmoeckel* NJW 1996, 1697 ff.; *Schlösser*, in: ders. (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, Ringvorlesung aus Anlaß des hundertjährigen Jubiläums der Verkündung des Gesetzes sowie des fünfundsiebenzigjährigen Bestehens der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, 1997, 5 ff.

**234** *Wieacker* (Fn. 131), 15.



ten, dass das BGB die erste sozialpolitisch beeinflusste Kodifikation überhaupt war,<sup>235</sup> die Verfasser die Probleme sahen, aber in Sondergesetzen verorten wollten, um den Verfassungersatz des liberalen Kerngesetzes zu wahren,<sup>236</sup> dass nirgends das Besitzbürgertum bevorzugt wurde, sondern die frei-gleiche Gesellschaft im Blick stand,<sup>237</sup> für die das BGB gedacht war und die in den 1960er Jahren auch durchaus kommen sollte.<sup>238</sup> Hinter der lange alles dominierenden Kritik von *Gierke* und *Menger* in der Entstehungszeit wurden differenzierte<sup>239</sup> und durchaus positiv zuarbeitende Entstehungsdiskussionen offen gelegt.<sup>240</sup> In einer Jubiläumstagung am Frankfurter Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte über das „BGB und seine Richter“ wurde die lange vorherrschende These vom „Positivismus des Reichsgerichts vor 1914“<sup>241</sup> widerlegt.<sup>242</sup> Der damit zusammenhängenden These von der „Entdeckung der Generalklauseln in Weimar“<sup>243</sup> wurde entgegengehalten, dass die Generalklauseln von Anfang an und in alter Tradition Überdruckventile für den Einzelfall gewesen waren,<sup>244</sup> die in Weimar wegen der Aufwertungsproblematik lediglich ein krisenbedingtes Massenphänomen wurden.<sup>245</sup> Die eigentlich neuen, nämlich politisierten Generalklauseln sind dagegen eine Entwicklung im Nationalsozialismus.<sup>246</sup> Auch sonst

<sup>235</sup> *Schubert*, in: Hofmeister (Hg.), *Kodifikation als Mittel der Politik*, 1986, 11 ff.

<sup>236</sup> *Haferkamp* (Fn. 40), 112 ff.

<sup>237</sup> HKK/*Rückert* (Fn. 193), Vor § 1, Rn. 96.

<sup>238</sup> *Schulte-Nölke*, in: Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996. Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkündung des BGB. Erreichtes – Verfehltes – Übersehenes*, 1997, 9 ff.; *ders.* NJW 1996, 1075 ff.; HKK/*Rückert* (Fn. 193), Vor § 1, Rn. 97.

<sup>239</sup> *Reppen*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, 2001.

<sup>240</sup> *Schwab* ZNR 22 (2000), 334 ff.

<sup>241</sup> Vgl. zu diesem Bild oben Fn. 10.

<sup>242</sup> Falk/*Mohnhaupt* (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)*, 2000.

<sup>243</sup> So wirkungsreich insbesondere *Kübler* AcP 162 (1962), 104 ff.

<sup>244</sup> *Haferkamp*, *Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914*, in: Falk/*Mohnhaupt* (Hg.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914)*, 2000, 1 ff.

<sup>245</sup> Grundlegend *Rückert*, in: FS für Sten Gagnér, 1996, 203 ff.; *ders.*, in: K.W. Nörr/*Schefold/Tenbruck* (Hg.), *Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik*, 1994, 267 ff.; eindringliche Urteilsanalysen bei *Klemmer*, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Die Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen während der Weimarer Republik und im späten Kaiserreich*, 1996; zu Treu und Glauben HKK/*Haferkamp*, Bd. 2, 1. Teilbd., 2007, § 242, Rn. 57 f., 60 ff.

<sup>246</sup> Zusammenfassend HKK/*Haferkamp* (Fn. 245), § 242, Rn. 57 f.

ist der Nationalsozialismus fester Teil der Beschäftigung mit der Geschichte des BGB geworden und so gehören die Diskussionen in der Akademie für Deutsches Recht, die inzwischen deutlich kritischer beurteilt wird,<sup>247</sup> zum Standarduntersuchungsprogramm dogmenhistorischer Arbeiten.<sup>248</sup> Seit dem Erscheinen des ersten von inzwischen sechs Bänden des Historisch-kritischen Kommentars zum BGB im Jahr 2003 ist zunehmend das ganze BGB durchhistorisiert, was zu einer Fülle von weiteren Neubewertungen geführt hat. 2022 erschien das erste Lehrbuch, in dem diese neue Geschichte des BGB zusammengestellt wurde.<sup>249</sup> Von dem noch in den 1950er Jahren so konsentierten Bild des BGB ist in diesen Neudeutungen nicht viel übrig geblieben.

