

# Die Unvollkommenheit des deutschen BGB und die Leistungsfähigkeit des Juristenstandes oder: Hatte Savigny nicht doch recht?

Ulrich EISENHARDT\*

## I. Einleitung

Die Schaffung des deutschen BGB, dessen 100-jährige Geltung wir nun würdigen, war für Deutschland kein selbstverständlicher Vorgang. Dem Kodifikationsakt war ein heftiger Streit, den man Kodifikationsstreit nennt, vorangegangen. Friedrich Carl von Savigny hatte sich bekanntlich gegen die Kodifikation als „Aufzeichnung des gesamten Rechtsvorrates“ gewandt, weil dies nur sinnvoll und möglich sei, wenn sich die Rechtswissenschaft bereits des gesamten in Frage kommenden Rechtsstoffes mit Erfolg bemächtigt habe. Gerade diese Voraussetzung sah Savigny in seiner Zeit nicht als erfüllt an. Im übrigen gab er einer guten Ausbildung des „Juristenstandes“ Vorrang vor der Gesetzgebung, weil er die „Erzeugung von Recht“, wie er sich ausdrückte, und auch die Fortentwicklung desselben bei den Juristen, nicht aber bei der Gesetzgebung gut aufgehoben fand.

Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gewannen die Befürworter einer Kodifikation des bürgerlichen Rechts die Oberhand. Die dann geschaffene Kodifikation des deutschen Zivilrechts, das 1900 in Kraft getretene Bürgerliche Gesetzbuch, wird noch heute als „die größte rechtspolitische Leistung der Zeit“ bezeichnet. (So noch 1992 der Historiker Thomas Nipperdey im zweiten Band seiner Deutschen Geschichte). Die positive Bewertung dieser Kodifikationsleistung fiel zur Zeit des Inkrafttretens des BGB im Zuge des kulturellen Nationalismus, wie er sich in der Zeit nach Gründung des Deutschen Reiches 1871 herausgebildet hatte, noch weitaus überschwenglicher aus.

Aber schon vor und nach 1900 überwogen die kritischen Stimmen, worauf noch zurückzukommen sein wird.

Zweifellos weist das BGB, das sich allerdings in erster Linie an Juristen und nicht an die Bürger zu wenden scheint, beachtliche Qualitäten auf. Die großen internationale Ausstrahlung in der nicht-angelsächsischen Welt belegt dies eindrucksvoll.

Heute überwiegt nach fast 100 Jahren sicher angemessen eine kritisch-distanzierte

---

\* Professor of Fern University Hagen in Germany

Einstellung gegenüber dem BGB, dessen Mängel denjenigen nicht verborgen bleiben können, die mit ihm arbeiten müssen. Die Liste der Mängel ist aus heutiger Sicht beachtlich. Ich nenne nur einige:

- a) Schon dem Studenten wird schnell auffallen, daß diejenige Leistungsstörung, die im BGB die ausführlichste Regelung erfahren hat, nämlich die Unmöglichkeit, in der Praxis von untergeordneter Bedeutung ist. Hingegen spielt die positive Vertragsverletzung (PVV), vom Gesetzgeber des BGB verkannt, neben dem Schuldnerverzug die herausragende Rolle, und dies über das bürgerliche Recht hinaus, wie z.B. im Gesellschaftsrecht und im Arbeitsrecht.
- b) Das Kreditsicherungsmodell des BGB ist, was die Sicherungsrechte an beweglichen Sachen und Forderungen angeht, mißlungen. Die Rechtswirklichkeit hat sich schon bald über die Legalordnung hinweggesetzt. Die Verpfändung beweglicher Sachen wurde durch die Sicherungsübereignung und die Verpfändung von Forderungen durch die Sicherungsabtretung ersetzt. Die Gründe dafür sind bekannt. Man kann als ausschlaggebend für diese Entwicklung zwei recht heterogene Momente ausmachen, die mit den Schlagworten „Nutzungsinteresse“ und „Geheimhaltungsinteresse“ des Schuldners umschrieben werden können.
- c) Ein gravierender Mangel ist m.E. das mißlungene Deliktsrecht des BGB, also die §§ 823 ff. einschließlich des § 831. Der Gesetzgeber des BGB hat sich gegen eine umfassende deliktische Generalklausel nach dem Vorbild des französischen Rechts (Art. 1382, 1383 code civil) entschieden (ähnliche Regelungen enthalten fast alle bedeutenderen Rechtsordnungen, vgl. etwa das japanische BGB). Deshalb können viele Tatbestände der Vermögensschädigung nur schwer oder überhaupt nicht erfaßt werden. Erschwerend kommt noch die verfehlte Regelung des § 831 hinzu, der im Gegensatz zu § 278 dem Geschäftsherrn die Verantwortung für Fehlhandlungen von Hilfspersonen nur bei eigenem Verschulden auferlegt.
- d) Die Liste der Mängel und Lücken läßt sich leider erheblich verlängern. Zu denken ist etwa daran, daß gesetzliche Regelungen über die Verwirkung fehlen und über Anpassungsmechanismen, obwohl die *clausula rebus sic stantibus* ein altes Rechtsinstitut ist.
- e) Ein Mangel der besonderen Art scheint mir das weitgehende Fehlen einer Regelung über die im Zivilrecht anzuwendenden Methoden zu sein. Im Gegensatz zum österreichischen ABGB, zum schweizerischen ZGB und zum italienischen Codice Civile enthält das BGB keine generellen Interpretationsvorschriften (vgl. dazu P. Raisch, *Jur. Methoden*, S. 5) für seine gesetzlichen Normen. Es beschränkt sich auf Auslegungsnormen für Willenserklärungen (§ 133) und Verträge (§ 157), die zudem als mißlungen gelten. Über die heute gängigen Auslegungskanonnes (grammatikalische, historische, systemmatische und teleologische Auslegung) und über daß Instrument der Analogie findet sich im BGB nichts, obwohl dieses Instrumentarium bei der

