

O jurista sentia-se bastante bem em Giessen, prova disso são os longos anos de permanência na cidade à beira do Lahn. Convites de Bonn e Greifswald foram recusados. Em 1932, entretanto, Rosenberg aceitou um convite de Leipzig, onde ele acabou por experimentar um término provisório de sua carreira: devido à sua origem judaica ele foi aposentado, de modo forçado, em 1934, com 55 anos de idade. Mais tarde foi-lhe cassada a pensão. Felizmente pôde ele sobreviver ao domínio nazista em uma casa de férias de sua esposa no Allgäu, de modo a, depois da guerra, poder assumir o posto de professor na Universidade de Munique. Aos 67 anos de idade, foi designado para a Universidade de Munique e, aos 72 anos de idade, novamente nomeado funcionário público vitalício. Seu manual, atualizou-o ele mesmo até a nona edição, de 1961, época em que estava com 82 anos de idade. Dois anos depois veio a falecer. Não se podem avaliar as contribuições do jurista que nos poderiam ter sido transmitidas não tivesse tomado lugar a sua pausa forçada.

Giessen, entretanto, onde ele passou os melhores anos de sua vida, segundo seu próprio juízo, pode orgulhar-se de ser o berço do mais famoso manual de Direito Processual alemão, com influências no mundo todo, do qual o Direito Processual alemão alcança extraordinário prestígio. A Universidade de Giessen nomeou seu ex-Professor e Reitor Conselheiro Honorário, de modo a preservar, em alto patamar, a memória desse homem, assim como a de todas as suas grandes personalidades universitárias.

VI.

Esse relato encerra por hoje as idéias jurídicas provenientes de Giessen. Muitos perguntarão: onde estão as idéias formadas após a reabertura da Universidade? Depois da Segunda Guerra não foi lançada ao mundo nenhuma outra idéia jurídica proveniente de Giessen? Com razão, assim o perguntam. A refundação da Faculdade de Direito em Giessen, como ela se chama atualmente, pertence à gama das afortunadas incursões da política de Hessen. Eu devo a essa reabertura sete exitosos e proveitosos anos como jovem professor em meio às movimentações políticas de 1968.

A arrojada decisão de reabrir uma outra Universidade 20 quilômetros ao sul de Marburg valeu a pena já em 1962, assim como ocorreu com a fundação em 1607. Hoje, como no passado, brilham as conquistas intelectuais, a invenção de novas regras, a criação de contextos, a lapidação de conceitos, o estabelecimento de novas construções jurídicas e o intercâmbio de refinados argumentos. Para falar-se sobre as conquistas jurídicas ocorridas no passado próximo e na atualidade, falta uma distância histórica. Assim, eu peço clemência àqueles que hoje trabalham na área jurídica em Giessen, e também a todos os ex-Giessenianos ainda vivos, pois os seus nomes e as suas idéias faltam à minha preleção. A essas personalidades peço paciência até o próximo jubileu da Universidade Justus-Liebig.

À Faculdade de Direito, entretanto, que depois de épocas sombrias novamente estabeleceu-se e notavelmente desenvolve-se, desejo esplendor e prosperidade e também um vivo e venturoso futuro.

Prof. Dr. Jan Schapp, Gießen

I. Problemstellung

Von System des Rechts sprechen wir im Hinblick auf die Ordnung, unter der wir eine Vielfalt juristisch bedeutsamer Erscheinungen erfassen können. Diese Ordnung ist nicht von mathematischer Struktur wie etwa die Abfolge von Zahlen in der Arithmetik oder wie die Körper der Geometrie. Es handelt sich vielmehr bei dieser Ordnung um Sinnzusammenhänge, für die im Laufe der Entwicklung des Rechtes das Verständnis gewachsen ist. Der Begriff des Systems ist schon erfüllt, wenn sich eine Vielfalt von Erscheinungen unter dem Aspekt einer solchen Ordnung in einen Zusammenhang bringen lassen. Die Bedeutung der Ordnung liegt darin, daß sie wohl überhaupt erst die Lehre des Rechtes ermöglicht, und auf diesem Wege dann auch die Rechtsfindung im Einzelfall zumindest erleichtert. Wir wollen nun allerdings hier nicht abstrakt den Begriff eines Systems des Rechts weiter zu konkretisieren versuchen, sondern sofort mit der Darstellung des Systems des bürgerlichen Rechtes beginnen und damit gewissermaßen in der Welt der Erscheinungen dem Systembegriff selbst weitere Kontur verleihen.

Entscheidend für unseren Zugang zum Recht scheint uns nun das Gebilde des juristischen Falles zu sein. Wir sind gewohnt, die Entscheidung des Richters auf den Fall zu beziehen, der ihm von den Parteien zur Lösung und Entscheidung vorgetragen wird. Damit scheint der Begriff des Falles seine Bedeutung in dem Gebiet der Rechtsanwendung durch den Richter zu haben. Der Richter könnte in einem kodifizierten Recht allerdings den Fall gar nicht entscheiden, wenn nicht schon das von ihm anzuwendende Gesetz sich auf den Fall - in welcher Weise auch immer - beziehen würde. Das dürfte eine der wesentlichen Erkenntnisse der von Philipp Heck zu Beginn des 20. Jahrhunderts entwickelten Interessenjurisprudenz gewesen sein. Die Interessenjurisprudenz spricht allerdings nicht vom Fall, sondern vom Konflikt, den das Gesetz entschieden hat. Der Richter hat diese Konfliktentscheidung des Gesetzes in bezug auf den ihm vorgelegten Fall denkend nachzuvollziehen. Beide, Gesetzgeber und Richter, sind damit also im Grunde auf denselben Fall bezogen. Ich habe diesen Ansatz in den Mittelpunkt meiner Betrachtung der juristischen Methodenlehre in meiner 1983 erschienenen Schrift "Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre" gestellt, die 1985 unter dem Titel "Problemas fundamentais da metodologia jurídica" in portugiesischer Übersetzung in Porto Alegre erschienen ist. Meine 1998 erschienene Schrift "Methodenlehre des Zivilrechts" stellt dann eine weitere Ausführung dieses Ansatzes dar. Auch diese Schrift ist unter dem Titel "Metodologia do direito civil"

¹ Vorlesung in Porto Alegre, Brasilien (8.-11. Oktober 2007)

2004 in portugiesischer Übersetzung in Porto Alegre erschienen. Der Ansatz prägt auch mein Buch "Einführung in das bürgerliche Recht", die ebenfalls unter dem Titel "Introdução ao direito civil" 2006 in portugiesischer Übersetzung in Porto Alegre erschienen ist. Ich werde im folgenden den Begriff eines Systems des bürgerlichen Rechts von diesem mir weiterhin zentral erscheinenden Ansatzpunkt aus entfalten. Ich stelle Ihnen damit hier in gewissem Sinne eine Zusammenfassung der drei gerade genannten Bücher vor.

Die Untersuchung muß im Grunde mit der Frage beginnen, was ein juristischer Fall ist. Ganz offenbar ist die Klärung dieser grundlegenden Frage auch das Fundament für die Beantwortung der sich dann anschließenden Frage, worin das System des bürgerlichen Rechts liegt. Wenn wir im folgenden mit dieser Frage beginnen, so wird dabei allerdings schon das System des gesamten Rechts und auch das System des bürgerlichen Rechts in ihren Umrissen deutlich werden. Von dort aus schreiten wir dann zu einer Betrachtung des Systems des bürgerlichrechtlichen Gesetzes und der in Anwendung dieses Gesetzes ergehenden richterlichen Entscheidung fort. In einem letzten Abschnitt differenzieren wir das bürgerlichrechtliche System in die wichtigsten Teilsysteme aus, die sich in ihrem Gesamtzusammenhang dann bis zu einem gewissen Grad zu dem System des bürgerlichen Rechts überhaupt zusammenschließen.

Ich will nicht verhehlen, daß meine Betrachtung des Systems des bürgerlichen Rechts stark methodologisch bestimmt ist. Das kann auch nicht anders sein, wenn die Aufgabe der Methode darin liegt, uns den Zugang zum Recht zu eröffnen. Letzter Fluchtpunkt der juristischen Methode ist dabei wieder die richterliche Entscheidung des Falles, also die Anwendung des Rechtes auf den Fall. Das Gesetz wird also nicht verstanden als Ausmalung einer Welt von Gedankendingen, sondern unter dem Gesichtspunkt der Hilfe für den Richter bei seiner Fallentscheidung. Der Begriff der juristischen Methode orientiert sich also seinerseits an dem Verfahren der richterlichen Rechtsfindung. Es ist allerdings das Verfahren der Anwendung des materiellen bürgerlichen Rechts, dem das Verfahren der prozessualen Geltendmachung bürgerlichrechtlicher Rechte erst nachgeordnet ist.

II. Das System des Rechts

Der Jurist ist gewohnt, seine Arbeit unter dem Aspekt einer Lösung von Fällen zu sehen. Das weist darauf hin, daß der Fall primär durch seine Lösungsbedürftigkeit charakterisiert ist. Ungelöster und gelöster Fall stehen in einem Spannungsverhältnis zueinander, das der Jurist zu bewältigen hat.

Daran anknüpfend wollen wir die These aufstellen, daß der ungelöste Fall durch irgendeine Art von Unrecht geprägt ist. Genauer müssen wir hier allerdings sagen, daß der Fall durch die Behauptung eines Unrechts geprägt ist, für das jemand einen anderen verantwortlich macht. Das macht auch der Begriff der Klage deutlich, wenn man ihn in seinem eigentlichen Sinne nimmt. Der Kläger richtet die Behauptung eines Unrechts durch Klage an den Beklagten, ein Wort, welches man hier auch in seinem wörtlichen Sinne nehmen kann.

Man könnte diese These nun durch Zusammenstellung der Gesetze zu begründen versuchen, in denen das Gesetz bestimmte Rechtsfolgen an ein Unrecht knüpft. Sofern es sich um ein unrechtes Verhalten eines Menschen handelt, spricht man auch von rechtswidrigem Verhalten. Auf den ersten Blick bieten sich hier im Zivilrecht im Gebiet des Leistungsstörungenrechtes die Pflichtverletzungen an, das ganze Deliktsrecht ist auf dem Gedanken rechtswidrigen Verhaltens aufgebaut, ebenso das Strafrecht. Im öffentlichen Recht können Gesetze verfassungswidrig und damit rechtswidrig sein, was ebenfalls häufig durch Klage geltend gemacht werden kann. Rechtswidrig sind aber auch Verwaltungsakte, die durch das Gesetz nicht gedeckt sind. Wir wollen es bei diesem kursorischen Überblick belassen und uns den Begriff des Unrechts noch etwas genauer ansehen.

Man könnte der Auffassung sein, daß der Begriff des Unrechts auf so etwas wie Gerechtigkeit verweist und wir damit genötigt wären, die Untersuchung des Falles an einer rechtsphilosophischen Aufklärung der Gerechtigkeit festzumachen. Tatsächlich verweist der Begriff des Unrechts aber nicht auf die Gerechtigkeit, sondern auf das Recht. Allerdings scheint auch dieser Hinweis nicht viel weiterzuhelfen, da man der Auffassung sein könnte, daß die Frage nach dem Recht nicht gut durch den Hinweis auf das Recht beantwortet werden kann. Tatsächlich liegt hier aber doch kein Zirkelschluß vor. Das Recht, das durch das Unrecht gestört oder verletzt wird, ist ein anderes als das Recht, mit dem das Unrecht beseitigt wird. Hegel hat mit phänomenologischen Scharfblick diesen Zusammenhang in eine Formel gekleidet: Das Recht ist die Negation der Negation des Rechtes.

Wir veranschaulichen uns die Bedeutung dieses Satzes einmal durch eine Vorschrift aus dem BGB, wobei wir hier von dem in der Bestimmung auch noch geforderten Verschulden einmal absehen wollen. In § 823 Absatz 1 BGB heißt es:

"Wer das Eigentum eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Mit dem Eigentum sind die Pflichten aller anderen festgelegt, das Eigentum zu achten und nicht zu stören oder verletzen. Der Tatbestand der Bestimmung faßt nun eine solche Verletzung ins Auge. Die Rechtsfolge spricht die Verpflichtung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens aus. Als Recht im Sinne der zweifachen Bedeutung des Begriffs können wir hier einerseits das Eigentum bezeichnen, andererseits den Schadensersatzanspruch. Indem das Gesetz an das geschehene Unrecht, die Eigentumsverletzung, anknüpft, verfolgt es den Zweck der Restitution dieses vorausgesetzten Rechtes.

Man kann nun das gesamte Zivilrecht als eine Sanktionsordnung begreifen, die der Restitution vorausgesetzter Rechte für den Fall ihrer Störung oder Verletzung zum Ziele hat. Diese vorausgesetzten Rechte ergeben sich - auf die einfachsten Formel gebracht - aus Vertrag und Eigentum. Damit ist zugleich gesagt, daß das Zivilrecht als Sanktionsordnung Vertrag und Eigentum nicht seinerseits zu schaffen vermag, sondern sie nur für den Fall des Unrechts gewissermaßen begleitet, an sie anknüpft. Das ist nun in der Tat die wesentliche Aussage des Prinzips der Privatautonomie, wie wir es heute in den §§ 311 I und 903 Satz 1 BGB formuliert finden. Vertrag und Eigentum umschreiben in der Tat das Gebiet, in dem nicht der Gesetzgeber sondern der einzelne Bürger autonom handelt, das heißt sich das

Gesetz gibt. Die §§ 311 Abs. 1 und 903 Satz 1 BGB knüpfen also keine Sanktion an ein Unrecht, sondern sprechen nur die Anerkennung für eine durch Vertrag und Eigentum gekennzeichnete Sphäre aus, die das Zivilrecht als Sanktionsordnung dann bei der Statuierung der einzelnen Rechtsfolgen voraussetzt. Dem steht nicht entgegen, daß das Zivilrecht dabei im Zuge dieser Voraussetzung selbst nähere Bestimmungen zu Vertrag und Eigentum trifft. Zu diesen beiden genannten Bestimmungen rechnet man üblicherweise noch die Testierfreiheit des § 1937 BGB. Das bürgerliche Recht ist also aufgebaut auf drei Freiheiten, der Vertragsfreiheit, der Eigentumsfreiheit und der Testierfreiheit.

Genau besehen vertritt auch Kant an einer entscheidenden Stelle der "Metaphysik der Sitten" diesen Rechtsbegriff, wenn er das natürliche und das bürgerliche Recht unterscheidet.² Mit natürlichem Recht ist das mit Vertrag und Eigentum umschriebene Recht gemeint. Er bezeichnet dann das natürliche Recht als Privatrecht, das bürgerliche Recht dagegen als öffentliches Recht. Damit ist dem eigentlichen Sinne des Ausdrucks Privatrecht entsprechend gemeint, daß das Privatrecht noch der öffentlichen Regelung ermangelt, die erst durch das bürgerliche Recht als Sanktionsordnung statuiert wird. Es ist derselbe Gedanke, den auch Hegel in seiner Formel zum Ausdruck bringt. Formuliert man die Wendung Hegels im Sinne des Sprachgebrauchs von Kant, so müßte sie lauten: Das bürgerliche Recht ist die Negation der Negation des Privatrechts. Es soll in diesem Zusammenhang allerdings nicht verschwiegen werden, daß wir heute die Begriffe bürgerliches Recht und Privatrecht in einer anderen Bedeutung verwenden. Wir bezeichnen nämlich als bürgerliches Recht die Regelungsmaterie des BGB, im engeren Sinne das bürgerlichrechtliche Vermögensrecht der ersten drei Bücher des BGB, während das Privatrecht zusätzlich das Handels- und Gesellschaftsrecht und das Wirtschaftsrecht umfaßt. Der Begriff des Zivilrechts wird für beide Arten des Rechts verwandt, kann also sowohl bürgerliches Recht wie Privatrecht meinen.

Die Bedeutung, die Vertrag und Eigentum für das bürgerliche Recht haben, scheint nun unserem dreiphasigen Rechtsmodell Recht zu geben. Es erhebt sich allerdings alsbald die Frage, ob sich ein entsprechender Ansatz für das öffentliche Recht und für das Strafrecht als wichtiges Teilgebiet des öffentlichen Rechts durchführen läßt. Ein System des bürgerlichen Rechts könnte in diesem Ansatz nur dann liegen, wenn es gelänge, ihn auch für den Bereich des öffentlichen Rechts durchzuführen. Damit kommen wir zur Frage, ob auch im öffentlichen Recht das dreiphasige Rechtsmodell durchführbar ist, das wir für das bürgerliche Recht entwickelt haben.

Wir können diese Frage zunächst einmal für das öffentliche Recht im engeren Sinne, also unter Absehung vom Strafrecht bejahen. Die vom Recht als Sanktionsordnung für den Fall des Unrechts vorausgesetzten Rechte und Pflichten ergeben sich hier allerdings nicht wie im bürgerlichen Recht aus Vertrag und Eigentum, sondern aus dem öffentlich-rechtlichen Gesetz selbst. Da das öffentlich-rechtliche Gesetz im demokratischen Rechtsstaat durch die Bürger beschlossen wird, ergibt sich auch ein Gleichklang zwischen Privatrecht in dem gerade entwickelten klassischen Sinne und öffentlichem Recht. Der privaten Autonomie auf der

² Kant, Die Metaphysik der Sitten, AB 52.

einen Seite entspricht die öffentliche oder politische Autonomie auf der anderen Seite. Das öffentliche Recht als Sanktionsordnung knüpft dann erst an Unrechtstatbestände an, die im Hinblick auf die Durchführung des öffentlich-rechtlichen Gesetzes vorkommen. Zum einen kann dieses Gesetz selbst rechtswidrig sein, vor allem wenn es der Verfassung widerspricht, zum anderen kann das rechtmäßige Gesetz von der Verwaltung falsch angewendet worden sein. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Bürger diese beiden Unrechtstatbestände durch Klage geltend machen. Dem Privatrecht entspricht also das öffentlich-rechtliche Gesetz, dem bürgerlichen Recht als Sanktionsordnung das öffentliche Recht als Sanktionsordnung.