## IX. 1996/2000: Die späte Liebe

Die Privatrechtshistoriker nahmen das 100. Jubiläum also sehr wahr. Damit standen sie nicht allein. Zwischen 1996 und 2000 belebte sich das Jubiläumswesen auch im geltenden Recht auffallend. Den Auftakt machten die Jungen Zivilrechtswissenschaftler, die in Rostock im September 1996 eine Tagung zu „Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkündung des BGB“ veranstalteten.<sup>250</sup> In Augsburg fand eine Ringvorlesung statt zu „Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996“.<sup>251</sup> Anerkannte Zivilrechtler wie *Rolf Stürner* platzierten prominent ihre Jubiläumstexte.<sup>252</sup> Der Staudinger-Kommentar feierte sich 1998 im Lichte des BGB mit einem großen Symposium.<sup>253</sup> 1999 widmete sich die Zivilrechts-

<sup>247</sup> *Pichinot* (Fn. 193); *Hattenhauer*, in: FS für Rudolf Gmür, 1983, 255 ff.; *Le Roy Anderson*, *The Academy of German Law*, 1987; Schubert (Fn. 232).

<sup>248</sup> Vgl. nur *Sessler*, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts, 1994; *Mohnhaupt-Wolf*, *Deliktsrecht und Rechtspolitik*. Der Entwurf einer deutschen Schadensordnung (1940/42) im Kontext der Reformdiskussionen über die Konzeption des Deliktsrechts im 20. Jahrhundert, 2003; *Paas*, *Das bewegliche System*. Karriere einer juristischen Denkfigur, 2021.

<sup>249</sup> *Haferkamp* (Fn. 40).

<sup>250</sup> Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler (Hg.), *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996*. Das deutsche Zivilrecht 100 Jahre nach Verkündung des BGB. Erreichtes – Verfehltes – Übersehenes, 1997.

<sup>251</sup> Schlosser (Hg.), *Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996*, Ringvorlesung aus Anlaß des hundertjährigen Jubiläums der Verkündung des Gesetzes sowie des fünfundzwanzigjährigen Bestehens der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg, 1997.

<sup>252</sup> *Stürner* JZ 1996, 741 ff.

<sup>253</sup> J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Nebengesetzen. 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger. Beiträge zum Symposium 1998, 1999.

lehrervereinigung in Salzburg dem Jubiläum.<sup>254</sup> Hier hielt *Claus-Wilhelm Canaris* ein Grundsatzreferat zu Wandlungen des Schuldvertragsrechts.<sup>255</sup> Im Jahr 2000 steuerte mit *Norbert Horn* ein weiteres Schwergewicht des Faches einen Jubiläumstext bei.<sup>256</sup> Ein Blick in die Texte von *Horn* und *Stürner* zeigt, wie stark sich der Fokus auf das BGB auch im geltenden Recht verschoben hatte. Beide thematisierten die richterliche Rechtsfortbildung, setzten aber den Schwerpunkt in der Frage gesetzgeberischer Reformen. *Stürner* hob für die Entwicklung im 20. Jahrhundert hervor, dass das Gros der Veränderungen als Sonderprivatrechte, also in Sondergesetzen stattgefunden hatte. Er lobte daher die „Selbstbeschränkung“ des BGB, dem man deswegen keine „Rückwärts-gewandtheit“ vorwerfen solle. Jedem leuchte ein, wie sehr sich das BGB übernommen hätte, wenn es diese im Entstehen befindliche zweite Rechtsordnung hätte inkorporieren wollen. Das BGB habe „kein spießiges Biedermeieridyll kodifiziert, sondern eine Grundordnung vertraglicher Freiheit und ihrer Abwicklung“. Dieser Ausgangspunkt sei „richtig gewählt“ und er sei „das Standbein der Privatrechtsordnung, die Sondergesetze der ‚zweiten Rechtsordnung‘ kann man mit dem Spielbein vergleichen“.<sup>257</sup> Dieses Konzept der Kodifikation als „übersichtliche Sammlung zeitgenössischer Rechtsregeln“ und „ausgegliederter Einzelgesetze für besonders dynamische Materien, die bei Abschluß der Rechtsentwicklung wieder eingegliedert werden können“ bleibe „aktuell und modern“.<sup>258</sup> Die Gegenwart lehre,