Rechtsanwendung eine überragende Rolle spielt.

Das alles wirft Fragen auf:

- Hatte Savigny mit seiner Ablehnung einer Kodifikation des bürgerlichen Rechts nicht doch recht?
- War die Rechtswissenschaft wirklich auf der Höhe der Zeit, als das BGB kodifiziert wurde?
- Warum hat das deutsche System des bürgerlichen Rechts trotz der Unvollkommenheit des BGB bis heute relativ gut, d.h. reibungslos funktioniert?

Zur Beantwortung dieser Fragen ist, wenn auch nur kurz, auf die Entstehungsgeschichte des BGB und danach auf die Art und Weise einzugehen, in der Rechtsprechung und Rechtswissenschaft mit dem unvollkommen kodifizierten bürgerlichen Recht umgegangen sind.

## II. Zur Entstehungsgeschichte

Die Forderung nach Schaffung einer Zivilrechtskodifikation für ganz Deutschland wurde vehement von dem Heidelberger Rechtsprofessor Anton Friedrich Justus Thibaut (1772 bis 1840) in seiner 1814 erschienenen Schrift „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ vorgetragen. Verwirklicht wurde sie nach heftigen Auseinandersetzungen erst mit der Schaffung des BGB in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Die Kodifikation wurde im 19. Jahrhundert zum Gesetzgebungsideal, das Gesetz überhaupt zur wichtigsten Form der Rechtsetzung. Das Gesetz trat in den meisten Staaten Europas gegenüber Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in den Vordergrund. Bei dieser Entwicklung spielten der Konstitutionalismus und die damit verbundene Mitwirkung der Parlamente an der Gesetzgebung eine wichtige Rolle.

Im 19. Jahrhundert weist die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts in den europäischen Staaten nach Form und Inhalt gewisse, für die Zeit charakteristische gemeinsame Züge auf. Diese sind begründet in der ökonomischen Entwicklung, vor allem in der Industrialisierung, die viele europäische Staaten vor die gleichen Probleme stellte. Die gemeinsamen Züge sind auch im Verfassungswesen, in ähnlichen Vorstellungen vom Gesetz und in den gemeinsamen leitenden Ideen über die soziale Ordnung erkennbar.

Mit seiner grundlegenden Schrift „Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (1814) setzte sich Thibaut für eine Kodifikation des gesamten bürgerlichen Rechts in Deutschland ein. Thibaut kritisierte den Rechtszustand, wie er in Deutschland zur Zeit des Erscheinens seiner Schrift herrschte. Er charakterisierte ihn wegen der Zersplitterung und der Widersprüchlichkeit der Partikularrechte als verworren und führte dazu u.a. aus: „so ist also unser ganzes einheimisches Recht ein endloser Wust einander widerstreitender, buntschäckiger Bestimmungen, ganz dazu

geeignet, die Deutschen von einander zu trennen, und den Richtern und Anwälten die gründliche Kenntnis des Rechts unmöglich zu machen“.

Thibaut trat dafür ein, daß eine Versammlung von Rechtsgelehrten aus allen deutschen Ländern zusammentreten sollte, um einen Entwurf für eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts zu erstellen. Nicht zuletzt wegen des durch die Befreiungskriege am Anfang des 19. Jahrhunderts gestärkten nationalen Bewußtseins der Leserschaft, aber auch wegen der leichten Lesbarkeit verfehlte die Schrift Thibauts ihre Wirkung nicht und lenkte zum ersten Mal ein breites Interesse der Bevölkerung auf den Gedanken einer allgemeinen deutschen Kodifikation. Der Geist der Zeit kam Thibauts Forderung allerdings nicht entgegen. Dieser wurde vielmehr bestimmt durch die politische Zersplitterung Deutschlands, die ungeachtet der Mahnungen Thibauts einer Rechtsvereinheitlichung hemmend im Wege stand, aber auch durch das historische Bewußtsein, das die Notzeiten der napoleonischen Herrschaft und die Romantik gebildet hatte.