Man kann nun über die Gründe nachdenken, die zu dieser unterschiedlichen Ausgestaltung des dreiphasigen Rechtsmodells für das bürgerliche Recht einerseits und das öffentliche Recht andererseits führen, wenn man denn angesichts der Bedeutung der Autonomie für beide Gebiete überhaupt von Unterschiedlichkeit sprechen will. Sicher lassen sich Rechte und Pflichten einer Vielzahl von Menschen untereinander nicht durch so klar umrissene Institute wie Vertrag und Eigentum festlegen. Hier bleibt Anknüpfungspunkt dann nur der Gesetzesakt selbst, durch den diese Menschen ihre öffentlich-rechtlichen Rechte und Pflichten festlegen. Dann sind diese Gesetze in aller Regel derart komplex, daß der einzelne seine Rechte und Pflichten nicht überblickt, sondern die Gesetze der Durchführung, des Vollzugs durch die Verwaltung bedürfen. Im Verhältnis von Verwaltung und Bürger kommt dann im Hinblick auf diese Durchführung der Gesetze dem Bürger die Klägerrolle zu. Das Unrecht im öffentlichen Recht ist das Unrecht des Staates beim Vollzug der Gesetze. Das dreiphasige Rechtsmodell ist damit hier sehr viel mehr durch die Konzeption des Gesetzes selbst bestimmt als im bürgerlichen Recht. Die Parallelität beider Rechtsbereiche liegt allerdings auf der Hand, wenn man das öffentlich-rechtliche Gesetz wegen seines demokratischen Charakters auch als natürliches Recht im Sinne Kants begreift.

Nur der Vollständigkeit halber werfen wir noch einen Blick auf das Strafrecht, das zwar einem Teilbereich des öffentlichen Rechts ausmacht, aber dennoch mit unseren Ausführungen zum öffentlichen Recht nicht ausreichend erfaßt ist. Auch die Strafgesetze legen die Pflichten der Bürger im strafrechtlichen Sinne gewissermaßen in einer vorrechtlichen Sphäre, im gesellschaftlichen Raum fest. Für den Fall ihrer Verletzung sprechen sie eine bestimmte Strafsanktion aus. Das sanktionierte Unrecht wird dabei als eine Störung des öffentlichen Friedens begriffen, die dieser Sanktionierung bedarf. Entsprechend dient die Statuierung der Pflichten zur Vermeidung von Straftaten dem Schutze des öffentlichen Friedens gegen eine derartige Verletzung. Auch hier liegt ein Fall der Restitution des Rechts nach geschehenem Unrecht vor, aber es ist die Restitution des öffentlichen Friedens, nicht die Restitution von subjektiven Rechten wie im bürgerlichen Recht. Das Strafgesetz enthält also einerseits die Verpflichtung der Bürger, die beschriebene Straftat zu unterlassen, und spricht andererseits für den Fall der Begehung die Strafsanktion aus.

Offenbar läßt sich also unser dreiphasiges Rechtsmodell auf alle drei großen Rechtsbereiche anwenden. Wir zögern nicht, dieses Modell als System des Rechts wenn auch in seiner abstraktesten Form zu bezeichnen. Dann sind aber die Typen des Rechts in den drei Rechtsbereichen doch sehr unterschiedlich und entsprechend unterschiedlich sind die Typen des Unrechts und die Typen seiner Sanktionierung. Das Recht als Negation der Negation des

Recht differenziert sich also in den drei Rechtsgebieten in unterschiedlicher Weise aus. Mit dem Typus des einzelnen Rechtsgebiets sind wir in gewisser Weise schon in einer nachrangigen Allgemeinheitsstufe. Jetzt ist nicht mehr der Typus des Rechtes selbst Gegenstand der Betrachtung, sondern der Typus des bürgerlichen Rechts, des öffentlichen Rechts und des Strafrechts.

Uns kommt es im vorliegenden Zusammenhang auf den Typus des bürgerlichen Rechtes an, den wir bald weiter verfolgen werden. Zuvor ist jedoch noch eine Bemerkung zum Verhältnis von bürgerlichem Recht und öffentlichem Recht erforderlich, weil beide Rechte ihrerseits in einem systematischen Zusammenhang stehen, der allein durch die Darstellung der Typen der drei Rechtsgebiete noch nicht zur Anschauung gebracht wird. Ganz offenbar gleicht nämlich das öffentliche Recht Gerechtigkeitsdefizite aus, die sich ergeben würden, wenn man unter Recht nur eine auf Vertrag und Eigentum aufgebaute Zivilrechtsordnung verstehen würde. Das öffentliche Recht organisiert nämlich nicht nur den Schutz der Vertrags- und Eigentumsordnung durch Eröffnung des Rechtsweges und Organisation des Polizeiwesens, sondern führt auch zu einer Umverteilung von Eigentum zugunsten derjenigen Bevölkerungsschichten, die an der bürgerlichrechtlichen Eigentumsordnung mangels Eigentums nicht ausreichend partizipieren. Diese durch den demokratischen Gesetzgeber gesteuerte Kompensation beantwortet im Grunde die Frage nach der Gerechtigkeit einer allein auf Vertrag und Eigentum aufgebauten Zivilrechtsgesellschaft. Das zivilrechtliche Gesetz vermag Vertrag und Eigentum in dem dargestellten Sinne vorauszusetzen, weil das öffentlich-rechtliche Gesetz Gerechtigkeitsdefizite der Vertrags- und Eigentumsordnung zu kompensieren vermag. Jeder der beiden Rechtsbereiche ist auf den anderen angewiesen und setzt ihn damit seinerseits voraus. Es wird dabei die Kompensation als ausreichend erachtet, die die Bürgerschaft im demokratischen Gesetzgebungsverfahren als ausreichend ansieht. Die Frage nach der Gerechtigkeit findet also ihre Antwort in dem Kompensationsverhältnis von privater und öffentlicher Autonomie. Dieses Kompensationsverhältnis ist dann auch das eigentliche Thema unseres Grundgesetzes bei der Regelung der Grundrechte in seinem ersten Abschnitt.

Der Hinweis auf die drei Grundfreiheiten des bürgerlichen Rechts, denen auch der Gesetzgeber des bürgerlichen Gesetzbuchs an systematisch entscheidender Stelle Ausdruck verliehen hat, zeigt schon, daß unsere Betrachtung über die Vorgegebenheit der Rechte vor dem das Unrecht sanktionierenden Recht ein Fundament in der Sache hat. Ein Blick auf die Rechtsgeschichte verrät dann aber, daß das heutige deutsche bürgerliche Recht damit nur an uralte Traditionen anknüpft, in denen dieser Ansatz der Sache nach schon erkennbar ist. Auf die Übereinstimmung mit den Begriffen des Rechts bei Kant und Hegel haben wir bereits hingewiesen. Man kann dagegen nicht einwenden, daß beide einen naturrechtlichen Rechtsbegriff vertreten. Die von uns in Bezug genommenen Wendungen der beiden großen Philosophen formulieren nämlich gerade das Spannungsverhältnis zwischen natürlichem und positivem Recht, auf das es uns in diesem Zusammenhang ankommen muß. Fast noch wichtiger ist, daß wir uns in diesem Zusammenhang auch auf das römische Recht selbst berufen können, wie es uns Gaius in seinem Lehrbuch "Institutionen" im Jahre 162 nach Christus vorträgt. Diese Institutionen sind bekanntlich in überarbeiteter Fassung später Teil des *corpus iuris* geworden und damit selbst im oströmischen Reich positives Recht. Gaius schreibt:

"Alles Recht aber, dessen wir uns bedienen, erstreckt sich entweder auf Personen oder auf Sachen oder auf Klagen."³

Diese inhaltsschwere Gliederung legt Gaius dann nicht nur seinem Lehrbuch zugrunde, er gibt damit tatsächlich dem ganzen Zivilrecht die Gliederung vor. Die geschichtliche Wirkung dieser Gliederung des Rechts ist außerordentlich gewesen. Sie ist spürbar noch in der Gliederung des ersten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Sehr viel wichtiger ist, daß Gaius mit der Unterscheidung von *res* und *actio* eine die Zeiten überdauernde Entdeckung gelungen ist. Hier wird nämlich das erste Mal formuliert, daß im Zivilrecht das zu schützende Rechtsgut und das zu seinem Schutze vorgesehene Rechtsverfahren zu unterscheiden sind. Das zu schützende Rechtsgut bezeichnet Gaius als *res*. *Res* ist für ihn vor allem Eigentum und Obligation, wobei die Obligationen aus Vertrag oder Delikt folgen können. Zum Schutz der *res* wird die *actio* gewährt, was wörtlich Klagehandlung bedeutet. Die dann von Gaius im weiteren gemachte Unterscheidung zwischen *actio in rem* und *actio in personam* korrespondiert bis zu einem gewissen Grade der Unterscheidung von Eigentum und Obligation als den beiden Arten der *res*.

Es wird jetzt schon deutlich, daß das damit im Grundzug skizzierte Aktionensystem von Gaius auch das System unseres heutigen deutschen bürgerlichen Rechtes ist, und zwar genauer das System des Schuldrechts und Sachenrechts, also des zweiten und dritten Buches des BGB. Wir werden darauf noch näher eingehen. Im vorliegenden Zusammenhang ist für uns vor allem von Bedeutung, daß Gaius mit der Unterscheidung von *res* und sie schützender *actio* die Notwendigkeit einer Vorgegebenheit für das Zivilrecht als Sanktionsordnung formuliert hat.

Wir treffen den Gedanken dann in etwas gewandelter Form auch im englischen Recht an. Hier ist bis heute grundlegend die Magna Charta Libertatum von 1215, mit der König Johann Ohneland in einem Augenblick der Schwäche des Königtums seinem Adel bestimmte Rechte und sie schützende Verfahren zugestand. Vertragspartner ist zwar der englische Hochadel dieser Zeit, bestimmte Rechte werden aber auch der gesamten Bevölkerung zugestanden. Als zu schützende Rechte werden Leben, Freiheit und Eigentum aufgeführt. Der Schutz erfolgt durch Einrichtung bestimmter Verfahren, die in die Hand der Reichsversammlung und von Geschworenengerichten gelegt werden, womit sie dem Einfluß des Königs entzogen sind. In der späteren angloamerikanischen Rechtswissenschaft tritt uns einer der Grundgedanken der Magna Charta in dem Postulat "No taxation without representation" entgegen. Der Einfluß des römischen Rechts auf die Magna Charta, insbesondere in seiner Unterscheidung von *res* und *actio*, ist nicht zu verkennen. Er könnte sich der Mitwirkung der Bischöfe an der Formulierung der Urkunde verdanken. Die Bischöfe waren im kanonischen Recht ausgebildet und hatten daher auch Überblick über das römische Recht.

John Locke hat diesen Zusammenhängen dann 1690 in seiner "Zweiten Abhandlung über die Regierung" noch präzisere Gestalt gegeben. Grundgedanke von Locke ist geradezu die Einrichtung einer politischen Gewalt, die dem Schutze von Leben, Freiheit und Eigentum

³ Gaius, Institutionen, Erstes Buch, § 8.

dient. Sie wird in die Hände der Betroffenen selbst gelegt, die alle zunächst den Staat gründen, um dann in ihrer Mehrheit die Schutzgesetze zu beschließen. Das Recht auf die politische Gewalt tritt damit als eigenes Grundrecht neben die drei Grundrechte des Lebens, der Freiheit und des Eigentums. Der Gedanke der Vorgegebenheit der res vor der actio erscheint in Gestalt des dem Staate vorgegebenen Naturzustandes, in dem aufgrund seiner gesellschaftlichen Prägung bereits die Rechte des Lebens, der Freiheit und des Eigentums enthalten sind.

Seit der nordamerikanischen und französischen Revolution im Ausgang des 18. Jahrhunderts werden diese Rechte als Menschenrechte bezeichnet. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß sie von Natur aus allen Menschen zustehen. Die jetzt in schneller Folge entstehenden Verfassungen werden direkt als Positivierung dieser Menschenrechte begriffen. Was das deutsche Recht betrifft, so darf ich hier auf Art. 2 Abs. 2 des Grundgesetzes von 1949 verweisen:

"Das deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt".

Die Stellung der Bestimmung in Art. 1 des Grundgesetzes gleich im Anschluß an den Absatz 1 der Bestimmung "Die Würde des Menschen ist unantastbar" zeigt, daß nicht nur die folgenden Grundrechte als Positivierung der Menschenrechte verstanden werden, sondern darüber hinaus auch die Eingangsbestimmung des zweiten Abschnitts des Grundgesetzes, also die Grundvorschrift für die Staatsorganisation. Hier lautet die grundlegende Bestimmung in Art. 20 Abs. 2 Grundgesetz: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeführt". In dieser Skizze der Menschenrechte und ihrer Bedeutung für unsere Verfassungen ist am deutlichsten erkennbar, daß das grundlegende Thema der Verfassungen die Regelung des Verhältnisses von Privatrecht und öffentlichem Recht ist.

Wenn ich hier vom Recht auf Schutz der Rechte durch Gewährung bestimmter Verfahren gesprochen habe, so kommt es im Laufe der Rechtsgeschichte zu einer bedeutsamen Aufgliederung dieses Gedankens. Gaius hatte unter diesem Gesichtspunkt nur die Aktionen im Blick, die dem heutigen Zivilrecht entsprechen, sah die Mitwirkung der Betroffenen an dem Schutz ihrer Rechte also in der Aktivität der Betroffenen selbst, über die die Gerichte gewissermaßen moderierend zu entscheiden hatten. Die Unabhängigkeit der Gerichte ihrerseits beruhte für ihn wohl noch auf der republikanischen Ämterverfassung, die in der Kaiserzeit zunächst noch bis zu einem gewissen Grade geachtet wurde. Die Magna Charta stellt neben den Schutz der privaten Rechte Leben, Freiheit und Eigentum durch Gerichte der Gleichen, also Geschworenengerichte, den Schutz des Eigentums vor übermäßiger Steuererhebung durch die Festlegung des Steuerbewilligungsrechtes der Reichsversammlung. Nicht zu Unrecht hat man in dieser Bestimmung den Ursprung des Begriffs eines öffentlich-rechtlichen Gesetzes überhaupt gesehen: Es ist der Betroffene selbst, der in staatliche Eingriffe in Freiheit und Eigentum einwilligen muß. Dieses Einwilligungsgesetz dient dem Schutze

des Eigentums aber nur in einem sehr weitgefaßten Sinne von Schutz. Der Vorbehalt der Steuererhebung ermöglicht dem Staat erst die Wahrnehmung seiner vielfältigen Aufgaben und damit heute auch die Erfüllung des in der Verfassung niedergelegten Sozialstaatsprinzips. Es wird jetzt erst das öffentliche Recht als Kompensation einer in einer reinen Privatrechtsordnung nicht auszuschließenden Gerechtigkeitslücke möglich. John Locke hat diese Zusammenhänge wohl schon gesehen, wenn er in seiner "Zweiten Abhandlung über die Regierung" für die Aufgabe der Gesetzgebung im Hinblick auf die zu schützenden Rechte eine sehr weite Formulierung wählt. Es heißt dort: "Politische Gewalt dann halte ich für das Recht, zur Regelung und Erhaltung des Eigentums Gesetze zu schaffen"⁴, wobei unter Eigentum hier die drei Rechte des Lebens, der Freiheit und des Eigentums verstanden werden.

Der Gedanke des Schutzes der Rechte in einem weit gefaßten Sinne differenziert sich damit aus in einen Schutz im engeren Sinne durch das bürgerliche Recht und einem Schutz im weiteren Sinne durch das öffentliche Recht. Beides hängt in der beschriebenen Weise sachlich untrennbar zusammen. Wenn man so will, hat zuerst das englische Recht die Unterscheidung des römischen Rechts zwischen res und actio durch Entfaltung eines Begriffs des öffentlichen Rechts weiterentwickelt, der seinen handfesten Ausdruck in dem politischen Fanal des 18. Jahrhunderts "No taxation without representation" gefunden hat.

Kehren wir zu unserer Ausgangsthese zurück. Sie lautete, daß der juristische Fall durch ein Unrecht charakterisiert ist, das durch das Recht - verstanden als Sanktionsordnung - beseitigt werden kann. Dabei setzt der Begriff des Unrechts die Charakterisierung der Fälle gewissermaßen auf einer ersten Stufe durch Recht bereits voraus. Dieses Recht erster Stufe wird im bürgerlichen Recht durch Vertrag und Eigentum geschaffen, im öffentlichen Recht durch das öffentlich-rechtliche Gesetz selbst. Das führt notwendig zu einer Aufspaltung des Begriffs des Gesetzes. Das Zivilrecht ist nur Sanktionsordnung im Hinblick auf vorgegebene Rechtsinstitute und damit im Grunde Richterrecht, mag es heute in vielen Staaten auch kodifiziert sein. Das öffentlich-rechtliche Recht bestimmt dagegen das Verhältnis Staat - Bürger als Rechtsverhältnis und erfüllt hier die Funktion, die Vertrag und Eigentum im Zivilrecht haben. Ihnen ist eine Sanktionsordnung für den Fall eines von der öffentlichen Gewalt ausgehenden Unrechts nur angeschlossen, indem eine Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Verfügung gestellt wird. Damit sind private und öffentliche Autonomie heute die Rechtsgüter, denen Schutz durch das Recht als Sanktionsordnung zuteil wird. Ein einheitlicher Gesetzesbegriff, der das Gesetz etwa unter dem Gesichtspunkt des in ihm enthaltenen Imperativs versteht, vermag diese Zusammenhänge nicht mehr oder doch jedenfalls nicht ausreichend zur Darstellung zu bringen.

Für das Zivilrecht scheint mir also die Besinnung auf die originäre Aufgabe des öffentlichen Rechts wichtig, weil sie erst ermöglicht, zivilistische Entscheidungen von Entscheidungen zu entlasten, die nicht im Zivilrecht, sondern im öffentlichen Recht getroffen werden müssen. Damit soll nicht abgestritten werden, daß große Bereiche des Zivilrechts heute schon einen gewissen öffentlich-rechtlichen Charakter tragen. Ist etwa das Kartellgesetz dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen? Die heutige Existenz einer

⁴1, 3.

Gemengelage oder eines Zwischenbereichs zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht steht aber der Notwendigkeit einer idealtypischen Unterscheidung beider Rechtsbereiche nicht entgegen, setzt diese vielmehr für eine genauere Analyse der Probleme dieses Bereichs ihrerseits voraus. In diesem Sinne hat man die Bereiche des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts als ein Oval mit zwei Mittelpunkten beschrieben. Dieses Bild bringt anschaulich das Wesentliche dieses Verhältnisses zum Ausdruck. Zivilrecht und öffentliches Recht werden zunächst einmal als zwei je eigene Kreise verstanden, die sich aber berühren. Indem diese Kreise dann zum Oval erweitert werden, entsteht ein mittlerer Raum im Spannungsfeld der beiden Mittelpunkte, für den trennscharfe Zuordnungen zur einen oder anderen Seite hin nicht mehr möglich sind.

