

JOACHIM RÜCKERT
LENA FOLJANTY
THOMAS PIERSON
RALF SEINECKE

20 Jahre
Neues Schuldrecht

Mohr Siebeck

20 Jahre Neues Schuldrecht
Bericht, Bilanz, Bibliographie



Joachim Rückert, Lena Foljanty,
Thomas Pierson, Ralf Seinecke

20 Jahre Neues Schuldrecht

Bericht, Bilanz, Bibliographie

Mohr Siebeck

Joachim Rückert war Lehrstuhlinhaber für Neuere Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Juristische Zeitgeschichte, Zivilrecht und Rechtsphilosophie in Frankfurt/Main.

Thomas Pierson ist Privatdozent und vertritt im SoSe 2022 den Lehrstuhl für Gelehrtes Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte und Bürgerliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Lena Foljanty ist Inhaberin der Professur für Globalisierung und Rechtspluralismus am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

Ralf Seinecke ist Wissenschaftler am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie Frankfurt/Main.

ISBN 978-3-16-161590-0 / eISBN 978-3-16-161591-7
DOI 10.1628/978-3-16-161591-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck aus der Times gesetzt, in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Firma Nägele und Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Wozu ein Buch über Schuldrechtsreform? Die Reform ist gelaufen, das Schuldrecht läuft weiter. Natürlich lässt sich damit leben. Wozu der Blick zurück? Das rein dogmatische Interesse an Bestand und Würdigung der Reform ist gering. Aktuell sind nicht nur die praktischen Bedürfnisse, sondern auch die juristischen Argumentationsbedarfe. Hier werden die forensischen Schlachten geschlagen und die finanziellen Gewinne gemacht. Wissenschaftliche Vertiefung stört eigentlich. Historische Auslegung ist nicht nötig, wird kaum gefordert und noch weniger betrieben. Der Gesetzgeberwille von gestern interessiert nicht einmal Buchstabengläubige besonders. Wozu Geschichte, wenn die Gegenwart drängt? Wozu Empirie, wenn das Gehäuse der Dogmatik völlig genügt? Wozu Philosophie und Theorie, wenn es gut pragmatisch voran geht?

Das ist alles völlig berechtigt. Aber es ist höchstens die halbe Jurisprudenz. Man kann sich mit dieser Hälfte begnügen, aber bisweilen braucht man die andere Hälfte, die Reflexion und die Rechtswissenschaft. Dann will man plötzlich wissen, wie es „eigentlich“ war, welche Politiken mit den Rechtssätzen betrieben wurden, welche Ideologien beteiligt waren, welche leitenden Ideen das Detail gesteuert haben, welche Prinzipien behauptet oder befolgt wurden, welche Fallgruppen eigentlich entschieden wurden, welche empirischen Annahmen oder Behauptungen zugrunde lagen, welche Regeln streng gemeint waren ohne Ausnahme und welche nicht, kurz: Man will das Gesetz verstehen, nicht nur aktuell erfolgreich anwenden. Dazu muss man den legislativen Entscheidungen nachgehen, die Gründe für die Regeln suchen, klären, warum so und nicht so entschieden wurde, die Fallgruppen ermitteln, den parlamentarischen, empirischen, sozialen und ideologischen Kontext, überhaupt den Kontext beachten. Dann kann man es auch fair würdigen, anwenden und weiterbilden.

Die folgenden vier Studien stellen sich der Aufgabe, dieses immer etwas dunkle rechtszeitgeschichtliche Dickicht zu lichten und ein wissenschaftsgestütztes Verständnis des neuen Schuldrechts zu begründen.