Mit seiner 1814 veröffentlichten Schrift „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“, die zwar schon längst geplant, dann aber schließlich aus Anlaß von Thibauts Forderung nach einem „allgemeinen bürgerlichen Recht in Deutschland“ geschrieben wurde, wandte sich Savigny gegen eine Kodifikation des bürgerlichen Rechts. Er betonte den „organischen Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes“ und führte dazu u.a. aus: „Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus diesem, . . . Die Summe dieser Ansicht also ist, daß alles Recht auf die Weise entsteht, welche der herrschende, nicht ganz passende, Sprachgebrauch als Gewohnheitsrecht bezeichnet, d.h. daß es erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt wird, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“. Savigny vertrat demnach die Auffassung, daß das Recht nicht durch den Staat gesetzt werde, sondern, aufgrund der rechtserzeugenden Kraft im Volk selbst, zunächst als Gewohnheitsrecht entstehe. Nach Savignys Ansicht ist die Rechtswissenschaft eine geschichtliche Wissenschaft, weil alles Recht ebenso wie Sprache, Sitte und Verfassung organisch wachse. Er zog daraus den Schluß, daß eine Kodifikation als die Aufzeichnung des gesamten Rechtsvorrats nur dann sinnvoll und möglich sei, wenn sich die Rechtswissenschaft bereits des gesamten in Frage kommenden Rechtsstoffes mit Erfolg bemächtigt habe. Gerade diese Voraussetzung sah Savigny in seiner Zeit nicht als erfüllt an.

Besondere Bedeutung bei der Ausbildung des Rechts maß Savigny dem Stand der Rechtskundigen, d.h. den Juristen, bei. Er führt dazu aus: „Recht ist im Bewußtsein dieses Standes nur eine Fortsetzung und eigentümliche Entwicklung des Volksrechts. Es (= das Volksrecht) führt daher nunmehr ein zwiefaches Leben: seinen Grundzügen nach lebt es fort im gemeinsamen Bewußtsein des Volkes, die genauere Ausbildung und Anwendung im Einzelnen ist der besondere Beruf des Juristenstandes“. Savigny spricht ausdrücklich davon, daß die „rechtserzeugende Tätigkeit des Volkes“ überwiegend auf den Juristenstand „als den Repräsentanten des Ganzen“ übergegangen sei, der diese rechtser-

zeugende Tätigkeit auch ständig ausübe.

Nach Savigny nimmt der Juristenstand also unmittelbaren Einfluß auf die Entwicklung des positiven Rechts. Diese „besondere Art der Rechtserzeugung“, wie Savigny das nennt, bezeichnet er als „wissenschaftliches Recht“, das er mit dem Begriff „Juristenrecht“ gleichsetzt.

Konsequent gab Savigny der Ausbildung eines tüchtigen Juristenstandes Vorrang vor der Gesetzgebung, weil er davon ausging, daß die Rechtssicherheit für die Bürger und eine ruhige Fortentwicklung des Rechts in erster Linie durch einen hervorragenden Juristenstand, nicht aber durch neu geschaffene Gesetze garantiert würden. Damit teilte Savigny die Grundideen seiner Generation im Hinblick auf eine tiefe menschliche Wirkung der Bildung, in der er das entscheidende Mittel für die Ausbildung eines guten Juristenstandes und eines damit verbundenen Aufschwungs der Rechtswissenschaft in Deutschland sah.

Savigny lehnte nur die Kodifikation als Aufzeichnung eines „gesamten Rechtsvorrates“ ab; Einzelgesetzgebungen hielt er für unschädlich, soweit damit der Zweck verfolgt wurde, bestehende Rechtszustände zu fixieren.

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts überwand die deutsche Rechtswissenschaft die ablehnende Haltung gegenüber der Kodifizierung des bürgerlichen Rechts, die durch bedeutende Teil der historischen Rechtsschule hervorgerufen und gefördert worden war. Rechtswissenschaft und Gesetzgebung verbanden sich nun mit dem Ziel, die Rechtseinheit in Deutschland zu schaffen, die vor allem auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts entstehen sollte. Nachdem sich der 1860 begründete deutsche Juristentag die Verwirklichung der Rechtseinheit zu einem seiner Hauptziele gesetzt hatte und mit der Gründung des Deutschen Reiches von 1871 die politischen Voraussetzungen für eine Kodifizierung des bürgerlichen Rechts geschaffen worden waren, eröffnete eine Änderung der Verfassung die Möglichkeit, das bürgerliche Recht umfassend zu kodifizieren.

Auf die bekannte Entstehungsgeschichte im einzelnen möchte ich hier nicht eingehen, sondern stattdessen sogleich auf den Gesetzgebungsschlußakt und die zeitgenössische Kritik zuspochen kommen.

Am 1.7.1896 wurde im Reichstag über den Gesetzentwurf nach dritter Lesung abgestimmt. Von 288 Abgeordneten stimmten 222 mit ja (vor allem Abgeordnete der Konservativen, der Nationalliberalen und des Zentrums); 48 Abgeordnete, darunter die 42 anwesenden sozialdemokratischen Abgeordneten, stimmten mit nein; 18 Abgeordnete enthielten sich der Stimme.

Die sozialdemokratischen Abgeordneten stimmten in erster Linie mit nein, weil wesentliche Forderungen, die sie gestellt hatten, nicht durchgesetzt werden konnten. Zu diesen Forderungen gehörten:

- die Herstellung der rechtlichen Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer;
- die Haftung des Staates für Amtspflichtverletzungen seiner Beamten;
- die rechtliche Gleichstellung der Frau in Ehe, Familie und Wirtschaftsleben;

die Forderungen nach rechtlicher Gleichstellung der unehelichen Kinder mit den ehelichen Kindern ;

das Abgehen vom Verschuldensprinzip im Ehescheidungsrecht.