III. Die Konkretisierung des Systems des bürgerlichen Rechts: das Anspruchssystem

Seit Bernhard Windscheids epochemachendem Werk "Die actio des römischen Civilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts" aus dem Jahre 1856 ist im deutschen Zivilrecht an die Stelle der actio der Anspruch getreten. Während die actio nur als Klagebefugnis verstanden werden konnte, kommt dem Anspruch materiellrechtliche Existenz zu. Damit war auch der Vorstellung Bahn gebrochen, daß der Anspruch jedenfalls in der Regel durch Abtretungsvertrag auf einen anderen übertragen werden kann, während die Vorstellung einer Übertragbarkeit im Hinblick auf die Klage doch Schwierigkeit bereitete. Auf der Grundlage der Lehre vom Anspruch erwiesen sich die Rechtsbeziehungen der Beteiligten im bürgerlichen Recht erst als konstruierbar. Wir sprechen im folgenden also statt von Aktionensystem von Anspruchssystem. Die bisherigen Ausführungen legen die Auffassung nahe, daß das Zivilrecht verstanden als Sanktionsordnung in erster Linie als ein System von Ansprüchen verständlich ist.

Ein Blick ins BGB, insbesondere in die hier nur in Betracht kommenden drei ersten Bücher, die im wesentlichen das Vermögensrecht ausmachen, lehrt uns allerdings, daß dieser Befund problematisch sein könnte. Wenn man der Auffassung ist, daß der Gesetzgeber im Allgemeinen Teil einer Kodifikation die wesentlichen Prinzipien des kodifizierten Rechtsgebietes zum Ausdruck bringt, so erweckt der Allgemeine Teil des BGB, also das erste Buch des BGB, einen durchaus anderen Eindruck. Die drei ersten Abschnitte behandeln thematisch Personen, Sachen und Rechtsgeschäfte. Man fühlt sich an die Dreiteilung des Rechts durch Gaius erinnert, allerdings tritt an die Stelle der Klage als der für das Recht bedeutsamsten Handlung das Rechtsgeschäft. Damit ist im Grunde dem Prinzip der Privatautonomie der entscheidende Rang für das Zivilrecht eingeräumt. Der Gesetzgeber verlagert hier gewissermaßen das Gewicht von einem Fuß auf den anderen, von der actio oder dem Anspruch, wie wir im folgenden immer sagen werden, auf die res, als die das Rechtsgeschäft im Sinne der Dreiteilung von Gaius verstanden werden könnte. Tatsächlich hat der Gesetzgeber des BGB die Bedeutung des Rechtsgeschäfts als res aber wohl nicht gesehen. Unter Sache wird in § 90 BGB auch nicht mehr Eigentum und Obligation verstanden, sondern nur der körperliche Gegenstand als möglicher Bezugspunkt von Eigentum. Der

Gesetzgeber ringt sich dann allerdings im fünften Abschnitt des Allgemeinen Teils in § 194 Abs. 1 BGB doch zu einer Legaldefinition des Anspruchs durch. "Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung." Daß der Anspruchsbegriff im Rahmen der Verjährung geregelt ist, beruht darauf, daß die Verjährung von Ansprüchen sich als allgemeine Regelung für alle Ansprüche anbot, und damit nach Vorstellung des Gesetzgebers in den Allgemeinen Teil gehörte, während z.B. die Entstehung des Anspruchs in sehr unterschiedlicher Weise erfolgen kann und damit eine Regelung im Allgemeinen Teil des BGB nicht in Betracht kam. Es sind also rechtstechnische Gründe, die dem Gesetzgeber die Legaldefinition des Anspruchs in diesem unerwarteten Zusammenhang der Verjährung nahelegten. Der Allgemeine Teil des BGB erweist sich damit zwar als Anknüpfung an die Dreiteilung des Rechts bei Gaius, die aber in entscheidenden Punkten doch abgewandelt wird. Diese Entwicklung ist dem Rechtsverständnis der Aufklärung geschuldet. Sie hat sich in Deutschland etwa seit dem Ende des 18. Jahrhunderts angebahnt.

Das System des Gaius spiegelt sich dann jedoch im zweiten und dritten Buch des BGB wider, also im "Recht der Schuldverhältnisse" und "Sachenrecht". Die Bedeutung des Anspruchsbegriffs für diese beiden Bücher ergibt sich daraus, daß der Gesetzgeber die Legaldefinition für den schuldrechtlichen und den dinglichen Anspruch an die Spitze der Bestimmungen gestellt hat, um auf diese Weise die Bedeutung dieser Ansprüche zu unterstreichen. § 241 Abs. 1 BGB beschreibt den schuldrechtlichen Anspruch, der auch als Forderung bezeichnet wird, § 903 Satz 1 BGB kennzeichnet mit der dem Eigentümer zukommenden Befugnis, andere von jeder Einwirkung auf die Sache auszuschließen, jedenfalls modellhaft den Ort der dinglichen Abwehransprüche.

Ganz offenbar hat der Gesetzgeber des BGB damit Gaius' Unterscheidung von actio in personam und actio in rem übernommen. Übernommen ist in diesem Zusammenhang auch die römisch-rechtliche Lehre von den res, die durch die Aktionen geschützt werden. So kann man als res im Schuldrecht das Schuldverhältnis im weiteren Sinne begreifen, aus dem der schuldrechtliche Anspruch als Schuldverhältnis im engeren Sinne fließt. Res im Sachenrecht ist das Eigentum, das im Falle seiner Störung Abwehransprüche auslöst. Das Anspruchssystem ist damit wie das römisch-rechtliche Aktionensystem sowohl im Schuldrecht wie im Sachenrecht zweipolig, womit die entscheidende Erkenntnis von Gaius gewahrt bleibt. Übernommen ist dann vom Gesetzgeber des BGB auch die Aufteilung der schuldrechtlichen Ansprüche in solche aus Vertrag und Delikt, zwischen die sich allerdings zusätzlich die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung schieben, die im römischen Recht noch dem Vertragsrecht zugerechnet wurden. Dieses eigentliche System des Schuldrechts findet sich wiederum nicht in den Abschnitten 1-7 des Rechts der Schuldverhältnisse, also in der Regelungsmasse, die als Allgemeiner Teil des Schuldrechts begriffen werden kann, sondern erst bei der Regelung der einzelnen Schuldverhältnisse im achten Abschnitt des Rechts der Schuldverhältnisse. Den Blick auf das eigentliche System des Schuldrechts erschwert der Gesetzgeber also wieder mit seinem Anliegen, möglichst allgemein geltende Regelungen gewissermaßen vor die Klammer zu ziehen. Das führt dann z.B. auch dazu, daß das Erlöschen von Schuldverhältnissen vor ihrer Entstehung geregelt wird.

Das römisch-rechtliche Aktionensystem ist also im bürgerlichen Gesetzbuch nicht

nur deutlich erkennbar, es bestimmt im Grunde auch die innere Konzeption des zweiten und dritten Buches. Es konkurriert allerdings mit einem anderen Systembegriff, der die Bestimmungen ohne Rücksicht auf ihren Inhalt danach ordnet, welchen Allgemeinheitsgrad sie haben. Das hat die Verständlichkeit des Gesetzes erschwert. Entscheidend für den Rang dieser beiden Systembegriffe untereinander ist nun jedoch, wie der Richter mit dem Gesetz umgeht. Da im zivilrechtlichen Fall die eine Seite in der Regel gegen die andere einen Anspruch erhebt, arbeitet der Richter vor allem mit dem Anspruchssystem. Für ihn stellt sich die Frage, ob der vom Kläger erhobene Anspruch aufgrund einer im Gesetz enthaltenen Anspruchsnorm rechtlich anerkannt ist. Zur Beantwortung dieser Frage leistet ihm das an den Allgemeinheitsstufen orientierte System allenfalls Suchhilfe. Feststellungs- und Gestaltungsklage können wir in diesem Zusammenhang vernachlässigen, so haben für das Zivilrecht nicht wie die Leistungsklage systembildende Bedeutung.

Wir haben das Schuldrecht und Sachenrecht überziehende Geflecht von Ansprüchen schon als ein System der Ansprüche in Kürze skizziert. Wir bezeichnen dieses System als äußeres System der Ansprüche. Ihm tritt ein anderes System des Anspruchs entgegen, das wir auch als inneres System des Anspruchs bezeichnen können. Es liegt in der Abfolge der Prüfungsvoraussetzungen, nach der der Richter die Frage prüft, ob der geltend gemachte Anspruch rechtlich anerkannt ist. Diese Prüfung erfolgt in vier Abschnitten. Der Richter wird zunächst die anspruchsbegründenden Voraussetzungen prüfen, dann die anspruchshindernden und anspruchvernichtenden Einwendungen, dann die anspruchshemmenden Einreden. Der erste Abschnitt beinhaltet eine Prüfung des Klägervorbringens, der zweite Abschnitt prüft das Vorbringen des Beklagten unter drei unterschiedlichen Gesichtspunkten. Die Anspruchsnorm des Gesetzes wird in der Regel nur die anspruchsbegründenden Voraussetzungen wiedergeben. Das Vorbringen des Beklagten prüft der Richter dann unter Heranziehung von anderweitigen Vorschriften des Gesetzes, die er in seine Anspruchshypothese einbauen muß. Wir nennen die vom Richter dazu herangezogenen Normen Hilfsnormen für Anspruchsnormen.

In der Unterscheidung dieser vier Prüfungsabschnitte liegt ein Organisationsprinzip für die zivilrechtliche Prüfung des Falles, das gar nicht hoch genug eingeschätzt werden kann. Zunächst wird die Anspruchsnorm als Rahmen der gesamten Prüfung erkennbar. Dann wird das Verhältnis deutlich, in dem die im Rahmen der Prüfung des Anspruchs herangezogenen Hilfsnormen zu der Anspruchsnorm stehen. Sie haben in der Tat dienende Funktion. Der Aufbau der Anspruchshypothese richtet sich dabei ganz nach den vom Fall aufgeworfenen Fragen, denen er angepaßt sein muß. Anspruchsnormen und Hilfsnormen stehen also nicht ein für allemal in einem bestimmten Verhältnis zueinander, sondern gewinnen ihren konkreten Platz bei der Prüfung erst im Rahmen der vom Richter im Hinblick auf den konkreten Fall erstellten Anspruchshypothese. Der Richter konzipiert die Lösung seines Falles gewissermaßen mit Hilfe der ihm vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Bausteine, die in ihrer vereinzelt Existenz im Gesetz natürlich je für sich genommen noch kein Haus ausmachen, wenn wir die richterliche Lösungskonzeption für einen bestimmten Fall einmal als Haus bezeichnen dürfen. Auch dieses innere System des Anspruchs oder genauer wohl des Anspruchsaufbaus durch den Richter ist aus dem römischen Recht

übernommen. Dort galt der Satz: *Actio - an sit fundata, an sit negata, an sit exceptione elisa*, wenn der Prüfungsvorgang des Richters wohl auch erst in der Lehre vom römischen Recht im ausgehenden Mittelalter und der beginnenden Neuzeit in diese schlagkräftige Formulierung gebracht worden sein dürfte.

Mit den vier Prüfungsabschnitten der Anspruchshypothese haben wir das innere System des Anspruchs allerdings nur in gewissermaßen horizontaler Richtung zur Darstellung gebracht. Dabei ist noch ergänzend zu bemerken, daß im Rahmen der von dem Beklagten geltend gemachten Einwendungen und Einreden der Kläger sich seinerseits wieder auf sogenannte Gegennormen berufen kann, die diese Einwendungen und Einreden des Beklagten außer Kraft setzen. Von dieser horizontalen Richtung ist eine vertikale Richtung zu unterscheiden. Fast alle positiven oder negativen Anspruchsvoraussetzungen lassen sich durch Einsatz weiterer Hilfsnormen konkretisieren. Das geschieht dadurch, daß ein bestimmtes Tatbestandsmerkmal vom Vorliegen genauere Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Das zu konkretisierende Tatbestandsmerkmal nimmt nunmehr in einer neuen Hilfsnorm die Stellung der Rechtsfolge ein, die vom Tatbestand der neu herangezogenen Hilfsnorm abhängig gemacht wird. Dieser vertikale Ausbau der Anspruchshypothese durch den Richter erfolgt ebenfalls nur, wenn der Fall zu entsprechenden Konkretisierungen Anlaß gibt.

Die vorgetragene Perspektive auf das äußere und innere Anspruchssystem scheint uns nun auch gravierenden Einfluß auf die Lehre von der Auslegung des Gesetzes zu haben. Die Auslegung des Gesetzes erfolgt durch den Richter im Medium dieses Anspruchssystems bei seiner konkreten Fallbearbeitung. Da in Deutschland der junge Jurist mit dem Ziel der Befähigung zum Richteramt ausgebildet wird, lernt er im Zivilrecht von Anfang an diese Art der Auslegung des Gesetzes. Das bedeutet, daß die Beherrschung des Anspruchssystems den eigentlichen Schlüssel für die Auslegung des Gesetzes im Zivilrecht darstellt. Mit der großen Zahl von Hilfsnormen zu Anspruchsnormen im Gesetz hat der Gesetzgeber sich bis zu einem gewissen Grade immer schon selbst ausgelegt. Herangezogen werden dann in Ermangelung gesetzlicher Hilfsnormen auch von der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung entwickelte Rechtssätze, obwohl sie im Range unter den gesetzlichen Hilfsnormen stehen. Die klassische Auslegungslehre nennt das System des Rechts als ein Kriterium der Auslegung neben dem Wortlaut der Bestimmung, dem Willen des Gesetzgebers und dem vernünftigen Zweck des Gesetzes. Unter diesen unterschiedlichen Kriterien scheint uns also das System des Zivilrechts verstanden als Anspruchssystem der wichtigste Schlüssel für die Auslegung des Gesetzes zu sein.

IV. Tatbestand des Gesetzes und Falltypus

Wir haben mit dem Anspruchssystem zwar geklärt, inwieweit das bürgerlichrechtliche Gesetz eine Antwort auf die im Fall gestellte Frage ist, ob der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auch rechtlich anerkannt werden kann, und damit eine wesentliche Beziehung von Fall und Gesetz aufgedeckt. Es bleibt aber noch die Frage, wie es dem Gesetz gelingt, eine solche Antwort zu geben. Hier drängt sich der Eindruck auf, als ob das Gesetz in seinem Tatbestand den Fall nur spiegelt. Ist nicht auch das die Grundlage der Vorstellung, die

Anwendung des Gesetzes läge in einer Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter einen Tatbestand des Gesetzes? Allerdings würde bei einem solchen Ansatz sofort die Frage auftauchen, ob der Tatbestand den ungelösten oder den gelösten Fall spiegelt. Tatsächlich sind die Verhältnisse noch etwas komplizierter und es lohnt sich, auf sie näher einzugehen.

Nach unserer Auffassung beschreibt jedenfalls der Tatbestand der Anspruchsnorm ein geschenes Unrecht, das als ausreichender Grund zur Statuierung der in der Anspruchsnorm verhängten Rechtsfolge gesehen wird, also der Anerkennung eines geltend gemachten Anspruchs. Das liegt auf der Hand für die dinglichen Ansprüche, die sich insgesamt darstellen als Abwehrensprüche bei Störung eines absoluten Rechts, vor allem des Eigentums, es liegt weiter auf der Hand für die Ansprüche aufgrund Delikts und aus ungerechtfertigter Bereicherung. Auch der wesentliche Anspruch des Leistungsstörungsrechtes, der Anspruch auf Schadensersatz im Falle einer schuldhaften Pflichtverletzung läßt sich hier anführen. Die Ansprüche auf Erfüllung eines schuldrechtlichen Vertrages allerdings scheinen sich dieser Einordnung zu widersetzen. Auch sie lassen sich jedoch als Reaktion auf ein geschenes Unrecht begreifen, da mit ihnen schlicht die Nichterfüllung des Anspruchs abgewendet werden soll. Insgesamt wird man also wohl davon ausgehen können, daß dem Anspruchssystem in seinen oberen Abstraktionen bestimmte Unrechtstypen entsprechen.

Die Tatbestände der Hilfsnormen formulieren entweder Unrechtstypen, wie etwa § 138 Abs. 1 BGB, oder neutrale Falltypen, wie etwa die Übertragung von Eigentum an einer beweglichen Sache nach § 929 BGB. Entscheidend ist, daß sie immer im Rahmen der Aufstellung einer Anspruchshypothese gebraucht werden, und insofern notwendig bei der Feststellung eines Unrechts zum Einsatz kommen. Sie haben damit dienende Funktion im Hinblick auf die Feststellung eines Unrechts, so daß man hier insgesamt von unselbständigen Falltypen sprechen kann, die von den Falltypen der Tatbestände von Anspruchsnormen zu unterscheiden sind.

Wenn wir in dieser Weise den Tatbestand eines Gesetzes als Begründung der Rechtsfolge begreifen, und zwar sowohl bei Anspruchsnormen wie bei Hilfsnormen, so haben wir damit das Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge eines Gesetzes im Grundzug geklärt. Nicht geklärt ist damit die davon zu unterscheidende Frage, wie sich der Tatbestand eines Gesetzes zum Lebenssachverhalt verhält, der schließlich nach Auffassung der klassischen Methodenlehre unter den Tatbestand subsumiert werden muß. Wir wenden uns jetzt dieser Frage zu.

Der Tatbestand eines Gesetzes kann nur dann Grund für eine Rechtsfolge sein, wenn er bestimmte Momente eines Lebenssachverhaltes dahin bewertet, daß sie im Einzelfall als ausreichender Grund für die Statuierung der Rechtsfolge angesehen werden können. Die Vorstellung von der Subsumtion als ein mechanischer Vorgang ist also zu einfach. Subsumtion bedeutet vielmehr Bewertung eines Lebenssachverhaltes als eines ausreichenden Grundes im Sinne eines gesetzlichen Tatbestandes für die Verhängung einer Rechtsfolge. Diese Deutung der Subsumtion ist von der Interessenjurisprudenz von Philipp Heck und Stoll näher entfaltet worden. Im allgemeinen unterscheiden sie hier noch wieder einfache Wertung und Wertung aufgrund Abwägung von Gründen. Es wird dabei darauf hingewiesen, daß im Falle der einfachen Wertung der Wertungsvorgang dem Richter gar nicht mehr bewußt ist, so daß die Fehlvorstellung eines mechanischen Vorganges sich hier aufdrängt. Das für den gesamten Tatbestand Gesagte gilt auch für die Subsumtion unter einzelne Tatbestandsmerkmale.