„daß Freiheit und Verantwortlichkeit in Systemen verzerrter sozialer Symmetrie durchaus leiden können und daß weniger der Abbau der Freiheits- und Verantwortlichkeitsideale des BGB anstehen könnte, als die Durchforstung der ‚zweiten Rechtsordnung‘ mit ihrem teilweise wuchernden Verteilungs- und Risikoüberwälzungssystem“.<sup>259</sup>

*Stürner* war nicht nur skeptisch gegenüber „wuchernder“ deutscher Intervention, sondern glaubte auch nicht an ein europäisches Zivilgesetzbuch. Er wünschte dem BGB „das ewige Leben“, sofern es „neben der regionalen Tradition die rechtskulturelle Offenheit nach Europa und der Welt“<sup>260</sup> pflege. Vier Jahre später dachte *Horn* ähnlich. Auch bei ihm war richterliche Rechtsfortbildung nicht mehr im Zentrum des Rückblicks. Vielmehr seien „über 150

<sup>254</sup> Die Beiträge sind abgedruckt in AcP 200 (2000), 273 ff. Die Beitragenden erschließen sich über die Homepage der Zivilrechtslehrervereinigung.

<sup>255</sup> *Canaris* AcP 200 (2000), 273 ff.

<sup>256</sup> *Horn* NJW 2000, 40 ff.

<sup>257</sup> *Stürner* JZ 1996, 741, 743.

<sup>258</sup> *Stürner* JZ 1996, 741, 751.

<sup>259</sup> *Stürner* JZ 1996, 741, 743.

<sup>260</sup> *Stürner* JZ 1996, 741, 752.

Änderungsgesetze“ der „Preis“, den das BGB für seinen Weitergeltung habe zahlen müssen.<sup>261</sup> Auch er zeigte nun aber Sympathie für das BGB, wenn er betonte, der „freie Wirtschaftsbürger“ sei „noch immer modern“.<sup>262</sup> Die späte Liebe. Offenbar hatte das BGB um die Jahrtausendwende plötzlich mehr Freunde gefunden. Dies lag nicht nur an der makroökonomisch liberalen Phase der Jahrtausendwende,<sup>263</sup> die die eigentlich alte Bedrohung des Privatrechts besonders sensibel wahrnahm, sondern auch an einem alten Gegner, der nun mobil machte: dem Gesetzgeber. Die Liebe zum Gesetzgeber, die in der Rechtswissenschaft nach 1871 nur kurz und intensiv aufgeflammt war,<sup>264</sup> kehrte nie zurück. Als die seit 1978 vorbereitete, aber vermeintlich abgebrochene Schuldrechtsreform,<sup>265</sup> die *Horn* durchaus im Blick hatte,<sup>266</sup> dann im September 2000 wie ein „Paukenschlag“<sup>267</sup> über die Rechtswissenschaft hereinbrach, hatte man sich noch kaum vom AGG und dem Fernabsatzgesetz erholt. Nun drohte eine „große Lösung“ mit einer Reform des gesamten Leistungsstörungen- und Verjährungsrechts vom Ministerium durchgepeitscht zu werden. Im November 2000 trafen sich knapp 100 Teilnehmer, darunter etwa 80 Zivilrechtsprofessoren, in Regensburg und rechneten mit dem Gesetzgeber ab. Den Ton hatte kurz zuvor *Werner Flume* gesetzt,<sup>268</sup> als er das BGB, noch mit Blick auf das Fernabsatzgesetz, als „Kulturdenkmal“ bezeichnete, das auch dann Respekt verdiene, „wenn man es ändert“.<sup>269</sup> Sein Schüler *Horst Heinrich Jakobs* fasste die Regensburger Tagung zusammen. Das BGB sei „nicht zuletzt auch durch die in ihm überall sichtbare Perfektion gesetzgeberischer Technik für das gesamte Privatrecht das Grundgesetz“.<sup>270</sup>

„Je weniger ein Gesetzgeber sich vornimmt, umso mehr wird er bewirken: je mehr er auf das stumblung into wisdom setzt und Praxis und Wissenschaft besorgen lässt, umso

<sup>261</sup> *Horn* NJW 2000, 40, 42.

<sup>262</sup> *Horn* NJW 2000, 40.

<sup>263</sup> Vgl. nur *Mestmäcker*, Organisationen in spontanen Ordnungen, 1992; *Zöllner*, Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat, 1996; *Picker*, in: *Riesenhuber* (Hg.), Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, 2007, 207 ff.; hierzu *Jansen* AcP 225 (2025), 114 unter VII (in diesem Heft).

<sup>264</sup> *Emmenegger* (Fn. 66).