Schon vor seinem Inkrafttreten am 1.1.1900 ist das BGB Gegenstand massiver Kritik gewesen. Aus den Reihen der Sozialdemokraten, deren Reichstagsfraktion das BGB abgelehnt hatte, meldete sich wiederholt deren Vorsitzender August Bebel zu Wort. Er qualifizierte das BGB als ein „Werk, an dem keiner seiner Väter eine wahre und aufrichtige Freude hat, weil es ein echtes Kind deutscher Zustände, ein Werk der widernatürlichen Kompromisse ist, das bereits in sehr wesentlichen Bestimmungen von den Bedürfnissen der Zeit überholt worden, noch ehe es in Kraft getreten ist“. Bebel verglich das BGB mit dem französischen code civil, mit dem „das revolutionäre bürgerliche Frankreich gegenüber dem feudalen und absolutistischen Frankreich gebrochen“ und für die ganze Nation ein Recht geschaffen habe ; dagegen sei das neue BGB „eine vielfach mangelhafte und unvollständige Kompilation der bisher vorzugsweise geltenden Rechte“ und „beeinflusst von allen möglichen Rücksichtnahmen auf veraltete, dem moderne Geiste widersprechende soziale und politische Einrichtungen“.

Daß die Kritik Bebels nicht grundlos war, belegen Würdigungen des BGB durch die Rechtswissenschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Mit seinen liberalen Grundgedanken, die sich vor allem in der Privatautonomie als der Möglichkeit, den eigenen Lebensbereich selbst zu gestalten, in der Freiheit des Eigentums und in der Testierfreiheit niedergeschlagen haben, ist das BGB mit seiner formalen Rechtsordnung am Besitzbürgertum, an den kleineren Unternehmern und den kleinen Landwirten orientiert. Insbesondere das Schuld- und Sachenrecht trägt den Interessen der bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft Rechnung, während etwa Regelungen über die unselbständige Lohnarbeit selbst hinter dem „ursprünglichen Patriarchalismus der Bismarckschen Sozialversicherung, von der sozialen Publizistik seiner Zeit zu schweigen“, weit zurückbleiben. Wieacker erklärt das damit, daß das BGB nicht Ausdruck einer einheitlichen sozialen Tendenz sei, sondern ein Ausgleichsversuch zwischen mehreren Wertsystemen, die in der deutschen Sozialgeschichte des 19. Jahrhunderts nicht hätten verschmelzen können.

Der Vorwurf, das BGB sei zu wenig volkstümlich (so u.a. v. Gierke), war jedenfalls teilweise berechtigt. So ist z.B. das bürgerliche Recht beherrschende Trennungs- und Abstraktionsprinzip selbst bei Juristen immer wieder mit der Begründung abgelehnt worden, es sei lebensfremd. Es hat deshalb nicht an Bemühungen gefehlt, diese in anderen Rechtsordnungen so gut wie unbekanntem Prinzipien abzuschaffen.

Dennoch : Trotz vieler Anlehnungen an den klassischen Liberalismus kann das BGB als die erste moderne Kodifikation angesehen werden, die sich, wenn auch nur geringfügig, der sozialpolitischen Aufgabe des Zivilrechts geöffnet hat.

Gesetzgeberische Reformen des BGB fehlen in den ersten 50 Jahren seines Bestehens fast ganz ; sie setzten im Westen Deutschlands erst nach 1949 ein und erfaßten vor allem

das Familienrecht.

In der DDR wurde das BGB nach 75jähriger Geltungsdauer durch das am 1. Januar 1976 in Kraft getretene ZGB, das Zivilgesetzbuch der DDR abgelöst. Obwohl im Rahmen einer sozialistischen Rechtsordnung das Zivilrecht einen von der Verfassung bestimmten und von der kommunistischen Rechtstheorie geprägten Charakter hat, knüpfte das ZGB jedoch teilweise an die bisherige Zivilrechtsentwicklung und -diskussion in Deutschland an. Mit Inkrafttreten des ZGB am 1.1.1976 war die Rechtseinheit auch auf dem Gebiet des Privatrechts, in dem Bereich, in dem sie die längste Zeit jedenfalls teilweise erhalten geblieben war, für 15 Jahre unterbrochen.

Festzuhalten ist, daß das BGB trotz des nationalen Überschwangs der Zeit von Anfang an kritische und skeptisch betrachtet worden ist. Die vor allem sozialpolitischen Vorwürfe fanden Resonanz. Die Mängel, die bei der praktischen Anwendung des Gesetzeswerkes offenbar wurden, von denen ich eingangs einige aufgezählt habe, wurden erst im Laufe der Zeit erkannt.

Trotz alledem: Die Akzeptanz des BGB in der Bevölkerung war nicht gering; sie war nach 1945 wohl größer als in der Zeit davor. Das mag damit zu erklären sein, daß das Leitbild des BGB vom selbstbewußten, wirtschaftlich unabhängigen und gebildeten Bürger der nach 1945 jedenfalls im Westen Deutschlands entstandenen Gesellschaft des Massenwohlstandes eher entspricht als der zerrissenen Gesellschaft des Deutschen Reiches am Ausgang des 19. Jahrhunderts.