Wir entschließen uns also dazu, der Lehre von der Gesetzesanwendung durch Subsumtion in einer Methodenlehre durchaus einen zentralen Platz anzuweisen. Der Begriff der Subsumtion ist es vor allem, der eine Aufgliederung der Methodenlehre in eine Lehre von der Auslegung des Gesetzes und von der Anwendung des Gesetzes ermöglicht. Diese Abgrenzung selbst ist die Grundlage dafür, anschließend beides funktional aufeinander zu beziehen. Nur trägt die Hoffnung, durch genauere Analyse der Subsumtion gewissermaßen als eines selbständigen psychischen Aktes dem Richter die Rechtsanwendung zu erleichtern. Wir verzichten auf eine derartige Analyse und stellen klar, daß Subsumtion immer nur als Wertung sinnvoll ist. Das im allgemeinen im Hinblick auf die Subsumtion aufgeworfene Problem scheint sich damit allerdings nur verschoben zu haben. Wir versagen uns dann jedoch auch die weitere Frage nach dem genaueren Charakter der Wertung als eines psychischen Aktes. Tatsächlich wird im Hinblick auf die Wertung niemand fragen, wie es denn geschieht, daß jemand wertet. Für den juristischen Gebrauch ist der Begriff der Wertung schon als solcher verständlich, ohne daß wir uns hier um eine psychologische Analyse des Wertungsaktes bemühen müßten.

Wenn auch die Gesetzesanwendung Wertung sein mag oder auf einer Wertung beruht, ist dann auch die von der Anwendung zu unterscheidende Auslegung des Gesetzes noch Wertung? Käme man dann damit nicht zu dem Begriff einer Wertung ohne gewerteten Gegenstand? Die Lösung dürfte hier in dem Begriff des Falltypus liegen. Der gesetzliche Tatbestand erfaßt die Wirklichkeit unter dem Aspekt von Falltypen. Der Wortteil "Fall-" charakterisiert dabei das anschauliche Moment, der Wortteil "-typus" charakterisiert das Moment rechtlicher Bewertung, insofern er das hervorhebt, was in einer bestimmten Fallwirklichkeit als unter rechtlichem Gesichtspunkt typisch hervorgehoben werden muß. Entscheidend ist, daß allein dieser Bezug des Gesetzes auf Falltypen uns befähigt, das Gesetz zu verstehen, wobei konzediert sein mag, daß das Verstehen des Gesetzes aufgrund seiner Anwendung noch von anderer, tieferer Qualität ist.

Dieses Verstehen des Gesetzes ohne Anwendung ist ein die Anwendung vorbereitendes Verstehen, hat also gewissermaßen propädeutischen Charakter. Die Möglichkeit der Anwendung steht immer im Hintergrund und trägt gewissermaßen schon als Möglichkeit die Auslegung. Nicht zufällig ist daher in Deutschland in der Praxis der juristischen Ausbildung die Auslegung immer schon mit der Anwendung verbunden. Wir erinnern uns daran, daß Rudolf von Jhering als Wegbereiter der Interessenjurisprudenz die Bedeutung der Übung am Fall für die Ausbildung entdeckt hat.

In diesem Zusammenhang wollen wir noch auf den für die geisteswissenschaftliche Hermeneutik so wichtigen Begriff des Vorverständnisses eingehen. Gadamer hat in "Wahrheit und Methode" dazu Stellung genommen. Josef Esser hat auf die Bedeutung des Vorverständnisses bei der Gesetzesauslegung hingewiesen. In der Tat leben wir in einer Welt, in der so etwas wie Vertrag, Eigentum, Staat uns von allen Seiten umgibt und in den unterschiedlichsten Zusammenhängen vorkommt. Aufgrund des Lebens in dieser Welt verstehen wir diese Zusammenhänge und lernen sie im Laufe unseres Lebens immer besser zu verstehen. Dieses Vorverständnis ist sicher auch die Grundlage der Möglichkeit des Verstehens von Gesetzen. Dabei kommen in dieser Welt nicht nur ungelöste Fälle vor,

sondern ebenso großes Gewicht haben die gelösten Fälle. Warum sollten wir also nicht die vom Gesetz formulierten Fallösungen verstehen, auch wenn wir sie im Zuge dieses Verstehens nicht schon jeweils auf konkrete ungelöste Fälle beziehen.

Unser Problem wird in der juristischen Methodenlehre häufig unter dem Aspekt der Frage erörtert, wie sich das Allgemeine des Gesetzes zu dem Besonderen des Falles verhält. Die Frage steht vor einem großen philosophischen Hintergrund, nämlich dem Universalienstreit. Die meisten Autoren konzipieren eine vermittelnde Lösung, mit der gewissermaßen die Brücke vom Gesetz zum Fall geschlagen wird. Nach unserer Auffassung treffen sich Gesetz und Fall im Falltypus. Diese Vorstellung steht Wilhelm Schapps Lehre von der Reihe nahe. Einerseits ist die Reihe für sich verständlich, andererseits gibt es den Vorgang der Einordnung von etwas, was bisher noch nicht in der Reihe stand, in diese Reihe.⁵ Zum Verhältnis von Tatbestand und Typus im Strafrecht hat Winfried Hassemer eine eindrucksvolle Untersuchung vorgelegt. Arthur Kaufmann geht das Problem in "Analogie und Natur der Sache" nach, womit die Lösung schon in etwa skizziert ist. Karl Engisch spricht von einem Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Norm und Lebenssachverhalt, aufgrund dessen sowohl die Norm wie der Lebenssachverhalt so zubereitet werden, daß eine Anwendung möglich ist. Fikentscher entwirft eine Lehre von der Fallnorm. Alle Lösungen haben schließlich etwas Bildhaftes. Sie scheinen alle durch den Versuch gekennzeichnet, die Trennung von Gesetz und Fall aufzuheben, den Fall letztlich in das Gesetz zu inkorporieren. Dabei scheinen die meisten Versuche von der Tendenz geleitet, die scharfe Trennung von Auslegung und Anwendung aufzuheben oder doch zumindest in ihren Auswirkungen zu mildern. Die Frage nach der Auslegung des Gesetzes wird von vornherein in den Horizont seiner Anwendung gestellt, Auslegung wird von Anwendung her verstanden, auch wenn beides unterschieden bleibt. Ich selbst habe in den "Hauptproblemen der juristischen Methodenlehre" 1983 das Gesetz als Entscheidung des Einzelfalles begriffen, wenn diese Entscheidung auch vom Richter noch ausgesprochen werden muß. Ich halte diesen Ansatz weiterhin für außerordentlich fruchtbar, er bedarf aber doch weiterer Erläuterung. Ich würde heute formulieren, daß das Gesetz dem Richter Hilfe zur Entscheidung seines Einzelfalles leistet, indem es ihm durch Zurverfügungstellung von Falltypen die Einstellung des von ihm zu entscheidenden Falles in eine Fallreihe ermöglicht. Wenn man mit dem Gedanken Ernst macht, daß das Gesetz eine Entscheidung ist, so entscheidet es in der Tat auf diesem Wege Einzelfälle.

Im Mittelpunkt der klassischen Auslegungslehre, wie sie Larenz in seiner "Methodenlehre der Rechtswissenschaft" vorträgt, steht die Ausarbeitung der vier Auslegungskriterien Wortlaut, systematischer Zusammenhang, historischer Wille des Gesetzgebers und vernünftiger Zweck des Gesetzes. Auf die Bedeutung des Rechtssystems für die Auslegung des Gesetzes haben wir bereits hingewiesen, sie überstrahlt alles. Das legt nahe, als Kernbestandteil einer Methodenlehre eine Lehre vom System des Rechtes vorzutragen. Diese Lehre vom Rechtssystem wird dann bei der Frage nach dem Verhältnis

⁵ Das grundlegende Werk der Geschichtsphilosophie Wilhelm Schapps „In Geschichten verstrickt“ (1953, 2004) ist 2007 in portugiesischer Übersetzung unter dem Titel „Envolvimento em Histórias“ in Porto Alegre erschienen. Die Lehre von der Reihe trägt Wilhelm Schapp in seinem Werk „Philosophie der Geschichten“ (1959, 1981) vor.

von Gesetz und Fall enden, für die wir vorstehend über den Falltypus eine Lösung versucht haben. Die Heranziehung der drei weiteren Auslegungskriterien von Larenz ist demgegenüber dann nachrangig. Sie betreffen im wesentlichen spezielle Situationen der Auslegung. Wollte man eine Auslegungslehre mit ihnen beginnen, würde man gewissermaßen den Wald vor lauter Bäumen nicht sehen.

Erlauben Sie mir, meine Überlegungen in diesem Abschnitt anhand eines Beispiels zu verdeutlichen. § 90 BGB bestimmt: "Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände". Im Sinne unserer Analyse des Rechtssatzes ist hier "körperlicher Gegenstand" der Tatbestand des Gesetzes, "Sache im Sinne des Gesetzes" die Rechtsfolge. Der Tatbestand "körperlicher Gegenstand" wird erforderlichenfalls durch eine Hilfsnorm weiter konkretisiert: "Nur körperliche Gegenstände, die auch beherrschbar sind, sind körperliche Gegenstände im Sinne des Gesetzes." Diese Hilfsnorm erweist sich als ein Rechtssatz der Rechtswissenschaft, mit dem dem Sinn der Vorschrift Rechnung getragen wird, mit dem rechtlichen Sachbegriff einen Bezugspunkt für das Eigentum zu geben. Wir haben also hier eine Auslegung des § 90, der natürlich seinerseits wieder eine Hilfsnorm ist, durch eine von der Rechtswissenschaft zur Verfügung gestellte Hilfsnorm. Der Auslegungsprozeß ist also solcher bis hierhin verständlich. Nun sei die Frage zu entscheiden, ob eine Meereswelle eine Sache im Sinne des Gesetzes ist, also eigentumsfähig. Eine Meereswelle kann zwar als körperlicher Gegenstand bewertet werden, sie kann aber nicht als beherrschbarer körperlicher Gegenstand bewertet werden, so daß kein körperlicher Gegenstand im Sinne des Gesetzes und damit auch keine Sache im Sinne des Gesetzes vorliegt. Der letzte Falltyp, der bei der Auslegung des Gesetzes hier in Erscheinung tritt, der Typus des beherrschbaren körperlichen Gegenstandes, erscheint als solcher verständlich, auch wenn man nichts von einer Meereswelle wüßte. Tatsächlich ist ein tieferes Verständnis wohl erst gegeben im Hinblick auf mögliche Anwendungsfälle, also im Hinblick auf Meereswelle, Luft, fließendes Grundwasser. Der Falltypus "beherrschbarer körperlicher Gegenstand" lebt von der Existenz dieser unbeherrschbaren Gegenstände. Vielleicht kann man auch sagen, daß der Rechtsbegriff die Möglichkeit der Anwendung voraussetzt, ohne daß eine entsprechende Anwendung im Einzelfall auch immer vollzogen werden müßte.

V. Richterliche Entscheidung und Gesetzesbindung

Nach Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz ist der Richter an Gesetz und Recht gebunden. In einem kodifizierten Recht wie dem deutschen bürgerlichen Recht scheint diese Bindung die richterliche Entscheidung wesentlich zu bestimmen. In der juristischen Methodenlehre und Rechtslehre wird allerdings die Frage außerordentlich kontrovers beurteilt, wie weit diese Bindung auch praktisch wird. Von den vielen vertretenen Meinungen führen wir hier nur die beiden Extreme an. Während die eine Meinung den Richterspruch durch das Zivilgesetz vollständig determiniert sieht, versteht die andere Meinung den Richterspruch als einen freien Akt des Richters, der auf seinem Judiz beruht und allenfalls nachträglich durch gesetzliche Bestimmungen gerechtfertigt wird. In der Kontroverse vermißt man allerdings weitgehend eine sorgfältige Analyse der Arbeit des Richters. Wir versuchen im folgenden, die

Frage auf der Grundlage unserer Ausführungen zur richterlichen Arbeit zu beantworten. Wie weit die Gesetze schließlich in der richterlichen Entscheidung wirksam werden, dürfte ja sicherlich auch eine Frage sein, die im Zusammenhang mit der Frage nach dem System des bürgerlichen Rechts steht.

Auch hier hilft uns unsere Orientierung der juristischen Methodenlehre am Fall weiter. Der Richter versteht zunächst einmal aufgrund des Vortrags des Klägers und des Beklagten den ihm vorgetragenen Fall. Er versteht ihn ohne weiteres so, wie jeder juristische Laie mit durchschnittlicher Auffassungsgabe ihn verstehen würde, darüber hinaus dann aber aufgrund seiner juristischen Ausbildung auch im Hinblick auf die aufgeworfenen Rechtsprobleme, mag hier dann auch weitere Arbeit erforderlich sein. Gehen wir einmal davon aus, daß in dem Fall der Kläger mit einer Leistungsklage einen Anspruch geltend macht. Der Richter weiß, daß er den Anspruch nur zusprechen darf, wenn der Vortrag des Klägers alle Voraussetzungen einer Anspruchsnorm erfüllt. Der Richter wählt jetzt - aufgrund seiner Kenntnis des äußeren Systems der Ansprüche - eine oder mehrere Anspruchsnormen aus, die ihm für eine Prüfung der Anspruchserhebung in Betracht zu kommen scheinen. Im zunächst zu erstellenden Gutachten wird er alle in Betracht kommenden Anspruchsnormen prüfen, im Urteil reicht es, sich in den Entscheidungsgründen mit denjenigen Anspruchsnormen auseinanderzusetzen, die den Urteilsspruch zu tragen vermögen. Die unterschiedlichen Anspruchsnormen können in der Rechtsfolge dasselbe Ergebnis begründen, jeweils unterschiedliche Ergebnisse haben, sich in den Ergebnissen überschneiden. Wie weit sie für die Prüfung von Wert sind, wird der Richter auch durch eine Auslegung der klägerischen Begehrens zu ermitteln haben. Bei der Auslegung des Klageziels und der Zusammenstellung des zur Prüfung in Betracht kommenden Ensembles von Anspruchsnormen deutet sich bereits ein beachtlicher Freiraum richterlicher Entscheidung an.

Verfolgen wir nun die Arbeit des Richters bei der Aufstellung der Anspruchshypothese, die für die Entscheidung des Falles noch am ehesten in Betracht zu kommen scheint. In sie müssen die wesentlichen für die Entscheidung des Falles relevanten rechtlichen Gesichtspunkte aufgenommen sein. In kurzen Worten könnte man sagen, daß die Anspruchshypothese so konzipiert werden muß, daß sie für den Fall paßt. Hier löst sich das Rätsel, wie die Anwendung einer im Gesetz enthaltenen abstrakt-generellen Regelung Gerechtigkeit im durch und durch konkreten Einzelfall herbeizuführen vermag. In der Anspruchshypothese wird gar nicht eine Regel angewandt, sondern eine Vielzahl von Regeln, die zwar je für sich gesehen selbständig sind, bei der Verwendung in der Anspruchshypothese aber insgesamt nur die gerade für diesen Fall passende Lösung ausmachen. Die richterliche Entscheidung selbst ist ebenso konkret wie der entschiedene Einzelfall. Sie stellt damit selbst keine Falltypus dar, auch wenn die Gesetzesanwendung sich selbst als Bewertung des Falles in einer Vielzahl von typischen Hinsichten darstellt. Diese Feststellung gilt allerdings nur *cum grano salis*. Häufig werden höchstrichterliche Entscheidungen im Sinne von Falltypen verstanden, die präjudizielle Wirkung haben. Der Falltyp liegt dann aber in der Herausarbeitung eines bestimmten sich in den Vordergrund drängenden rechtlichen Gesichtspunktes, nicht in der Entscheidung als solcher.

Wie also nur wenige Farben die Herstellung jedes Gemäldes erlauben und wie die wenigen Buchstaben unseres Alphabets die Erzählung jeder Geschichte erlauben, so erlaubt der sehr viel umfassendere Vorrat an zivilrechtlichen Regeln die Entscheidung jedes Falles. Das gilt um so mehr, als fast jede Vorschrift durch Einsatz entsprechender Hilfsnormen konkretisiert werden kann und damit auch der Umfang der zur Verfügung stehenden Falltypen wächst.

Der Richter arbeitet vom Beginn des Prozesses an ständig an seinen Anspruchshypothesen, auch wenn er sie noch nicht zu Papier bringt. Das geschieht auch dadurch, daß er das Vorbringen des Klägers und des Beklagten gewissermaßen auf seine rechtliche Bedeutsamkeit hin abhorcht. Nach § 139 Abs. 1 Zivilprozeßordnung wird er dabei darauf hinwirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen vollständig erklären, was allerdings zunächst voraussetzt, daß der Richter bestimmte Tatsachen überhaupt für erheblich hält. Diese Arbeit am Fall, die gesteuert wird durch die vorherige Heranziehung einer möglicherweise für die Entscheidung des Falles rechtlich bedeutsamen Vorschrift, macht einen wesentlichen Teil der richterlichen Arbeit im Vorfeld seiner Entscheidung aus.

Schließlich erfolgt im Zuge der Gesetzesanwendung die Subsumtion des vorliegenden Lebenssachverhaltes unter die Tatbestandsmerkmale der vom Richter aufgestellten Anspruchshypothese. Da die Subsumtion im Kern Wertung ist, tun sich hier weitere Freiräume richterlicher Entscheidung auf. Es gibt einen Bereich sicherer Wertungen, eine Grauzone der Bewertung und schließlich Wertungen, die abwegig sind.

Der Freiraum richterlichen Entscheidens ist also schon bei Anwendung der Vorschriften kodifizierten Rechtes außerordentlich. Er vergrößert sich noch einmal, wenn man die Ausfüllung von Lücken des Gesetzes, die Auslegung von Verträgen, die zulässige richterliche Rechtsfortbildung, die Anwendung von Generalklauseln und die analoge Rechtsanwendung hinzunimmt. In diesen Gebieten kann der Richter häufig auf die Rechtswissenschaft und auf die vorangegangene höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgreifen, wobei er allerdings ständig auch mit kontroversen Meinungen zu rechnen hat.