<sup>265</sup> Vgl. nur Bundesminister der Justiz (Hg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. 1, 1981, Bd. 2, 1981, Bd. 3, 1983; Bundesminister der Justiz (Hg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, 1992; Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Bd. II 1, 1994, K 103.

<sup>266</sup> *Horn* NJW 2000, 40, 45.

<sup>267</sup> HKK/*Zimmermann*, Bd. 1, 2003, Vor § 1, Rn. 29.

<sup>268</sup> So mit Blick auf die Regensburger Tagung der Eindruck von *Artz* NJW 2001, 1703.

<sup>269</sup> *Flume* ZIP 2000, 1427, 1429.

<sup>270</sup> *Jakobs* JZ 2001, 27.

mehr wird auch jene Rechtssicherheit gewinnen, die besteht, wenn jeder das Recht, das er hat, möglichst kurzfristig auch bekommt“.<sup>271</sup>

Offenbar, so *Jakobs*, fasste die Justizministerin zusammen, „die Professoren sind für die Erhaltung des Museums“. *Jakobs* entgegnete: „Sie werden es, sollte der Abriss stattfinden, im Verein mit der Praxis wieder errichten“.<sup>272</sup>

## X. Schluss

Im Jahr 2000 gab die Rechtswissenschaft zu dessen fünfzigjährigem Bestehen eine vierbändige Festschrift für den Bundesgerichtshof heraus,<sup>273</sup> ganz so, wie die juristischen Fakultäten 1929 das fünfzigjährige Bestehen des Reichsgerichts in sechs Bänden<sup>274</sup> gefeiert hatten. Eine Festschrift für das BGB erschien auch im Jahr 2000 nicht. Man darf das Bild der späten Liebe also nicht überzeichnen. Das BGB bleibt ein Gesetz und produziert damit nicht nur eine Starrheit, die der Rechtswissenschaft seit Savigny<sup>275</sup> missfällt, sondern ist unmittelbares Produkt der Politik, der man das Feld noch nie überlassen wollte. Und 2025? Zum Anlass des 75-jährigen Bestehens des BGH erschien eine zweibändige rechtshistorische Untersuchung zur Gründungsgeschichte 1950–1965, die mit einer Festveranstaltung am BGH vorgestellt wurde.<sup>276</sup> Wieder nichts dergleichen für das BGB. Hier scheint sich, wenn ich die Planungen recht übersehe, die Aufmerksamkeit der Jahrtausendwende schon wieder abgewendet zu haben. Die Zivilrechtslehrer planen nichts. Ein Deutscher Juristentag findet 2025 nicht statt. Von Grundlagenwissenschaftlern wurde eine Ringvorlesung an der Universität Münster gestartet, zu deren Eröffnungsveranstaltung nur Rechthistoriker erschienen.<sup>277</sup> Und nun diese Texte im AcP. Der Pulverdampf der Kämpfe um die Schuldrechtsreform ist verraucht. Die Interessen haben sich wieder der Rechtspraxis zugewendet – die in der wirtschaftsrechtlichen

---

<sup>271</sup> *Jakobs* JZ 2001, 27, 29.

<sup>272</sup> *Jakobs* JZ 2001, 27, 30.

<sup>273</sup> FS Bundesgerichtshof, 4 Bde. 2000; daneben seitens des BGH selbst FS Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000.

<sup>274</sup> FS Reichsgericht, 6 Bde., 1929; daneben *Lobe*, Fünfzig Jahre Reichsgericht, 1929.

<sup>275</sup> *Haferkamp* Revue historique de droit français et étranger 2 & 3 (2024), Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit Bonn (2–5 juin 2022), 318 ff.

<sup>276</sup> *Kißener/Roth* (Fn. 208).

<sup>277</sup> Die auch aktuelle zivilrechtliche Fragen aufnehmenden Vorträge erscheinen in: Lohsse/Jansen (Hg.), Ringvorlesung 125 Jahre BGB, 2025.

Perspektive der meisten Zivilrechtslehrer weiterhin außerhalb des BGB und primär in der Rechtsprechung stattfindet. Bei allem Wandel der Perspektiven und Kontexte liegt hier, im Richter und nicht im Gesetzgeber als erhofftem Partner der Rechtswissenschaft, eine Konstante seit *Savigny*,<sup>278</sup> die nur in den Reformbewegungen der 1970er Jahre, einer heute weitestgehend rückabgewickelten Sonderzeit, fundierte Zweifel fand.

---

**278** Zur Savignys Modell des „Gelehrten auf dem Richterstuhl“ *Haferkamp*, Die Historische Rechtsschule, 2018, 269 ff.