### III. Rechtswissenschaft und Rechtsprechung und das BGB

Die Mängel, die ich anfangs aufzuzeigen versucht habe, waren bei Inkrafttreten des BGB nicht oder kaum bekannt. Sie wurden erst später bei der Anwendung des Gesetzes offenbar. Bei diesen gravierenden Mängeln handelt es sich nun allerdings um solche, vor denen Savigny gewarnt hatte, als er die Kodifikation des bürgerlichen Rechts als die Aufzeichnung des gesamten Rechtsvorrats als für seine Zeit als nicht sinnvoll und nicht möglich bezeichnet hatte, weil die Rechtswissenschaft sich des gesamten Rechtsstoffes noch nicht mit Erfolg bevollmächtigt habe.

Das führt nun zu der provozierenden Frage: Wie kann eine hochzivilisierte und hochindustrialisierte Gesellschaft 100 Jahre mit einem so unvollkommenen Gesetzbuch leben?

Ich nehme eine Teilantwort vorweg: Weil das BGB für Anpassungen offen ist, konnte die Rechtsprechung nicht zuletzt über die Generalklauseln wie z.B. in § 138 und § 242 im Zusammenwirken mit der Rechtswissenschaft das bürgerliche Recht weiterentwickeln und „nachbessern“.

Diese Feststellung wirft eine weitere Frage auf, nämlich die nach Richter und Gesetz, die sich mit einiger Dramatik nach Inkrafttreten des BGB zum ersten Mal in der Weimarer

Zeit stellte.

Die Inflation verursachte für die Privatrechtsordnung Konfliktlagen, die der Gesetzgeber des BGB nicht vorhergesehen hatte. Die Richter sahen sich nun mit der Frage konfrontiert, welchen Wert im Güterverkehrsrecht die Inflationswährung im Verhältnis zur Vorkriegswährung und zur nachinflationären Rentenmark haben sollte.

Während der Inflationszeit beruhte die völlige wirtschaftliche Veränderung des Leistungsinhaltes von Verträgen in der Regel auf der ungeheuren Entwertung des Geldes und dem dadurch hervorgerufenen Mißverhältnis von Preis und Gegenleistung. Das BGB enthält keine Regelung über den „gerechten Preis“, und allein mit § 242 BGB war dem Problem nicht beizukommen. Das Reichsgericht gewährte unter der Voraussetzung, daß es sich um eine ganz außerordentliche Veränderung der beim Vertragsschluß vorausgesetzten Verhältnisse handelte, ein Rücktrittsrecht. Damit war allerdings das Problem, wie mit den vor Eintritt der Inflation entstandenen hypothekarisch gesicherten Darlehensschulden zu verfahren sei, nicht gelöst. Das Reichsgericht rang sich schließlich zu der Ansicht durch, daß bei ganz außergewöhnlicher Entwertung auch bei sog. Vertragsschulden mit Hilfe des Gesichtspunkts von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unbillige Ergebnisse vermieden werden müßten, und sprach sich deshalb auch weil die Gesetzgebung in dieser Frage versagt hatte, für eine Aufwertung hypothekarisch gesicherter Darlehensforderungen mit Rücksicht auf die starke Entwertung des deutschen Papiergeldes aus. Diese Entscheidung aus dem Jahre 1923 bildete die Grundlage für die später herrschende Ansicht von der Zulässigkeit und Notwendigkeit der Aufwertung aller durch Inflation betroffenen Geldschulden.

Die Rechtsprechung zur Inflations- und Aufwertungsproblematik gibt ein wenig Aufschluß über das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz in der Weimarer Zeit. Bis zum Ende des Ersten Weltkrieges hatte ein positivistisches Richterleitbild vorgeherrscht, wenngleich es nicht an Gegenstimmen unter ihnen Savigny gefehlt hatte, die sich gegen die Bindung des Richters an das Gesetz ausgesprochen hatten. Am Anfang des 20. Jahrhunderts verstärkte sich unter dem Einfluß der Freirechtsschule die Neigung, den Gesetzesgehorsam des Richters zu verneinen. Die juristische Bewältigung der Inflation verlieh dem Problem der Gesetzesbindung des Richters immense praktische Bedeutung. Während etliche Juristen in der Tradition des Gesetzespositivismus verharrten, beriefen sich andere auf die Bindung des Richters an das Naturrecht, an das allgemeine Rechtsgefühl oder an die herrschende Volksanschauung. Bei denjenigen Juristen, die die Aufwertungsrechtsprechung des Reichsgerichts befürworteten, finden sich verschiedene Argumente. Einige (unter ihnen der bedeutende Zivil- und Prozeßrechtler Paul Oertmann [ 1865 bis 1938 ] meinten, die Aufwertung durch den Richter entspreche dem geltenden Recht; gestützt auf § 242 BGB forderten sie die Aufwertung, damit die sozialen Verhältnisse der Vorkriegszeit jedenfalls teilweise wiederhergestellt würden. Bei anderen, wie z.B. bei James Goldschmidt (1874 bis 1940), finden sich verschwommene Anklänge an



naturrechtliche Vorstellungen. Nach ihrer Auffassung forderte die neue Autorität des Richters die Aufwertung und damit die Wiederherstellung bestimmter sozialer Verhältnisse.