Die Entscheidungen, die der Richter in dem Raum fällt, den wir als Freiraum richterlicher Entscheidung bezeichnet haben, erfolgen nun allerdings nicht willkürlich, sondern werden durch das Judiz des Richters geleitet, das sich letztlich an einem als gerecht empfundenen Endergebnis der Entscheidung orientiert. Daß es bisher nicht gelungen ist, dieses Judiz näher zu beschreiben, ändert nichts daran, daß es ein solches Judiz gibt und daß es von außerordentlicher Wirksamkeit für die Entscheidung ist. Die Beschreibung des Judizes scheitert vor allem daran, daß sich für die vernünftige Entscheidung eines Falles aufgrund der Anwendung von Regeln selbst keine Regel mehr geben läßt.

Höchststrichterliche Urteile haben in Deutschland wie wohl in vielen anderen Ländern auch eine Art faktischer Geltung für die nachfolgende Rechtsprechung der unteren Gerichte. Man spricht dabei allerdings nicht davon, daß ein bestimmtes höchstrichterliches Urteil auf einen zu entscheidenden Fall angewendet wird oder gar daß dieser Fall unter das Urteil subsumiert wird. Die präjudizielle Wirkung liegt vielmehr darin, daß den Entscheidungsgründen des höchstrichterlichen Urteils ein bestimmter typischer Gesichtspunkt der rechtlichen Bewertung entnommen wird, der auf den nun zu entscheidenden Fall auch

zuzutreffen scheint. Es kann sich dabei auch um ein Ensemble aufeinander bezogener typischer Argumentationen handeln. Die höchstrichterliche Entscheidung selbst, die keine Regel darstellt, kann aufgrund der Allgemeinheit ihrer Begründung also gewissermaßen in Regeln ausgemünzt werden. Das ist allerdings nicht leicht, da in dem Urteil Urteilstatbestand und Entscheidungsgründe eng aufeinander bezogen sind, ja fast miteinander verschmolzen sind. Es liegt auf der Hand, daß sich das Recht in einem Urteil anders gibt als im Gesetz. Die Arbeit mit Präjudizien ist deswegen aber nicht weniger schwer als die Arbeit mit gesetzlichen Vorschriften.

Zum Schlusse dieses Abschnittes darf ich Ihnen einige Sätze aus meinen "Hauptproblemen der juristischen Methodenlehre" vortragen, die mir die Arbeit des Richters am besten zu charakterisieren scheinen:

"Es erfordert das Verständnis eines Falles die Fähigkeit des Richters, sich in ihm unbekannte Lebensgebiete und Sachzusammenhänge einzuarbeiten. Diese Einarbeitung ist eine geistige und charakterliche Leistung, die hohe Anforderungen an den Richter stellt. Sie verweist damit letztlich auch wieder auf die Persönlichkeit des Richters zurück. Der Richter wird sich zwar des Rates von Sachverständigen bedienen, aber gefragt ist zum Schluß doch sein eigenes Urteil. Wenn man es einmal etwas salopp ausdrücken darf, so zeigt die Art, wie der Richter sich dieser Aufgabe unterzieht, was er aus sich selbst gemacht hat."

Diese relative Offenheit der richterlichen Entscheidung darf nun aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß in der Lebenswelt im Normalfall Verträge erfüllt und Eigentum geachtet wird. Der Lebenssachverhalt entwickelt sich gar nicht erst zu einem juristischen Fall. Das mag letztlich auch mit auf einer Vorwirkung des Zivilrechts verstanden als Sanktionsordnung beruhen. Sie verhindert in der Regel ein Umschlagen des Normalfalls in den juristischen Fall, also gewissermaßen in den pathologischen Fall. Dabei liegt es auf der Hand, daß dieses Umschlagen in den pathologischen Fall in vielen Fällen seinerseits durch die Komplexität der zwischen den Beteiligten bestehenden Rechtsbeziehungen begründet ist. Der Richter mag bei seiner Entscheidung ähnliche Schwierigkeiten zu bewältigen haben wie Parteien, die ihre Rechtsbeziehungen nicht mehr übersehen. Stabilisierend für das gesetzeskonforme Verhalten der Bürger ist dann letztlich auch allein schon die Möglichkeit, in komplexen Fällen eine richterliche Entscheidung zu bekommen, die sich als gesetzesgeleitet versteht. Sicher ist das Judiz des Richters immer subjektiv, aber es muß darum doch scharf von Willkür unterschieden werden. Man kann im allgemeinen unterstellen, daß der Richter versucht, durch seinen Spruch der Würde seines Amtes gerecht zu werden.

VI. Zivilrechtliche Systeme in wichtigen Teilbereichen

1. Vorbemerkung

In unserer Darstellung des Systems des Zivilrechts hatten wir die Sphäre der res nur global bezeichnet. Gesetzgeber und Rechtswissenschaft haben nun einen wesentlichen Teil

ihrer Arbeit darauf verwendet, diese Sphäre zu strukturieren, also im einzelnen Bestimmungen zu geben, z.B. wie ein Vertrag zustande kommt oder welchen Inhalt das Eigentum hat. Das Zivilrecht macht damit die Institute Vertrag und Eigentum zu Rechtsinstituten. Dem steht nicht entgegen, daß wir sie im Lichte des Prinzips der Privatautonomie als vom Zivilrecht - verstanden als Sanktionsordnung - vorausgesetzt betrachten haben. Sie sind vorausgesetzt auch nur unter den Bedingungen des Zivilrechts. Ein Anspruchssystem ist überhaupt nur denkbar, wenn die Sphäre der res in das Anspruchssystem eingearbeitet wird und diese Einarbeitung ist denkbar nur aufgrund einer Strukturierung dieser Sphäre durch das Zivilrecht selbst. Das gilt natürlich ebenso für das Unrecht bei Verletzung von vorausgesetzten Rechten und Pflichten. Es bedarf genauerer Beschreibung durch das Zivilrecht, um unterschiedliche Sanktionsfolgen begreifbar zu machen und zu rechtfertigen.

Wichtige Teilbereiche der damit angesprochenen Regelungsmassen des Zivilrechts werden nun wiederum vom Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt eigener grundlegender Prinzipien geregelt. Diese Prinzipien halten diese Teilbereiche zusammen und machen sie gewissermaßen unter dem Aspekt nur eines oder jedenfalls doch nur weniger Gedanken verständlich. Für diese Prinzipien wollen wir den Begriff des Systems eines Teilbereichs verwenden. Das Zivilrecht besteht also auf dieser Stufe der Konkretisierung aus einer Reihe von Systemen. Man könnte sie als die eigentlichen Allgemeinen Teile dieser Teilbereiche bezeichnen. Da es Systeme des Rechts sind, wäre es sogar vertretbar, die Lehre dieser Allgemeinen Teile der juristischen Methodenlehre zuzuordnen.⁶ Da wir den Begriff der Methodenlehre nicht allzu weit ausweiten wollen, sprechen wir aber lieber von einer methodisch geleiteten Lehre des Zivilrechts.

Die Prinzipien oder Systeme der Teilbereiche sind - anders als die Allgemeinen Teile des bürgerlichen Gesetzbuchs - häufig nicht im Gesetz niedergelegt oder lassen sich doch aus dem Gesetz nur mittelbar erschließen. Sie sind aber in einer Reihe von Fällen vom Gesetzgeber des Jahres 1900 vorausgesetzt worden und liegen dann auch der Vielzahl der Einzelregelungen, auf die der Gesetzgeber das Hauptaugenmerk gerichtet hat, zugrunde. Sie sind vor allem Gegenstand der Bearbeitung und Fortentwicklung durch die Zivilrechtswissenschaft. Die Bedeutung dieser Prinzipien, die sich gewissermaßen zwischen res und actio schieben und auf diese Weise das zunächst von mir dargestellte System des Zivilrechts selbst gewissermaßen unterfüttern, erfordert und rechtfertigt ihre Behandlung jedenfalls für einige wichtige Teilbereiche des Zivilrechts.

2. Das Rechtsgeschäft

Als erstem Thema nehmen wir uns des Rechtsgeschäfts an. Die Regelung der Rechtsgeschäfte erfolgt im dritten Abschnitt des Allgemeinen Teils des BGB in den §§ 104-185. Im Selbstverständnis des Gesetzgebers des Jahres 1900 macht diese Regelung wohl den Kern und Mittelpunkt des Allgemeinen Teils aus, da der erste Abschnitt über die Personen

⁶ Vgl. dazu Jan Schapp, Methodenlehre, Allgemeine Lehre des Rechts und Fall-Lösung, in: Rechtstheorie 32 (2001), 305-323.

und der zweite Abschnitt über die Sachen an Bedeutung mit dem dritten Abschnitt über Rechtsgeschäfte nicht konkurrieren konnten und im übrigen auch ohne engeren Zusammenhang mit den Rechtsgeschäften waren. Im Grunde wird damit dem Abschnitt über die Rechtsgeschäfte die Strahlkraft zugemutet und zugetraut, die im römischen Recht das zweipolige System von *res* und *actio* hatte. Wir haben bereits ausgeführt, daß der Gesetzgeber des BGB dann im zweiten und dritten Buch doch das System von Gaius zugrunde legt. So gesehen stellt das BGB im Grunde zwei große Systeme des Zivilrechts nebeneinander.

Die Lehre vom Rechtsgeschäft war der ganze Stolz der Zivilrechtswissenschaft bei Erlass des BGB. Natürlich spiegelt sich diese Einschätzung in der hervorragenden Stellung, die die Regelung des Rechtsgeschäfts im BGB gefunden hat. Als Stolz der deutschen Wissenschaft vom Zivilrecht wird man sie auch heute noch ansehen können.

Das Gesetz gibt keinen Begriff des Rechtsgeschäfts. Da es häufiger in der Regelung statt von Rechtsgeschäft von Willenserklärung spricht, kann die Willenserklärung als eine Art des Rechtsgeschäfts gelten. Die Rechtswissenschaft spricht insoweit von Rechtsgeschäft im engeren Sinne. Das Gesetz verwendet den Ausdruck Rechtsgeschäft aber auch für das Geschäft, in dem mehrere Willenserklärungen vorkommen, also z.B. für den Vertrag. Die Rechtswissenschaft spricht insoweit vom Rechtsgeschäft im weiteren Sinne. Das Rechtsgeschäft im engeren Sinne, also die Willenserklärung, wird also offenbar als Baustein des Rechtsgeschäfts im weiteren Sinne begriffen, und zwar auch dann, wenn das Rechtsgeschäft im weiteren Sinne nur aus einer Willenserklärung besteht, etwa beim Testament.

Damit ist schon der Geltungsbereich des dritten Abschnitts beschrieben. Rechtsgeschäfte, und zwar im weiteren Sinne, sind sowohl der schuldrechtliche wie der dingliche Vertrag, die Eheschließung, Testament und Erbvertrag, Anfechtung, Kündigung und Widerruf von Verträgen, der Rücktritt vom Vertrag.

In dem Abschnitt über Rechtsgeschäfte dürfte dem zweiten Titel über die Willenserklärung wiederum zentrale Bedeutung zukommen. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, eine Legaldefinition der Willenserklärung zu geben. In den Gesetzesmaterialien, den sogenannten Motiven, gibt er aber zu erkennen, was eine Willenserklärung ist. Dort heißt es wörtlich:⁷

"Rechtsgeschäft im Sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäfts wird darin gefunden, daß ein auf die Hervorbringung rechtlicher Wirkungen gerichteter Wille sich bethätigt, und daß der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht".

Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist locker in eine Lehre von der Handlung im Zivilrecht eingefügt, die aber doch größere Bedeutung nicht gewonnen hat. Danach werden erlaubte und unerlaubte Handlungen unterschieden. Das Rechtsgeschäft ist die wichtigste erlaubte

⁷ Motive I, 126.

Handlung. Zu den erlaubten Handlungen zu rechnen sind aber auch Realakte wie Besitzübergabe, Geschäftsbesorgung für einen anderen, Leistung von Arbeit und dergleichen. Den erlaubten Handlungen treten die Delikte als unerlaubte Handlungen gegenüber. Im Rahmen der erlaubten Handlungen ist die Unterscheidung von Rechtsgeschäft und Realakt allerdings doch von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Da die Besitzübergabe kein Rechtsgeschäft, sondern ein Realakt ist, kann auch ein Geisteskranker wirksam Besitz an einen anderen übergeben, soweit noch ein die Besitzübergabe tragender natürlicher Wille des Geisteskranken angenommen werden kann.

Als Begründer der heutigen Lehre vom Rechtsgeschäft gilt allgemein Ernst Zitelmann mit seiner 1879 erschienenen Schrift "Irrtum und Rechtsgeschäft". Den Grundgedanken von Zitelmann, der sicher auch einer der Grundgedanken wenn nicht der wesentliche Grundgedanke der Rechtsgeschäftslehre insgesamt ist, will ich Ihnen im folgenden kurz skizzieren. Zitelmann unterscheidet Motiv und Geschäftswillen. Die Willenserklärung bringt nur den Geschäftswillen, nicht die Motive zum Ausdruck, die der Willenserklärung zugrunde liegen. Unter Motiv versteht Zitelmann dabei die Vorstellung von jenseits des Geschäftswillens und damit der Willenserklärung liegenden Zwecken, die der Erklärende mit Hilfe seiner Willenserklärung gewissermaßen als eines Mittels zu diesen Zwecken zu erreichen versucht. Für den Vertragsschluß bedeutet das, daß jeder der beiden Vertragspartner seine eigenen Motive dadurch verfolgt, daß er mit dem anderen im Vertrag übereinstimmt. Um ein Beispiel zu geben: Der Kauf eines Apfels auf dem Markt dient dem Motiv des Käufers, diesen Apfel zu essen oder zu verschenken und dem Motiv des Verkäufers, den Erlös für den eigenen Lebensunterhalt zu verwenden.

Ein Mangel im Motiv, z.B. ein Motivirrtum, ließ nach Auffassung von Zitelmann die Wirksamkeit des Geschäftswillens und damit der Willenserklärung grundsätzlich unberührt. Nur in Ausnahmefällen sollte der Mangel im Motiv auch zur Annahme einer Nichtigkeit des Geschäftswillens führen. Große Sorgfalt verwandte Zitelmann dann auf die Prüfung der Frage, wann die römischen Quellen derartige Ausnahmen akzeptiert hatten. Natürlich kann ein Motiv auch zum Inhalt des Geschäftswillens gemacht werden, dann ist aber eine ausdrückliche Einziehung in die Willenserklärung erforderlich. Der Gesetzgeber des BGB ist im Grundsätzlichen Zitelmann gefolgt, wie sich schon aus der Definition der Willenserklärung in den Gesetzesmaterialien ergibt. In Anknüpfung an Zitelmann sind dann aber eine Reihe wichtiger Ausnahmefälle zugelassen worden. So ist nach § 119 Abs. 2 BGB eine Anfechtung des Geschäfts im Falle eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person oder Sache zulässig, der als Motivirrtum zu verstehen ist, ferner haben Motivirrtümer Konsequenzen im Gewährleistungsrecht bei Kauf, Miete und Werkvertrag, auch sind Motivirrtümer vielfach bedeutsam in den Fällen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, der seit 2002 in § 313 BGB eine gesetzliche Regelung gefunden hat.

Die Unterscheidung von Motiv und Geschäftswille, die ihre Bedeutsamkeit vor allem im Gebiet des schuldrechtlichen Vertrags entfaltet, hat aber nicht nur rechtliche, sondern auch eine enorme politische Bedeutung. Man kann darin den rechtlichen Ausdruck des für die Marktwirtschaft grundlegenden Prinzips sehen, daß im Markt jeder seine Geschäfte auf eigene Chance und eigenes Risiko abschließt. Das Mißlingen eines Geschäfts aufgrund falscher Vorstellungen über

außerhalb des Geschäftsinhaltes liegender Umstände kann nur in Ausnahmefällen dem Vertragspartner angelastet werden. Es liegt auf der Hand, daß die eigentliche Sorgfalt des Juristen dann in der genauen Bestimmung dieser Ausnahmefälle liegen muß.

Eines der großen Rätsel des Vertragsrechts, insbesondere des Rechts des vermögensrechtlichen Vertrages, liegt in dem Verhältnis von Freiheit und Bindung. Dieses Rätsel wird durch die Lehre von der Unterscheidung von Motiv und Geschäftswillen überzeugender gelöst als durch die Vertragslehre von Schmidt-Rimpler aus dem Jahre 1941, die dann allerdings die Diskussion in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts und bis heute maßgebend bestimmt hat. Wir werden im folgenden auf Schmidt-Rimpler noch eingehen.

Die Unterscheidung von Motiv und Geschäftswille wiederholt sich bis zu einem gewissen Grade in der Unterscheidung von Wille und Erklärung. Die auf § 157 BGB gestützte Lehre von der Auslegung der Willenserklärung wählt als Bezugspunkt der Auslegung nicht den Willen, sondern die Erklärung. Sie ist so auszulegen, wie ein vernünftiger Empfänger sie verstehen mußte. Die Erklärung als Repräsentant des Geschäfts tritt damit doch hinter den Willen zurück, mag dieser auch gemäß der Willentheorie als der eigentliche Grund für den Eintritt der Rechtsfolge ansehen werden. Die der Lehre von Motiv und Geschäftswillen zugrunde liegende Innen-Außen-Betrachtung setzt sich also gewissermaßen im Hinblick auf die beiden Bestandteile der Willenserklärung, nämlich im Hinblick auf das Verhältnis von Wille und Erklärung, fort. Allerdings sieht das Gesetz für gewisse Fälle, in denen etwas anderes erklärt als gewollt ist, die Anfechtung der Willenserklärung vor. Das stellt aber die hier aufgezeigten Grundlinien nicht in Frage.

3. Das Vertragsrecht

Unter einem Vertragsrecht stellt man sich in der Regel einen Zusammenhang von Vorschriften vor, der die wesentlichen Vorschriften zum vermögensrechtlichen Vertrag umfaßt. Das BGB kennt jedoch keine in sich geschlossene Kodifikation eines derartigen Vertragsrechtes. Teilbereiche des vermögensrechtlichen Vertrages sind an sehr unterschiedlichen Stellen geregelt. Sie werden dann in der Lehre auch an diesen unterschiedlichen Stellen behandelt, Vorlesungen zum Vertragsrecht als solchem sind selten.

Zwei Gründe scheinen mir für das Auseinanderreißen der Regelungsmassen vor allem bedeutsam gewesen zu sein. Der wichtigste Grund liegt wohl in der Technik des Gesetzgebers, die allgemeinen Vorschriften vor die Klammer zu ziehen und den besonderen Vorschriften vorangehen zu lassen. Dabei beachtet der Gesetzgeber noch wieder unterschiedliche Allgemeinheitsstufen. Ein weiterer Grund liegt dann aber auch in der mit großer Konsequenz betriebenen Aufspaltung des vermögensrechtlichen Vertrages in einen schuldrechtlichen Vertrag einerseits und in dingliche Verträge andererseits, die der Erfüllung des schuldrechtlichen Vertrages dienen.

Ich gebe im folgenden einen kurzen Überblick über die verschiedenen Stellen, an denen der Gesetzgeber Teile eines Vertragsrechtes regelt. Natürlich konnte der Gesetzgeber das Faktum nicht übergehen, daß die Verträge den wichtigsten Fall der Rechtsgeschäfte ausmachen. Entsprechend sind im zweiten Titel des dritten Abschnitts des Allgemeinen Teils allerdings wiederum unter dem Titel "Willenserklärung" die wichtigsten

Nichtigkeitsgründe für Verträge geregelt, wobei sich unser Interesse im folgenden insbesondere auf § 138 BGB richten wird. Der dritte Titel des Abschnitts Rechtsgeschäfte trägt dann direkt die Überschrift Vertrag. Der Vertrag liegt in der Allgemeinheitsstufe schon unter dem Rechtsgeschäft, allerdings noch über dem vermögensrechtlichen Vertrag. Ein Vertragsrecht in dem von uns ausgeführten Sinne liegt in diesem dritten Titel jedoch nicht. Es wird vor allem das Zustandekommen des Vertrages durch Antrag und Annahme geregelt.

Der Schwerpunkt der Regelung des Vertragsrechtes im BGB liegt dann in dem sogenannten Allgemeinen Teil des zweiten Buches, der dessen Abschnitte 1-7 umfaßt. Hier werden sehr unterschiedliche Aspekte eines Vertragsrechtes geregelt. Zunächst sticht die Vorschrift des § 242 BGB hervor: Danach ist der Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Regelung gilt für jedes Schuldverhältnis, hat aber naturgemäß besondere Bedeutung für den schuldrechtlichen Vertrag, wo sie die Grundlage für die Statuierung von vertraglichen Sorgfaltspflichten darstellt, die sich nicht auf die vertragliche Vereinbarung als solche zurückführen lassen. Das Leistungsstörungenrecht knüpft dann an den Gedanken der Verletzung eines schuldrechtlichen Anspruchs an, aber auch hier dürfte der schuldrechtliche Vertrag das wesentliche Anwendungsgebiet sein. Der dritte Abschnitt des zweiten Buches ist dann endlich überschrieben "Schuldverhältnisse aus Verträgen". Hier findet sich die Statuierung der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit in § 311 Abs. 1 und ein "Gegenseitiger Vertrag" überschriebener Titel, der allerdings nur den Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag im Falle der Leistungsstörung regelt. Die Regelung der einzelnen Vertragstypen findet sich dann erst unter der Überschrift "Einzelne Schuldverhältnisse" im Besonderen Teil des Schuldrechts im achten Abschnitt des zweiten Buches. Hier endlich nimmt der Gesetzgeber die unterschiedlichen Typen von Schuldverhältnissen im weiteren Sinne in den Blick. Neben die Regelung der unterschiedlichen Schuldvertragstypen tritt damit die Regelung des Schuldverhältnisses der ungerechtfertigten Bereicherung und des Delikts. Angesichts des Grundsatzes schuldrechtlicher Vertragsfreiheit wird im übrigen die Regelung der einzelnen Vertragstypen im achten Abschnitt des Schuldrechts nicht als erschöpfend betrachtet. Die Regelung sachenrechtlichen Verträge findet sich im dritten Buch des BGB "Sachenrecht", und zwar hier wieder entsprechen dem Allgemeinheitsgrad der Vorschrift an unterschiedlichen Stellen. Der enge Zusammenhang des sachenrechtlichen Vertrages mit dem schuldrechtlichen Vertrag wird dabei nirgends erwähnt, sondern immer als selbstverständlich vorausgesetzt.

Wir wollen im folgenden unser Augenmerk auf eine Frage des damit skizzierten deutschen Vertragsrechtes richten, und zwar auf die Frage nach dem Ausmaß der gesetzlichen und damit auch der richterlichen Inhaltskontrolle eines abgeschlossenen schuldrechtlichen Vertrages. Diese Inhaltskontrolle wird nicht ausschließlich, aber doch im wesentlichen dadurch gewährleistet, daß der abgeschlossene Vertrag ganz oder teilweise als nichtig angesehen wird. Die Bedeutung dieser Thematik liegt auf der Hand, sie ist dann seit mehr als einem halben Jahrhundert Gegenstand tiefgreifender Kontroversen in Deutschland gewesen.⁸

⁸ Vgl. zur Problematik vor allem Jan Schapp, Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre, Tübingen, 1986; ders., Grundrechte als

Idealtypisch lassen sich zwei Standpunkte einander entgegensetzen. Der eine Standpunkt begründet die Inhaltskontrolle für alle schuldrechtlichen Verträge hauptsächlich auf § 138 Abs. 1 BGB. Die Bestimmung lautet:

"Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."

Die Prüfung der Nichtigkeit erfolgt also aufgrund des sehr engen Maßstabes eines "Verstoßes gegen die guten Sitten". Eine demgegenüber weitergehende Inhaltskontrolle wird nur zugelassen, wenn der Gesetzgeber sie ausdrücklich erlaubt hat. Das ist nach dieser Auffassung in § 307 Abs. 1 BGB und in einer Reihe besonders spezifizierter Verbraucherverträge geschehen, von denen die überwiegende Zahl unter dem Titel "Besondere Vertriebsformen" in den §§ 312-312 f geregelt sind. Wegen der besonderen Bedeutung des § 307 Abs. 1 BGB darf ich hier dessen Inhalt mitteilen:

"Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen."

Dem tritt eine andere Meinung gegenüber, die die besondere Inhaltskontrolle für die AGB-Verträge und für die besonderen Vertriebsformen des Verbrauchervertrages als Ausdruck eines allgemeinen Kontrollmaßstabes sieht, der für alle schuldrechtlichen Verträge, zumindest aber zusätzlich für die schuldrechtliche Verträge gelten muß, die in einer den gesetzlichen Fällen vergleichbaren Situation abgeschlossen werden. In den Blick genommen wird dabei vor allem der Verbrauchervertrag als solcher, also ohne die vom Gesetz verfügte Einschränkung, daß er in Gestalt besonderer Vertriebsformen vorgenommen sein muß. Diese zweite Meinung tendiert dazu, neben den allgemeinen Kontrollmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB einen zweiten Kontrollmaßstab zu stellen, der dem § 242 BGB entnommen oder wohl zutreffender aus ihm entwickelt wird. Danach wären schuldrechtliche Verträge oder zumindest Teile von schuldrechtlichen Verträgen nichtig, wenn die eine Seite die andere entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Der Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB für die AGB-Fälle, der in der Tat aus § 242 BGB entwickelt worden ist, wird also verallgemeinert, wobei allerdings die Vorstellung über die Grenzen der Anwendbarkeit einer derartigen Generalklausel wenig abgeklärt sind. Dieser zweiten Meinung scheint das Bundesverfassungsgericht in seiner berühmten Entscheidung zur Bürgschaft näher Angehöriger aus dem Jahre 1993⁹ zuzuneigen, während der Bundesgerichtshof der ersten Meinung folgt, und zwar pikanterweise gerade in dem Urteil, mit dem er dann den Spruch des Bundesverfassungsgerichts im Falle der Bürgschaft näher Angehöriger umsetzt.

Beide Seiten argumentieren vor dem Hintergrund eines Modells des schuldrechtlichen Vertrages, das auf die berühmte Abhandlung "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechtes" von Schmidt-Rimpler in AcP 140, S. 130 ff. im Jahre 1941 zurückgeht.¹⁰

Wertordnung, JZ 1998, 913 ff.; ders., Privatautonomie und Verfassungsrecht, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (ZBB), 1999, 30 ff.; ders., Die Konkretisierung von Generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften näher Angehöriger, in: Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag, München 2000, 973 ff.

⁹ BVerfGE 89, 214 ff.

¹⁰ BGHNJW 1994, 1341.

Schmidt-Rimpler hatte angenommen, daß man den schuldrechtlichen Vertrag als gegenseitige Begrenzung eines an sich ungezügelter Freiheitsstrebens beider Seiten hin zu einer gerechten Ordnung verstehen könne. Vertragsfreiheit und Vertragsgerechtigkeit schienen damit einerseits voneinander unterschieden, andererseits aber doch in eine enge Beziehung gesetzt zu sein. Der grundlegende Charakter dieses Entwurfes führte dazu, daß das Modell bald als der wesentliche Kern des deutschen Vertragsrechtes verstanden wurde. Seine Strahlkraft dürfte bis heute ungebrochen sein.

Das Modell führte aber bald zu weiteren Fragen. War nicht ein Machtgleichgewicht der Vertragspartner in wirtschaftlicher und in intellektueller Hinsicht die Voraussetzung dafür, daß die Vertragsfreiheit des einen durch die Vertragsfreiheit des anderen im Sinne einer gerechten Ordnung begrenzt werden konnte? Dann lag es nahe, anzunehmen, daß die Gerechtigkeit und damit auch Gültigkeit schuldrechtlicher Verträge von der vorherigen Feststellung eines derartigen Machtgleichgewichts abhängig sein mußte. Schmidt-Rimpler selbst hat nach dem Zweiten Weltkrieg zu dieser Problematik Stellung genommen.¹¹ Er nimmt Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrages aufgrund mangelnden Machtgleichgewichts nur in den vom Gesetz geregelten Fällen an, also vor allem in den Fällen des Irrtums, der arglistigen Täuschung und des Verstoßes gegen die guten Sitten, fordert also für die Nichtigkeit die Annahme einer groben offenliegenden Unrichtigkeit. Von hier aus schließen sich die später gesetzlich geregelten Fälle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Verbraucherverträge mit besonderen Vertriebsformen den im Allgemeinen Teil des BGB geregelten Fällen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften gewissermaßen nur an. Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Bürgschaftsentscheidung wohl weiter, wenn es formuliert, daß schon eine strukturell ungleiche Verhandlungsstärke Konsequenzen haben müsse, wenn einer der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belastet wurde. In dem Urteil findet sich dann aber auch die Formulierung, daß die Vertragsfreiheit nur im Falle eines annähernd ausgewogenen Interessenausgleichs der Partner als Mittel eines angemessenen Interessenausgleichs taugt,¹² die einen Ansatzpunkt für sehr viel weitergehende Konsequenzen darzustellen scheint. Interessant ist noch der Hinweis von Werner Flume, daß das Machtgleichgewicht der Vertragsparteien schon durch einen funktionierenden Markt gewährleistet sei.¹³ Erforderlich ist danach also ein wirksames Kartellrecht, die Feststellung der Gleichheit wirtschaftlicher und intellektueller Macht der Vertragspartner im Einzelfall als Grundlage für die Annahme eines gültigen Vertrages erübrigt sich damit.

Wenn man die Kontroverse aus der Perspektive des BGB beurteilen will, so dürfte der Auslegung des § 242 BGB erhöhte Bedeutung zukommen. Daraus, daß nur der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, wird allgemein geschlossen, daß die Bestimmung nur in einem bestehenden Schuldverhältnis Geltung hat, in dem es also einen Schuldner schon gibt. Sie

¹¹ Walter Schmidt-Rimpler, Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Nipperdey, München und Berlin 1955, 1 ff.; ders., Zum Vertragsproblem, in: Festschrift für Ludwig Raiser, Tübingen 1974, 3 ff.

¹² BVerfGE 89, 214 (233).

¹³ Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, Karlsruhe 1960, 135 ff. (143, 144).

normiert allerdings hier nicht nur die Art und Weise der Erfüllung von Leistungspflichten, sondern ermöglicht darüber hinaus auch die Annahme von Sorgfaltspflichten in Schuldverhältnissen. Diesen entspricht anders als den Leistungspflichten kein Anspruch, sie können aber im Falle der Verletzung zu Schadensersatzpflichten führen. Demgegenüber verhindern die Nichtigkeitsgründe des Allgemeinen Teils für Rechtsgeschäfte und damit auch für schuldrechtliche Verträge von vornherein die Entstehung eines Schuldverhältnisses. Es liegt auf der Hand, daß die Entstehung eines vertraglichen Schuldverhältnisses einerseits und die Erfüllung der sich aus ihm ergebenden Pflichten andererseits nach unterschiedlichen Maßstäben beurteilt werden müssen. Für die Beurteilung der Entstehung liegt ein weniger scharfer Maßstab nahe als für die Erfüllung von Pflichten in einem schon bestehenden Schuldverhältnis.

Nun hat sich allerdings diese trennscharfe Unterscheidung, die wohl der gesetzgeberischen Intention im Jahre 1900 zugrunde gelegen hat, praktisch doch nicht durchführen lassen. Die Entwicklung in der Rechtswissenschaft tendiert seit fast hundert Jahren zu einer ausweitenden Auslegung des § 242 BGB. Das beinhaltet dann schließlich auch eine Tendenz zu einer Annäherung von § 138 und § 242 BGB. Schon früh wurde die Bestimmung des § 242 BGB gewissermaßen doch über ihren Wortlaut hinaus schon für die Begründung eines Schuldverhältnisses herangezogen, und zwar für die Begründung des Schuldverhältnisses der Vertragsverhandlungen, also im Rahmen der Lehre der culpa in contrahendo. Dann gab sie - wenn auch in negativer Formulierung - einen Kontrollmaßstab für die Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Diese wurden von der Rechtsprechung dann als ungültig angesehen, wenn der Verwender die andere Seite entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligte. Diese von der Rechtsprechung entwickelte Generalklausel wurde dann in das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 9.12.1976 aufgenommen, das 2002 ins BGB inkorporiert wurde. Die Generalklausel findet sich heute in § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Darüber hinaus kam es zu einer analogen Anwendung des § 242 BGB weit über die Grenzen des Schuldrechts hinaus, so im Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, ja sogar im öffentlichen Recht. Diese analoge Anwendung ließ schließlich § 242 BGB in gewisser Weise als ein Grundprinzip des ganzen Rechts erscheinen.

Die Ableitung eines das ganze Gebiet des Rechtes umfassenden Rechtsprinzips aus § 242 BGB im Zuge analoger Rechtsbildung scheint mir nun allerdings die notwendige Prägnanz der Anwendung dieser Bestimmung im Schuldrecht doch nicht zweifelhaft zu machen. Zum Schutz der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit scheint es mir hier weiterhin empfehlenswert, § 138 BGB und § 242 BGB in den Bedeutungen zu verstehen, die ihr systematischer Ort vorgibt. Dabei ist auch zu bedenken, daß durchaus Argumente gibt, die die beiden Fälle ausweitender Auslegung der Bestimmung dann mit dem ursprünglichen System des § 242 BGB als verträglich erscheinen lassen. Wenn § 242 BGB in der Lage ist, in einem bestehenden Schuldverhältnis Sorgfaltspflichten entstehen zu lassen, so lag es nahe, auch die Entstehung eines Schuldverhältnisses, die nur zu Sorgfaltspflichten und nicht zu Leistungspflichten führt, auf diese Bestimmung zurückzuführen. Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen läßt sich als Kontrolle eines bestehenden Schuldverhältnisses im Hinblick auf die vertragliche Änderung dispositivrechtlicher

Vorschriften verstehen. Sie hat damit im Zweifel nicht die Nichtigkeit des gesamten Schuldverhältnisses zur Folge, sondern nur die Nichtigkeit der vereinbarten AGB als Teil dieses Schuldverhältnisses. Insoweit handelt es sich durchaus um die Bestimmung dessen, was in einem bestehenden Schuldverhältnis nach Treu und Glauben gilt, gar nicht um die Frage, ob ein Schuldverhältnis insgesamt nichtig ist. Genaugenommen wurde auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann auch nicht der Maßstab des § 242 BGB angewandt, sondern ein aufgrund seiner negativen Formulierung verschärfter Maßstab. Insoweit ließ sich auch allenfalls von einer analogen Anwendung des § 242 BGB sprechen. Es sprechen also gute Gründe dafür, bei der Beurteilung der vorliegenden Frage nicht von vornherein § 242 und § 138 BGB in eins fließen zu lassen, sondern zunächst einmal von den vom Gesetzgeber gemachten grundlegenden Unterscheidungen auszugehen.

Von diesem Ausgangspunkt aus erscheinen die nach Vorarbeit der Rechtsprechung vom Gesetzgeber des Zivilrechts selbst verfügte Fälle einer Ausweitung der Inhaltskontrolle im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der besonderen Vertriebsformen des Verbrauchervertrages als Ausnahmetatbestände, mit denen einem besonderen strukturellen Ungleichgewicht der Vertragspartner Rechnung getragen wird. Es erscheint also möglich, auch für diese Ausnahmefälle ein Prinzip zu formulieren, das allerdings dem allgemeinen Prinzip nachrangig sein muß, daß bei schuldrechtlichen Verträgen eine Inhaltskontrolle in der Regel nur nach § 138 BGB erfolgt. Damit stellt sich dann die Frage einer rechtsanalogen Anwendung dieses Ausnahmeprinzips auf weitere Fälle strukturellen Ungleichgewichts, die durch den Kreis der vom Gesetzgeber geregelten Vertragsfälle noch nicht erfaßt sind. Nach der allgemeinen methodologischen Vorgabe für die analoge Rechtsbildung wird man hier neue Vertragsfälle dem Kreis einer verschärfter Inhaltskontrolle unterliegenden Verträge nur dann zuordnen können, wenn dem strukturellen Ungleichgewicht dasselbe Gewicht zukommt wie in den gesetzlich geregelten Fällen. Diese Voraussetzung ist mit dem Begriff der Besonderheit des Ungleichgewichts gekennzeichnet.

4. Das Leistungsstörungenrecht

Das Leistungsstörungenrecht regelt die Störung von Pflichten im Schuldverhältnis gleich welcher Art. Damit wird auch hier ein Schuldverhältnis vorausgesetzt. Vom Leistungsstörungenrecht ist das Deliktsrecht zu unterscheiden, bei dem das Delikt ein zum Schadensersatz verpflichtendes Schuldverhältnis erst begründet. Das führt dazu, daß für die Verletzung von Pflichten in einem Schuldverhältnis schärfer gehaftet wird als nach Deliktsrecht. Die Verschärfung der Haftung drückt sich vor allem durch die Verschuldensvermutung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB aus. Die rigorose Abgrenzung gelingt vor allem dadurch, daß in dem Haupttatbestand des Deliktsrechts § 823 Abs. 1 BGB unter dem sonstigen Recht nicht der schuldrechtliche Anspruch verstanden wird, und damit die schuldhaftige Verletzung von Ansprüchen, die den Hauptfall des Leistungsstörungenrechts darstellt, nicht als ein Fall des Deliktes begriffen wird. Entsprechend wird das Delikt im achten Abschnitt des Schuldrechts geregelt, der die Begründung der einzelnen Schuldverhältnisse zum Gegenstand hat, während das Leistungsstörungenrecht im wesentlichen im ersten Abschnitt des Schuldrechts seine Regelung findet, der sich mit dem Inhalt bestehender Schuldverhältnisse befaßt.