Man hat in den Entscheidungen des Reichsgerichts einen Sieg der Billigkeit über den Buchstaben des Gesetzes gesehe. Eine Bekräftigung erfuhr diese Entscheidung durch die Erklärung des Richtervereins beim Reichsgericht, in welcher die in diesem Verein zusammengeschlossenen Richter dem Parlament die Aufkündigung des Gehorsams für den Fall androhten, daß der Reichstag durch ein Gesetz das Verbot der Aufwertung beschließen sollte. Damit hatten zum ersten Mal die höchsten deutschen Richter dem Gesetz öffentlich den Gehorsam aufgesagt. Das führte dazu, daß ein neues Leitbild des Richters entstand, nach dem die Richter unter der unklaren Bezeichnung „Richterrecht“ für sich quasi gesetzgeberische Macht beanspruchten. Das Zerrbild vom Richter als „Subsumtionsautomaten“ schien verabschiedet zu sein.

Die Aufwertungsrechtsprechung macht jedenfalls deutlich, daß eine Abkehr vom Gesetz trotz der Tradition des 19. Jahrhunderts für die Juristen nicht undenkbar war.

Die Aufwertungsrechtsprechung markiert eine Wende im Verhältnis Richter und Gesetz/BGB. Die nun eingeleitete Richtung wurde in der Nachkriegszeit (nach 1945) verstärkt, nachdem sich die Erkenntnis durchgesetzt hatte, daß die Privatrechtsordnung eines der Instrumente ist, mit denen die Gesellschaftsordnung gestaltet, das Staatswesen in seinem Kern geprägt wird. Für die Anwendung des BGB wurde nun auch die neue Definition des Verhältnisses von Verfassung und Privatrecht maßgeblich. Die Frage, in welchem Umfange das Grundgesetz direkt oder indirekt auf das Privatrecht einwirkt, rückte in den Blickpunkt.

Das nach 1945 im Westen Deutschlands entwickelte neue Verständnis von Privatrecht und die veränderten politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen führten nicht nur zur Schaffung vieler neuer Gesetze; es kam auch zu tiefgreifenden Veränderungen bestehender Gesetze. Nicht nur der Gesetzgeber, sondern auch und immer stärker führte z.B. die Rechtsprechung soziale Komponenten in das Vertragsrecht ein, so z.B. beim Mieterschutz und mit der richterlichen Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (das AGBG ist schließlich erst 1976 in Kraft getreten).

Für die Zeit seit der Mitte der fünfziger Jahre scheint mir typisch zu sein, daß eine zunehmend selbstbewußter gewordene Richterschaft unterstützt von einer kreativen und produktiven Rechtswissenschaft immer mehr Einfluß auf die Gestaltung des Zivilrechts nahm. Wir erleben eine „Blütezeit“ dessen, was wir richterliche Fortbildung des Rechts nennen. Unter voller Ausschöpfung der Möglichkeiten, die die Auslegungskanonien bieten, und mit z.T. kühnen Analogien man denke nur an die Gewährung von Schmerzensgeld bei schwerwiegender Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (sog. Herrenreiter-Fall=BGHZ 26, 349) wird das Zivilrecht im Wege der Rechtsfortbildung weiterentwickelt, aber auch verändert. Die Bedeutung der richterlichen Rechtsfortbildung als rechtsges-

taltende, aber auch als rechtsändernde Kraft kann kaum hoch genug eingeschätzt werden; der Meinung, in wichtigen Bereichen übersteige sie die Bedeutung der Gesetzgebung ist jedoch mit Skepsis zu begegnen. Allerdings läßt sich nicht leugnen, daß Gegenstand dessen, was man als Richterrecht bezeichnet, heutzutage keineswegs nur die Ergänzung von Gesetzeslücken und die Ausfüllung von Generalklauseln ist, bei denen der allgemeine Wertungsrahmen nicht in Frage steht. Die Rechtsprechung hat vorbereitet und unterstützt durch die Rechtswissenschaft in zunehmendem Maße neue Rechtsgedanken entwickelt, Rechtsinstitute herausgebildet und sie zur Geltung gebracht.

Das wirft die Frage nach den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung auf, die hier nur angeschnitten werden kann. Zu recht wird der Einwand erhoben, der Richter habe nicht Recht zu setzen; er sei kein Gesetzgeber. Die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ergeben sich jedenfalls aus folgendem:

Formelle Schranken ergeben sich aus der Bindung des Richters an das Gesetz gem. Art. 97 GG;

der Richter ist an die materielle Werteordnung des Grundgesetzes, namentlich die Grundrechte gebunden;

außerdem existiert eine Bindung an eine der methodengerechten und rationalen Nachprüfung zugängliche Begründung.

Im Zusammenhang mit der Ausbildung neuer Rechtsinstitute komme ich nun zurück auf die Mängelliste, die ich, allerdings nur unvollständig, zu Anfang meines Vortrages aufgezeigt habe.