Abgesehen von dieser Abgrenzung ist der Begriff der Leistungsstörung, den das Gesetz allerdings selbst nicht verwendet, außerordentlich weit und damit im Grunde für die Zwecke einer prägnanten Dogmatik des Gebietes überfordert. Der Begriff der Störung einer Leistung umfaßt sowohl die zufällige wie auch die durch eine Handlung des Schuldners herbeigeführte, von ihm allerdings nicht verschuldete Nichterfüllung einer Leistungspflicht wie auch die verschuldeten Pflichtverletzungen. Damit werden zwei außerordentlich heterogene Fallgestaltungen in einen systematischen Zusammenhang hineingezwungen. In jedem Fall der Unmöglichkeit der Leistung wird der Schuldner von der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB frei. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit allerdings schuldhaft herbeigeführt, verbleibt es bei dem Freiwerden von der Leistungspflicht, der Schuldner haftet nun aber auf Schadensersatz. Die als solche erlöschende Leistungspflicht wandelt sich gewissermaßen im Moment ihres Erlöschens in eine Schadensersatzpflicht um. Die durch eine Handlung des Schuldners herbeigeführte Leistungsstörung stellt also nur einen besonders qualifizierten Fall der Leistungsstörung dar. Dieser Fall wird auch als Pflichtverletzung bezeichnet.

Der Begriff der Pflichtverletzung bestimmt nun den Tatbestand der Haftungsvorschrift des § 280 Abs. 1 BGB, die als zweite Generalklausel des Leistungsstörungenrechtes neben den schon erwähnten § 275 BGB tritt. Die Vorschrift lautet:

"Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat."

Diese Vorschrift faßt wiederum außerordentlich unterschiedliche Fälle zusammen. Sie gilt für die Verletzung von Leistungspflichten durch den Schuldner ebenso wie für die Verletzung von Sorgfaltspflichten durch den Schuldner. Der Gesetzgeber spricht von Pflichtverletzung statt von Anspruchsverletzung, um auch die Verletzung von Sorgfaltspflichten mitzuerfassen, da diesen keine Ansprüche entsprechen, aus ihrer Verletzung aber sehr wohl Ansprüche entstehen können. Man nimmt also in Kauf, daß auch der durchaus im Vordergrund stehende Fall der Anspruchsverletzung durch den Schuldner unter dem umfassenderen, aber doch weniger anschaulichen Begriff der Pflichtverletzung erfaßt ist.

Dann ist es gleichgültig, aus welchem Schuldverhältnis im weiteren Sinne die verletzte Pflicht folgt. Die Schadensersatznorm gilt für die Verletzung von Pflichten aus vertraglichen Schuldverhältnissen ebenso wie für die Verletzung von Pflichten aus den Schuldverhältnissen der ungerechtfertigten Bereicherung oder des Delikts. Das bedeutet z.B., daß im Rahmen eines schon entstandenen deliktischen Schuldverhältnisses wiederum nach Leistungsstörungenrecht gehaftet wird.

Das Sachmängelgewährleistungsrecht beim Stückkauf war bis 2002 nicht in das Leistungsstörungenrecht integriert. Man ging davon aus, daß der Verkäufer mit der Lieferung einer mangelhaften Sache nicht seine Leistungspflicht verletzt, weil er nur die durch das "Hier und Jetzt" bestimmte Sache schulde, aber nicht eine Sache mit bestimmten Eigenschaften. Dem stand nicht entgegen, daß für diesen Fall natürlich ein Wandlung genanntes Rücktrittsrecht gewährt wurde. Nach der Reform des Jahres 2002 wird nunmehr auch das Sachmängelgewährleistungsrecht beim Stückkauf als Fall der Leistungsstörung begriffen.

Der Verkäufer schuldet also auch beim Stückkauf die Lieferung einer mangelfreien Sache. Praktisch bedeutet das, daß der Stückkauf den Verkäufer nicht nur zur Lieferung einer bestimmten Sache, sondern - ähnlich wie die Gattungsschuld - zur Beschaffung einer mangelfreien Sache verpflichtet, wenn denn statt des mangelhaften Stückes ein ihm gleichkommendes mangelfreies Stück zu beschaffen ist.

Nicht von der Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB erfaßt ist allerdings ein wichtiger Fall aus dem Recht des Schuldvertrages. Die bei Abschluß des Schuldvertrages schon bestehende Unmöglichkeit der Leistung konnte nicht als Pflichtverletzung des Schuldners im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB begriffen werden und daher nach dieser Bestimmung auch nicht zu einer Schadensersatzpflicht führen. Sie ist jetzt in § 311a II BGB geregelt. Danach haftet der Schuldner in diesem Fall auf Schadensersatz statt der Leistung, sofern er das Leistungshindernis bei Vertragsschluß kannte oder schuldhaft nicht kannte. In § 311a Abs. 1 BGB wird klargestellt, daß in diesem Fall das Erlöschen der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zum Erlöschen des gesamten vertraglichen Schuldverhältnisses führt, da sonst keine Grundlage für einen derartigen Schadensersatzanspruch gegeben wäre.

Die Bestimmung des § 280 Abs. 1 BGB gewährt dann auch nur einen Schadensersatzanspruch und kein Recht zum Rücktritt vom Verträge. Dieses ist - allerdings nur für den gegenseitigen Vertrag - separat im zweiten Titel des dritten Abschnitts des Schuldrechts in den §§ 320-326 BGB geregelt. Danach hat der Gläubiger im Falle der Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners und im Falle seiner Pflichtverletzung ein Recht vom Rücktritt vom gegenseitigen Vertrag. Dieses Recht ist von einem Verschulden des Schuldners an der Pflichtverletzung unabhängig. Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch können seit der Reform des Jahres 2002 miteinander konkurrieren und schließen sich nicht mehr gegenseitig aus.

Damit sind wir bei der näheren Ausgestaltung der Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB durch die nachfolgenden Vorschriften der §§ 280 Abs. 2 bis insbesondere 288 BGB. Das Leistungsstörungenrecht orientierte sich vor seiner Reform im Jahre 2002 an bestimmten anschaulichen Falltypen der Leistungsstörung, wobei allerdings die sogenannte positive Vertragsverletzung und die culpa in contrahendo im Gesetz keine Regelung gefunden hatten, sondern schon bald nach Inkrafttreten des BGB durch die Rechtsprechung entwickelt wurden. Sie galten seither aufgrund einer Rechtsanalogie oder beanspruchten dann Geltung allein schon aufgrund Gewohnheitsrechts. Der Reformgesetzgeber hat diesen Zustand als unbefriedigend empfunden und an seine Stelle für den Schadensersatzanspruch die Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB gesetzt. Es stellte sich dann aber heraus, daß mit dieser Generalklausel allein doch nicht auszukommen war. In einzelnen Fällen mußte der Schadensersatzanspruch von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht werden, wie etwa einer Nachfristsetzung oder einer Mahnung. Dann erwiesen sich auch Unterscheidungen als erforderlich, in welchem Umfange in einzelnen Fällen Schadensersatz gewährt werden sollte. So war etwa zwischen einfachem Schadensersatz und Schadensersatz statt der Leistung zu unterscheiden. Das führte zu einer Konkretisierung der Generalklausel in den §§ 280 Abs. 2 bis 288 BGB, die sich im wesentlichen wieder an den Falltypen der Leistungsstörung gemäß dem Rechtszustand vor der Reform orientiert. Es ist daher auch heute noch jedenfalls

im Rahmen der Lehre zweckmäßig, weiterhin zwischen den verschiedenen Typen der Pflichtverletzung zu unterscheiden. Es sind der Verzug des Schuldners mit der Erfüllung der Leistungspflicht, die Schlechterfüllung durch den Schuldner, die Verletzung einer Sorgfaltspflicht durch den Schuldner und die nach Entstehung des Schuldverhältnisses vom Schuldner herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung.

Neben das damit beschriebene Leistungsstörungenrecht treten vereinzelt Regelungen des Gesetzes, die man als spezielles Leistungsstörungenrecht im Hinblick auf bestimmte Ansprüche auffassen kann. Zu nennen sind etwa das sogenannte Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, das eine Ergänzungsregelung zu dem Vindikationsanspruch des § 985 BGB darstellt, ferner § 818 BGB im Bereicherungsrecht, der im Falle von Leistungsstörungen den genauen Umfang des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung bestimmt, ferner einige Vorschriften des Schadensersatzrechtes der §§ 249 ff. BGB, die die Umwandlung des grundsätzlich gegebenen Anspruchs auf Schadensersatz durch Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands in Natur betreffen. Auf diese speziellen Regelungen, die sich häufig mit dem Begriff der Leistungsstörung auch nur noch unter Vorbehalt bezeichnen lassen, soll hier nur unter dem Gesichtspunkt einer gewissen Vollständigkeit hingewiesen werden.

Welchen Fortschritt hat die Reform des Leistungsstörungenrechts im Jahre 2002 gebracht, deren äußerer Anlaß übrigens die von einer EU-Richtlinie geforderte Einarbeitung einer marginalen Vorschrift ins Sachmängelgewährleistungsrecht beim Kauf gewesen ist? Der Gesetzgeber hat vor allem die Unübersichtlichkeit des damals geltenden Rechtes beklagt, ferner die Unvollständigkeit, da positive Vertragsverletzung und culpa in contrahendo keinen Platz im Gesetz gefunden hatten. Die neue Regelung ist nun in der Tat - nach heutiger Kenntnis - vollständig, führt aber doch zu einer neuen Art von Unübersichtlichkeit. Die große Zweigliederung des Leistungsstörungenrechtes unter dem Gesichtspunkt des Freiwerdens von der Leistungspflicht und der Gewährung von Schadensersatzansprüchen ist geblieben. Ich hatte während der Gesetzgebungsarbeiten schon frühzeitig nachdrücklich in diesem Sinne plädiert und vor den Gefahren einer Aufgabe dieser Zweiteilung gewarnt.¹⁴ Der Gesetzgeber hat die Notwendigkeit dieser Aufgliederung des Leistungsstörungenrechtes mit der Aufrechterhaltung des § 275 BGB dann schließlich auch anerkannt. Die Generalklausel des § 280 Abs. 1 BGB für den Schadensersatzanspruch stellt einen Fortschritt dar, der dann allerdings durch die nachgeschobenen Einzelregelungen doch wieder etwas relativiert wird. Nicht ganz verständlich ist, warum der Reformgesetzgeber die Einzelregelungen so abstrakt gefaßt und nicht an den einzelnen Typen der Pflichtverletzung orientiert hat, mit denen das Recht vor 2002 erfolgreich gearbeitet hat. Darstellen lassen sich diese Einzelregelungen heute auch nur unter Heranziehung dieser Typen, die also zumindest in der Rechtswissenschaft weiter tradiert werden. Es entspricht dann dem modernen Rechtsempfinden, anzunehmen, daß der Verkäufer beim Stückkauf auch die Lieferung einer mangelfreien Sache schuldet. Daraus jedoch die Konsequenz einer entsprechenden Beschaffungspflicht des Verkäufers zu ziehen, könnte etwas zu weit gehen. Die Regelung des § 311a Abs. 2 BGB für den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit bei Vertragsschluß bot sich ebenso an wie die Gewährung von

¹⁴Jan Schapp, Probleme der Reform des Leistungsstörungenrechts, JZ 1993, 637 ff.

Rücktrittsrechten beim gegenseitigen Vertrag ohne Rücksicht auf das Verschulden des Schuldners an der Leistungsstörung. In beiden Fällen handelt es sich allerdings nur um Klarstellungen des auch vor der Reform geltenden Rechtes. Neu und zu begrüßen ist die Feststellung in § 325 BGB, daß Rücktritt und Schadensersatz einander beim gegenseitigen Vertrag nicht ausschließen.

Die systematische Einheit des Leistungsstörungenrechtes hat der Reformgesetzgeber wahren können, weil er weiterhin die Frage nach den Schicksalen des einmal entstandenen schuldrechtlichen Anspruchs in den Mittelpunkt seiner Regelung stellt. Er knüpft damit an den schuldrechtlichen Anspruch als die Grundfigur des zweiten Buches des BGB an, wie er in § 241 Abs. 1 BGB als der Eingangsvorschrift dieses zweiten Buches beschrieben wird. Von hier aus baut sich dann in einzelnen Schritten die Lösung des Gesetzgebers auf, bei der jedem Teilkomplex seine Stellung zugewiesen wird. Wann wird der Schuldner von der Leistungspflicht frei? Wann kann der Gläubiger wegen einer Pflichtverletzung Schadensersatz verlangen? Unter welchen Voraussetzungen gibt es einen Schadensersatzanspruch auch im Falle anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung beim Vertragsschluß? Welche Pflichten treffen den Verkäufer beim Stückkauf bei Lieferung einer mangelhaften Sache und welche Rechtsfolgen gelten für den Fall der Verletzung dieser Pflichten? Schließlich in welchen Fällen ist beim gegenseitigen Vertrag ein Rücktrittsrecht zu gewähren und kann dieses - im Falle schuldhafter Pflichtverletzung des Schuldners - mit weitergehenden Ansprüchen auf Schadensersatz konkurrieren?

Die Technizität des heutigen Leistungsstörungenrechtes kann nur als beachtlich bezeichnet werden. Daß die Übersichtlichkeit und Anschaulichkeit der Regelungen darunter gelitten hatte, ist nicht zuletzt der Komplexität des gesamten Stoffes geschuldet. Im übrigen stellt die Regelung eine Fortentwicklung wesentlicher Traditionen des alten Rechtszustandes dar, die der Kenner durchaus an vielen Stellen der Neuregelung wiedererkennen kann. So hatte ich schon 1991 in meiner "Einführung in das bürgerliche Recht" die Darstellung des Rechts der Leistungsstörungen von der Anspruchsverletzung auf die Pflichtverletzung umgestellt. Im ganzen gesehen hat der Reformgesetzgeber doch einen wesentlichen Beitrag dazu geleistet, im Leistungsstörungenrecht das Bedürfnis nach Systematisierung mit dem Bedürfnis nach Gerechtigkeit in Einklang zu bringen.

5. Zum Verhältnis von Schuldrecht und Sachenrecht

In einer dem System des deutschen bürgerlichen Rechts gewidmeten Vorlesung darf eine Darstellung des sogenannten Abstraktionsprinzips nicht fehlen, wonach in jedem Vertragsgeschehen schuldrechtlicher Vertrag und dinglicher Vertrag scharf voneinander zu unterscheiden sind. Der schuldrechtliche Vertrag begründet nur Ansprüche, die ihrerseits noch die Erfüllung durch dingliche Verträge oder Realakte erfordern. Der schuldrechtliche Vertrag wird daher auch Verpflichtungsgeschäft oder Grundgeschäft genannt. Die dinglichen Verträge sind nur Erfüllungsgeschäfte. Genaugenommen wird die notwendige Trennung dieser Verträge durch das sogenannte Trennungsprinzip formuliert, die Notwendigkeit, jeden der unterschiedlichen Verträge je für sich auf sein Zustandekommen und seine Wirksamkeit hin zu beurteilen, wird durch das Abstraktionsprinzip formuliert.

Diese kurze Skizze von Trennungs- und Abstraktionsprinzip vermittelt allerdings doch nur einen schwachen Eindruck von der Bedeutung dieser Prinzipien. Diese erschließt sich ganz wohl erst vor dem Hintergrund der unterschiedlichen Systeme des Schuldrechts einerseits und des Sachenrechts andererseits. Erst eine kurze Darstellung dieser Systeme läßt deutlich werden, inwiefern sie einerseits gewissermaßen in sich geschlossene Kreise ausmachen, andererseits aber auch in einem Verhältnis notwendiger Ergänzung stehen.

In einer alten historischen Schicht war das Zivilrecht seinem Schwerpunkt nach Sachenrecht, das ein Recht der bäuerlichen Gesellschaft darstellte. Daneben schob sich später das Schuldrecht, das sich in Kaufmannsverhältnissen entwickelte. Entsprechend diesem Alter der Rechte wurde das Sachenrecht noch bis weit in die Neuzeit hinein vor dem Schuldrecht geregelt und zur Darstellung gebracht. Die jetzt geltende umgekehrte Reihenfolge dürfte letztlich auch auf die Aufklärung zurückgehen, die sich als Recht der Bürgergesellschaft verstand. Die Notwendigkeit der Ergänzung beider Rechtsbereiche steht allerdings schon Gaius mit seinem zweigeteilten Begriff sowohl der *res* als auch der *actio* vor Augen. Das Abstraktionsprinzip kann man in seinem wesentlichen Ansatz schon in wichtigen Stellen des römischen Rechts formuliert sehen. "Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur."¹⁵ Dieser berühmte Satz des Paulus formuliert das Trennungsprinzip und das Traditionsprinzip natürlich noch nicht in der Prägnanz, in der sie heute im deutschen bürgerlichen Recht gehandhabt wird. Übrigens setzt das BGB die Prinzipien in fast allen seinen Regelungen des zweiten und dritten Buches voraus, ohne sie auch nur einmal zu formulieren. So ist z.B. das Recht der Grundschild der §§ 1191-1198 BGB überhaupt nur praktikabel, wenn man das der Grundschild zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft, entweder eine Sicherungsabrede oder einen sonstigen Verpflichtungsvertrag, mit hinzunimmt. In der gesetzlichen Regelung wird das für selbstverständlich erachtet und gar nicht erwähnt, es ist dort nur von der Grundschild selbst die Rede.