Der Rechtsprechung ist mit der Bewältigung der Mängel im Laufe der Jahrzehnte ein gewaltiges Werk gelungen. Zweifellos haben wir es dabei jedenfalls teilweise mit Änderungen des Zivilrechts ohne Gesetzgeber zu tun. Ob die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung hier und da überschritten sind, soll hier nicht nachgeprüft werden.

1. Eine der wichtigsten und gelungensten Konstruktionen ist die positive Vertragsverletzung. Das RG (RGZ 52, 19; 106, 25) entnahm sie unmittelbar dem § 276 BGB. Der BGH (BGHZ 11, 80, 83) arbeitete mit einer Rechtsanalogie zu den §§ 280, 286, 325 u. 326 BGB, griff aber in derselben Entscheidung (BGHZ 11, 80, 84) schon auf § 242 BGB zurück. Heute bezeichnet man die PVV als eine gewohnheitsrechtlich anerkannte, von § 242 gedeckte Rechtsfortbildung, die auch durch Gesetzesrecht bestätigt worden ist.
2. Das Problem, ob die Sicherungsübereignung zulässig ist, um ein weiteres wichtiges Institut zu nennen, hat seine Ursache im Typenzwang des Sachenrechts. Streng genommen schließt das Pfandrecht an beweglichen Sachen andere Formen der Sicherungsgewährung aus. Vom Standpunkt einer gesetzestreuen Rechtsanwendung aus ist die Beobachtung interessant, daß sich die Rechtswirklichkeit schon bald über die Legalordnung hinweggesetzt hat. Der BGH (BGHZ 21, 52, 57 f. und 28, 16, 25) betont, die Rechtsprechung dürfe „bei der Rechtsanwendung auch die Interessen des

Wirtschaftslebens nicht außer acht lassen“ und: dogmatische Gründe allein könnten „nicht zu einer diesen Interessen (des Wirtschaftslebens) zuwiderlaufenden Entscheidung Anlaß geben“. Daß diese Begründung der Zulässigkeit der Sicherungsübereignung mit einer „Rechtsfortbildung praeter legem“ besser begründet ist, liegt auf der Hand. W. Gerhardt (Mobiliarsachenrecht, 4. Aufl. 1995, § 14, 2) betont zu Recht, daß das BGB selbst das Auseinanderfallen von Sicherungsrecht einerseits und der mit dem Besitz verbundenem Nutzungsmöglichkeit andererseits bei Hypothek und Eigentumsvorbehalt anerkannt hat.

Daß die Zulassung der Sicherungsübereignung kein leichtfertiger dogmatischer Fehler war, zeigt ein Blick auf die historische Entwicklung. Infolge der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland waren besitzlose Pfandrechte zulässig. Schon das römische Recht kannte die besitzlose Verpfändung. Für das Sicherungseigentum bestand deshalb kein Interesse. Ein solches erwachte erst wieder am Ende des 19. Jahrhunderts, nachdem das besitzlose Pfandrecht abgeschafft worden war, eine Entwicklung, die von Wieling (Sachenrecht, 1992, § 18, 1.) mit Recht als Irrweg bezeichnet worden ist.

3. Von den Konstruktionen, die die Mängel des Deliktsrechts notwendig machten, seien hier nur zwei kurz beleuchtet: die c.i.c. und der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte.

3.1 Bekanntlich wird die Entdeckung der vorvertraglichen Verschuldenshaftung als allgemeines Rechtsprinzip Rudolf von Jhering zugeschrieben. Der Gesetzgeber des BGB sah von einer Übernahme der culpa in contrahendo als allgemeines Rechtsprinzip ab und versuchte stattdessen, die von Jhering angesprochenen Fälle in Einzelvorschriften zu lösen, u.a. in §§ 122, 179, 307, 309 etc. Nach Inkrafttreten des BGB versuchte man zunächst, Schadensfälle ausschließlich nach Deliktsgrundsätzen zu lösen, was bekanntlich zur regelmäßigen Ablehnung der Haftung für reine Vermögensschäden führte. Erst als die Schwächen des Deliktsrechts vor allem die Beschränkung auf Personen- und Sachschäden sowie die Entlastungsmöglichkeit nach § 831 nicht mehr übersehen werden konnten, setzte die bekannte Entwicklung zur Ausbildung des Rechtsinstituts der c.i.c. ein. Sie führte zu einer fein ausdifferenzierten Strukturierung von Fallgruppen, mit denen gut gearbeitet werden kann. Ich nenne nur den Abbruch von Vertragsverhandlungen, die Verletzung von Aufklärungspflichten, das Zustandekommen eines nicht erwartungsgerechten Vertrages, die Sachwalterhaftung und die sog. Prospekthaftung. Insgesamt gesehen handelt es sich dabei um eine respekterheischende Leistung von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung.

Im übrigen hat die Rechtsprechung versucht, die Mängel des Deliktsrechts des BGB durch eine Ausdehnung der sonstigen Rechte i.S. des § 823 Abs. 1 und eine Überstrapazierung der Verkehrssicherungspflichten zu kompensieren. Dies geht

inzwischen so weit, daß die Haftung für Verkehrssicherungspflichtverletzungen praktisch schon übergeht in eine „Erfolgseinstandspflicht für die Verwirklichung bestimmter Gefahren“, was eine Abgrenzung zwischen Erfolgs- und Verschuldenshaftung in manchen Fällen kaum noch ermöglicht.

3.2 Die genannten Schwächen des Deliktsrechts führten auch zur Schaffung des „Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte“, eine Konstruktion, die es erlaubt, Dritte in den Schutzbereich eines Vertrages einzubeziehen und ihnen so bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen einen Schadensersatzanspruch zugewähren. Die dogmatische Begründung liegt vor allem in der ergänzenden Vertragsauslegung und in § 242 BGB.

4. Der ebenfalls gravierende Mangel des BGB, das Fehlen von Anpassungsmechanismen ist von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung vor allem durch die Entwicklung eines ganzen Systems vom Fehlen und vom Wegfall der Geschäftsgrundlage kompensiert worden. Man denke allein an die differenzierenden Entscheidungen zu den Äquivalenzstörungen.

5. Die Leistungen von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Schließung von Lücken im BGB und mit der Kompensierung seiner Mängel läßt sich mühelos fortsetzen. Zu Bedeutung und Rang der richterlichen Rechtsfortbildung sei kurz noch auf ein anderes Gebiet des Privatrechts hingewiesen, das Gesellschaftsrecht. Hier ist „Recht neben dem Gesetz“ geschaffen worden, man denke nur an das nicht kodifizierte GmbH-Konzernrecht, die Haftungsverhältnisse in der Vor-GmbH und die Treuepflichten im Aktien- und GmbH Recht.

Es ist Zeit ein Resumè zu ziehen: Angesichts der nur zu einem geringen Teil aufgezeigten Leistungen von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ist die Frage, warum das deutsche bürgerliche Recht trotz der Unvollkommenheit des BGB gut funktioniert hat, schon so gut wie beantwortet. Die trotz aller sonstigen Mängel positiv hervorzuhebende Offenheit des BGB hat es der Rechtsprechung angeregt und „geleitet“ von der Rechtswissenschaft gestattet, gravierende Mängel meist im Wege der richterlichen Fortbildung des Rechts auszugleichen (zu kompensieren). Die Unvollkommenheit des BGB hat die deutsche Rechtswissenschaft und die deutschen Gerichte zu enormen Leistungen gezwungen. Dabei hat sich die im 19. Jahrhundert zu einer beachtlichen Blüte gelangte Wissenschaft vom Privatrecht mit ihren im IUS COMMUNE liegenden Wurzeln zu einem immer leistungsfähigeren System weiterentwickeln können.

Festzuhalten ist nicht zuletzt, daß die Richter, die mit Hilfe der Rechtswissenschaft im Wege der richterlichen Fortbildung des Rechts die Mängel des BGB kompensiert haben, dies mit Hilfe der in Jahrhunderten entwickelten Methoden (also unter Anwendung der Auslegungskanonens und der Analogie) getan haben, die weder im BGB noch in anderen Gesetzen geregelt sind.

#### IV. Schlussbetrachtung

Ich komme nun zurück zu der Frage: Hatte Savigny nicht doch recht?

Sein Argument für die Ablehnung der Kodifikation, nämlich die Rechtswissenschaft sei noch nicht auf der Höhe der Zeit gewesen und habe sich des gegenwärtigen Rechtsstoffes noch nicht mit Erfolg bemächtigt, ist wohl nicht von der Hand zu weisen. Die aufgezeigten Mängel – nur wenige von vielen konnte hier aufgezeigt werden – und die Reaktion von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung darauf sprechen für sich.

Wenn auch die Kodifikationsfrage heute nicht mehr aktuell ist, so ist doch Savigny's These vom Vorrang der Ausbildung eines tüchtigen Juristenstandes vor der Gesetzgebung, weil seiner Meinung nach die Fortentwicklung des Rechts in erster Linie durch einen hervorragenden Juristenstand, nicht aber durch neue Gesetze garantiert wurde, nach wie vor aktuell.

Ich meine: Savignys These ist jedenfalls zu einem nicht unerheblichen Teil zutreffend. Die Entwicklung des bürgerlichen Rechts in Deutschland zeigt: Ein gut ausgebildeter Juristenstand, d.h. eine schöpferische und phantasievolle Rechtswissenschaft und eine kreative und mutige Justiz, sind jedenfalls ebenso wichtig wie viele und möglichst vollständige Gesetze. Das gilt jedenfalls dann, wenn beide, also Rechtswissenschaft und Justiz, so zusammenwirken, wie das in Deutschland der Fall gewesen ist. Ein Blick in vergleichbare Länder zeigt, daß Letzteres nicht selbstverständlich ist. An vielen Beispielen läßt sich demonstrieren, daß Rechtswissenschaft und Rechtsprechung an Stelle des Gesetzgebers Recht geschaffen und weiterentwickelt haben.

Die Entwicklung des Privatrechts in Deutschland in den letzten hundert Jahren macht jedenfalls deutlich: Unvollkommene Gesetze – mag die Unvollkommenheit absichtlich oder unabsichtlich erzeugt sein – fordert und fördert Rechtswissenschaft und Justiz.