Wir sind damit auf die beiden Systeme des Schuldrechts und des Sachenrechts verwiesen. Da unsere Ausführungen sich schon mit dem System des Schuldrechts befaßt haben, wenden wir uns jetzt der Darstellung des Systems des Sachenrechts zu.¹⁶

Mit dem Wort "Sache" im Begriff des Sachenrechts ist keineswegs, wie man meinen könnte, die Sache im Sinne des § 90 BGB gemeint, also der körperliche Gegenstand, sondern vielmehr das Eigentum an Sachen. Es handelt sich also durchaus um die Sache Eigentum im Sinne des *res*-Begriffs von Gaius. Entsprechend deuten wir in der Überschrift des zweiten Buchs des BGB "Recht der Schuldverhältnisse" den Begriff des Schuldverhältnisses im Sinne der Obligation als unkörperlicher *res* bei Gaius. Die beiden entscheidenden Bücher des bürgerlichrechtlichen Vermögensrechtes machen also mit ihren Überschriften deutlich, daß wir uns auf der *res*-Ebene befinden oder daß beide Bücher von hier aus gedanklich ihren Ausgangspunkt nehmen.

¹⁵ L. 31 pr. D. de A. R. D. (41, 1).

¹⁶ Vgl. dazu auch mein Lehrbuch „Sachenrecht“, das demnächst in portugiesischer Übersetzung in Porto Alegre erscheint.

Das Sachenrecht ist nun selbst wieder in einen allgemeinen und in einen besonderen Teil gegliedert, ohne daß der Gesetzgeber diese Teile allerdings als solche kenntlich gemacht hätte. Vor die Klammer gezogen sind die beiden ersten Abschnitte über den Besitz und über allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. Das Thema Besitz ist für das Sachenrecht von allgemeinerer Bedeutung, weil alle sachenrechtlichen Rechtsverhältnisse im Grunde von Besitz durchzogen sind. Eine etwas geringere Allgemeinheitsstufe weist dann der zweite Abschnitt mit den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken auf. Hier wird insbesondere der Begriff der Verfügung über Grundstücke und Grundstücksrechte entfaltet, auf den im folgenden immer wieder zurückgegriffen wird. Als besonderen Teil des Sachenrechts kann man die Abschnitte 3-8 ansehen. In ihm wird das Eigentum im dritten Abschnitt und dann in den folgenden Abschnitten die aus ihm abgeleiteten beschränkten dinglichen Rechte geregelt. Ein gewisser Gliederungsgesichtspunkt ist dabei, ob sich die Regelung auf Eigentum an beweglichen Sachen oder an Grundstücken bezieht. Die Regelungen der Abschnitte 3-8 beziehen sich teils auf beides, teils nur auf das eine oder nur auf das andere. Die überwiegende Zahl der Regelungen bezieht sich allerdings auf das Eigentum und die beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken.

Wenn das Sachenrecht Eigentumsrecht ist, dann muß in Wirklichkeit dem dritten Abschnitt über das Eigentum auch noch allgemeinere Bedeutung zukommen, wenn auch vielleicht in einem anderen Sinne als den beiden ersten Abschnitten. In der Tat normiert der Gesetzgeber in der Eingangsbestimmung dieses Abschnitts in § 903 Satz 1 BGB ein Modell des Eigentums, in welchem das System des ganzen Sachenrechts modellhaft in Erscheinung tritt. Die Bestimmung lautet:

"Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen."

Unterschieden werden also die sogenannte Einwirkungsbefugnis des Eigentümers auf die Sache und die sogenannte Ausschließungsbefugnis. Mit der Ausschließungsbefugnis ist der Charakter des Eigentums als absolutes Recht gekennzeichnet. Losgelöst von jeder besonderen Beziehung zum Eigentümer hat jedermann das Eigentum eines anderen zu achten. Diese Verpflichtung von jedermann zur Achtung des Eigentums eines anderen begründet kein Schuldverhältnis. Wird sie durch Störung des Eigentums verletzt, hat der Eigentümer aufgrund seiner Ausschließungsbefugnis einen Anspruch gegen den Störer auf Beseitigung der Störung. Dieser Abwehranspruch - auch Eigentumsfreiheitsanspruch genannt - ist der dingliche Anspruch. Er ist der römischrechtlichen *actio in rem* nachgebildet. Die aus dem römischen Recht übernommene Vorstellung geht dahin, daß in der Störungskonstellation natürlich auch der Störer das Recht auf die Sache in Anspruch nimmt und es sich daher in Wirklichkeit um einen Streit über die Inhaberschaft des Rechts an der Sache handelt, der nicht mit dem Streit über ein Leistensollen aufgrund einer Schuld verwechselt werden dürfe. Wichtigste Fälle dieses dinglichen Abwehranspruchs sind die Vindikation nach § 985 BGB und der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB, jedoch gehören auch der Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB und die Klage des Inhabers eines

Grundpfandrecht gegen den Eigentümer des belasteten Grundstücks aus § 1147 BGB hierher. Bei den dinglichen Abwehrensprüchen handelt es sich um einen sehr kleinen, aber doch systematisch hochbedeutsamen Teil des Sachenrechts. Für das Eigentum sind die Ansprüche im vierten Titel des dritten Abschnitts unter der Überschrift "Ansprüche aus dem Eigentum" geregelt. Dingliche Abwehrensprüche in diesem Sinne gelten dann für alle anderen absoluten Rechte, also z.B. den Namen einer Person oder ein Patent.

Mit der Einwirkungsbefugnis wird die Freiheit des Eigentümers formuliert. Diese stellt neben der schuldrechtlichen Vertragsfreiheit nach § 311 Abs. 1 BGB und der Testierfreiheit nach § 1937 BGB eine der drei Grundfreiheiten des BGB dar. Eingeschränkt ist diese Freiheit durch den Nebensatz "soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen", womit der Gesetzgeber auf alle zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Einschränkungen des Eigentums Bezug genommen hat. Die Einwirkungsbefugnis umfaßt vor allem die Befugnisse zum Gebrauch und zum Verbrauch der Sache, aber auch die Befugnis zur Übertragung des Eigentums. Die zweite Regelungsmasse des Sachenrechts neben der Regelung der dinglichen Abwehrensprüche umfaßt nun ganz überwiegend die Frage der Übertragbarkeit des Eigentums. Dabei wird wieder unterschieden, ob das Eigentum zur Gänze oder ob nur ein Teil des Eigentums übertragen wird, d.h. der Eigentümer einem anderen ein beschränktes dingliches Recht an seiner Sache einräumt. Der zweite Fall ist in den Abschnitten 4-8 geregelt. Die Einräumung eines beschränkten dinglichen Rechts durch den Eigentümer begründet einerseits ein Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und den neben ihm tretenden Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts, die sich nun gewissermaßen das Eigentum teilen. Dieses Rechtsverhältnis hat gewisse quasischuldrechtliche Züge. Andererseits ist der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts dem Eigentümer und jedem anderen gegenüber Inhaber eines absoluten Rechts und hat damit auch die dinglichen Abwehrrechte entsprechend den §§ 985 und 1004 BGB. Die Übertragung von Eigentum zur Gänze oder in Teilen wird als Verfügung bezeichnet. Diese Verfügung ist der dingliche Vertrag.

Dieser Begriff der Verfügung wird nun allerdings noch nach verschiedenen Seiten hin ausdifferenziert, was hier nur angedeutet werden kann. So können vor allem im Grundstücksrecht durch Teilübertragung von Eigentum entstandene beschränkte dingliche Rechte teilweise selbst wieder an einen anderen übertragen oder ihrerseits mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden. Dann gelten auch Aufhebung und Inhaltsänderung eines beschränkten dinglichen Rechtes als Verfügung, weil damit der eine immer an einen anderen Eigentumsbefugnisse weggibt. Verfügt werden kann dann nicht nur über Eigentum an Sachen, sondern auch über die Inhaberschaft anderer Rechte, soweit sie verfügbar sind, wozu vor allem der schuldrechtliche Anspruch zählt. Dessen Abtretung ist nun allerdings aus historischen Gründen nicht im Sachenrecht, sondern im Recht der Schuldverhältnisse in den §§ 398 ff. BGB geregelt, die Belastung von schuldrechtlichen Ansprüchen durch Einräumung von Nießbrauch oder Pfandrecht an ihnen findet sich dagegen wieder im Sachenrecht. Der Begriff der Verfügung wird daher allgemein wie folgt definiert: Verfügung ist jede Übertragung, Belastung, Aufhebung oder Inhaltsänderung eines bestehenden Rechts. Ein entsprechender ganz allgemeiner Begriff des Rechts findet sich dann auch im Zusammenhang mit der Regelung der Abtretbarkeit von schuldrechtlichen Ansprüchen in § 413 BGB.

Die Einwirkungsbefugnis des Eigentümers an der Sache nach § 903 Satz 1 BGB oder die Eigentümerfreiheit gliedert sich damit gewissermaßen auf in eine faktische und eine rechtliche Einwirkung auf die Sache. Die rechtliche Einwirkung wird im wesentlichen mit dem Begriff der Verfügung über Eigentum beschrieben. Sie macht die zweite große Regelungsmasse des Sachenrechts neben der nur einen kleinen Raum einnehmenden Regelung der dinglichen Abwehrensprüche aus.

Für die Verfügung gilt der sogenannte Typenzwang der Sachenrechte. Er bedeutet, daß jeder Inhaber eines Rechtes nur die Verfügungen vornehmen kann, die der Gesetzgeber erlaubt hat. Die Erlaubnis wird in der Regel in den Eingangsbestimmungen der einzelnen Abschnitte ausgesprochen, so etwa in § 1113 Abs. 1 BGB für die Hypothek mit den Worten: Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden usw. Zulässige Typen sind bei allen anderen Rechten als Eigentum an Grundstücken, also etwa beim Eigentum an beweglichen Sachen oder bei Forderungen, nur Nießbrauch und Pfandrecht. Die zulässige Zahl der beschränkten dinglichen Rechte im Grundstücksrecht ist größer, von praktischer Bedeutung sind hier vor allem die Dienstbarkeiten und die Grundpfandrechte. Aufgrund einer Dienstbarkeit kann der Eigentümer eines Grundstücks einem anderen die Befugnis zur Nutzung des Grundstücks nur in ganz bestimmten Beziehungen übertragen, etwa zum Zwecke der Nutzung als Weg, als Graben, für eine elektrische Überlandleitung. Der Grundsatz des Typenzwangs beschränkter dinglicher Rechte schließt nicht aus, daß die Übertragung oder der Vorbehalt von Eigentum zum Zwecke der Sicherung von Forderungen zulässig ist.

Es gilt ein einheitlicher Tatbestand für alle sachenrechtlichen Verfügungen. Der Inhaber eines Rechts muß sich mit dem Erwerber dieses Rechts über die Entstehung des Rechtes einigen, darin liegt der sogenannte dingliche Vertrag. Im Eigentumsrecht sind zusätzlich im Falle des Eigentums an einer beweglichen Sache Besitzübergabe und im Falle des Eigentums an Grundstücken Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erforderlich, wenn die Verfügung wirksam sein soll. Man spricht von dem Prinzip notwendiger Offenkundigkeit der Verfügungen über Eigentum. Verfügt jemand über Eigentum, ohne Inhaber des Rechts zu sein, so ist gutgläubiger Erwerb des Nichtberechtigten möglich. Erforderlich ist, daß der Berechtigte bei der Verfügung über das Eigentum an beweglichen Sachen durch den Rechtsschein des Besitzes, bei Grundstücken durch den Rechtsschein des Grundbuchs ausgewiesen ist.

Wie sich der dingliche Anspruch zum schuldrechtlichen verhält, haben wir schon ausgeführt. Die sachenrechtliche Verfügung steht nun in einer ganz eigenen Beziehung zum Schuldrecht. Jede sachenrechtliche Verfügung erfordert eine schuldrechtliche Verpflichtung, die durch die Verfügung erfüllt wird. Keine sachenrechtliche Verfügung beinhaltet also im Grunde eine Aussage darüber, warum verfügt worden ist, sondern enthält nur die Aussage, daß verfügt worden ist. Es genügt als Grund der Verfügung ein schuldrechtlicher Anspruch irgendwelcher Art, also aus Schuldvertrag, aus ungerechtfertigter Bereicherung oder aus Delikt. Fehlt dieser schuldrechtliche Anspruch des Verfügungsempfängers gegen den Verfügenden auf Vornahme der Verfügung, so steht dem Verfügenden gegen den Verfügungsempfänger ein Anspruch auf Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Der Verfügungsempfänger hat das durch die Verfügung wirksam Erlangte

dem Verfügenden herauszugeben, also in Erfüllung des bestehenden schuldrechtlichen Bereicherungsanspruchs seinerseits über das empfangene Recht zugunsten desjenigen, der es weggegeben hat, zu verfügen. Bei Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten geschieht das durch Aufhebung dieser Rechte. Gleichgültig ist, aus welchem Grunde der schuldrechtliche Anspruch nicht besteht. So kann etwa im Falle eines schon erfüllten Schuldvertrages der Vertrag gar nicht erst zustande gekommen oder zwar zustande gekommen, aber aus Rechtsgründen nichtig sein.

Schuldrecht und sachenrechtliches Verfügungsrecht und damit die Hauptmasse des Sachenrechts werden also gewissermaßen durch zwei Scharniere verbunden. Für den Fall bestehenden schuldrechtlichen Anspruchs auf die Verfügung sind beide über § 362 BGB verbunden: "Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird." Für den Fall nicht bestehenden schuldrechtlichen Anspruchs liegt das Scharnier in dem Bereicherungsanspruch des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, genauer in der dort geregelten Leistungskondition. Das mangels schuldrechtlichem Anspruchs auf die Verfügung durch die wirksame Verfügung rechtsgrundlos Weggegebene, muß zurückgegeben werden.

Ich darf in diesem Zusammenhang noch klarstellend bemerken, daß die Verfügung über Rechte nur eine, sicher aber die wichtigste Art der Erfüllung schuldrechtlicher Ansprüche ist. Übrigens werden in dieser Weise dann auch familienrechtliche und erbrechtliche Ansprüche erfüllt. Hinzu kommen die Fälle der Erfüllung durch tatsächliche Handlungen, etwa eine Besitzübergabe, die Vornahme von Arbeiten oder Geschäftsbesorgungen. Der Kauf besteht aus einem schuldrechtlichen Vertrag mit zwei schuldrechtlichen Ansprüchen und zwei dinglichen Verträgen zur Erfüllung dieser beiden schuldrechtlichen Ansprüche, eben des Anspruchs auf Übereignung der gekauften Sache und auf Übereignung von Geldwertzeichen zur Zahlung des Kaufpreises. Der Werkvertrag z.B. bringt zwei schuldrechtliche Ansprüche hervor, von denen der eine durch eine tatsächliche Handlung erfüllt wird, nämlich die Herstellung des Werkes, der andere dagegen durch eine Verfügung über bewegliche Sachen, nämlich durch Übereignung von Geldwertzeichen zur Zahlung der Werkvergütung.

Das Trennungsprinzip und das Abstraktionsprinzip werden meistens damit begründet, daß auf diese Weise die Mängel des schuldrechtlichen Geschäfts beim Schuldvertrag sich auf den Schuldvertrag begrenzen ließen, die dingliche Verfügung davon aber aus Gründen des Schutzes des Rechtsverkehrs unberührt bleiben müsse. Nur auf diese Weise sei gesichert, daß bis zur Klärung des Rechtsstreits über das schuldrechtliche Geschäft der Rechtsverkehr sich darauf verlassen könne, daß der Erwerber des Rechtes auch dessen Inhaber sei. In Fällen eines schweren Mangels, z.B. bei Geschäftsunfähigkeit, schlägt dieser dann allerdings auch auf das dingliche Geschäft durch. Dann wird darauf aufmerksam gemacht, daß bei Vornahme von Geschäften häufig die Erfüllung erst später erfolge, und daß in diesem Fall durch die Unterscheidung von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft die Möglichkeit geschaffen wurde, sich schon vor Erfüllung zu verpflichten. Das erste Argument verliert etwas an Schlagkraft durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten bei der Verfügung über Eigentum. Beide Argumente haben die Unterscheidung von schuldrechtlichem Anspruch und seiner Erfüllung nur für den Fall des Schuldvertrages im Auge, obwohl die Unterscheidung für alle schuldrechtlichen Ansprüche gilt, also z.B. auch im Hinblick auf Bereicherungsansprüche und Deliktsansprüche.

Angesichts der Konzeption des Gesamtgeschäfts aus schuldrechtlichen und dinglichen Teilen wird im übrigen durch den dinglichen Typenzwang die schuldrechtliche Vertragsfreiheit nicht in Frage gestellt. Wirtschaftlich prägt die schuldrechtliche Vertragsfreiheit das Gesamtgeschäft, der Typenzwang des Sachenrechts gewährleistet nur ein gewisses Maß an Sicherheit für den Rechtsverkehr.

Die Lösung einer so entscheidenden Frage wird immer einerseits Vorteile, andererseits Nachteile haben. Ein gewisser Nachteil scheint hier darin zu liegen, daß mit dieser Konzeption des Verhältnisses von Schuldrecht und Sachenrecht die in Bezug genommene Lebenswirklichkeit nicht mehr oder zumindest nicht ausreichend abgebildet wird. Hier muß man allerdings bedenken, daß alle rechtlichen Konzeptionen Bewertungen dieser Lebenswirklichkeit darstellen, es also mit der Abbildung allein nicht getan sein kann. Um zu einem ausreichenden Urteil zu kommen, wird man die Lösungskonzeptionen anderer Rechte zum Vergleich heranziehen müssen. Die in Deutschland in den letzten hundert Jahren gemachten Versuche, das Abstraktionsprinzip aufzugeben oder auch nur zu relativieren, sind allesamt im Sande verlaufen. Ich meine auch, daß die für das Abstraktionsprinzip angeführten Gründe nicht die einzigen sind, die für dieses Prinzip sprechen. Nicht nur für den deutschen Juristen verblüffend ist ja die hohe Technizität und Leistungsfähigkeit des in dieser Weise konzipierten Rechtssystems. Wenn man sich einmal an die doppelte Fragestellung gewöhnt hat, ob irgendein Punkt das schuldrechtliche oder das dingliche Geschäft betrifft, und diese Gewöhnung tritt sehr schnell ein, dann verfügt man über ein ausgezeichnetes Instrumentarium der Fallbearbeitung im Zivilrecht. Der letzte Grund, der für das Abstraktionsprinzip spricht, könnte also darin liegen, daß die Reinheit der Konstruktion der schuldrechtlichen Beziehungen allein auf der Grundlage des schuldrechtlichen Anspruchs und der dinglichen Beziehungen allein aufgrund Grundlage der dinglichen Verfügung eine Übersichtlichkeit des Rechts und der rechtlichen Argumentationen ermöglicht, die angesichts einer so komplexen Materie, wie es das Recht darstellt, einen Wert an sich darstellt, und zwar, wie ich hinzufügen möchte, einen hohen Wert.