Joachim Rückert, im März 2022

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
<i>Joachim Rückert</i>	
Einleitung: 20 Jahre Neues Schuldrecht. Bericht, Bilanz, Bibliographie	1
<i>Joachim Rückert</i>	
Modernes Schuldrecht	3
<i>Thomas Pierson</i>	
Sozialpolitik durch Rechtsprechung: c.i.c., Vertrag mit Schutzwirkung und Dritthaftung	77
<i>Lena Foljanty</i>	
Methodenvirtuosen im Wertungsdickicht: Das neue Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht und seine dogmatische Überformung	139
<i>Ralf Seinecke</i>	
Modernisierte Kaufrechte	173
<i>Bibliographie zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 bis 2022</i>	213

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
<i>Joachim Rückert</i>	
Einleitung: 20 Jahre Neues Schuldrecht: Bericht, Bilanz, Bibliographie	1
<i>Joachim Rückert</i>	
Modernes Schuldrecht	3
I. Bedingungen und Vorverständnisse	3
1. Substanzen, Quantitäten und Qualitäten	3
2. Prinzipienwandel und Systemwechsel	4
3. Freiheitsentfaltung konkret	5
4. Freiheitlich-sozialer Staat	7
5. Fragestellung und Methode	8
II. Bericht und Bestandsaufnahme	9
1. Aufgabe	9
2. Gesetzgebungsgeschichte	10
3. Kleine und große Lösung, Kodifikation und Dekodifikation	11
4. Methodische Defizite	11
5. Der neue Stand	13
6. Bibliographische Bestandsaufnahme	14
7. Mißerfolgsindizien 1: Erneute Änderungen	15
8. Mißerfolgsindizien 2: Virtuose Auslegungen	16
9. Mißerfolgsindizien 3: Ausweichen auf Schiedsgerichte	16
10. Reformersfolg in der Rechtsprechung?	17
11. Kontinuitätsgrundsatz?	18
12. Erfolgsindizien	18
III. Würdigung 1: Übersichtlich, einfach, klar?	19
1. Nur konkret zu klären	19
2. Maßstäbe	19
3. Messung an immanenten Maßstäben	20
4. Übersichtlichkeit und Einfachheit als Maß	20

5.	Übersichtlichkeit im Kodifikationsvergleich	20
6.	Zweierlei Unübersichtlichkeiten: Spezialisierung und Abstraktion	22
7.	Savigny, nicht Friedrich Mommsen	23
8.	Lernrelativität	24
9.	Einige Indizienschlüsse	25
10.	Übersichtlichkeit, Gewinn und Verlust	28
11.	Einfachheit: Auslegungsstreitigkeiten	29
12.	Externe Perspektive im Rechtsvergleich	30
13.	Normenklarheit	30
14.	Dekodifikation	31
15.	Also übersichtlicher, einfacher und klarer?	32
IV.	Würdigung 2: Positives	32
1.	Erledigtes	32
2.	Lückenfüllung	32
3.	Streichung von Normen	33
4.	Bürgernähe	33
V.	Würdigung 3: Gerecht, gerechter?	34
1.	Gerecht. Gerechter.	34
2.	Gläubigerbegünstigungen	34
3.	Neutrale Effekte	35
4.	Schuldnerbegünstigungen	35
5.	Generalbilanz?	36
6.	Gerechter als 1900?	36
VI.	Würdigung 4: Modern?	37
1.	Modernisierung	37
2.	Modernsymbolik 1: Neue Kopfnormen und Überschriften . . .	38
3.	Modernsymbolik 2: „Pflichtverletzung“	39
4.	„Pflichtverletzung“ als neue Struktur	39
5.	Soziale Reform?	41
6.	Unsoziales BGB – Missverständnis und hohle Phrase	41
7.	Unmodern lebensfremd?	43
8.	„Modern“ für neue Fragen?	44
VII.	Würdigung 5: Neues Leitbild im Privatrecht?	44
1.	Leitbilddiskussion	44
2.	„Modern“ weil antiliberal	46
3.	Leitbildkontext 1: Spätes Kaiserreich. Anspruch und Pflicht im neuen Kontext	47

4. Leitbildkontext 2: Soziales Recht – Gemeinschaftsrecht vs. liberales Recht – Individualrecht	49
5. Eine dauerhafte Grundsatzdifferenz	50
6. Leitbildkontext 3: Weimars neues Schuldrecht	53
7. Signifikanz heute	55
VIII. Der säkulare Wandel: Erste und zweite juristische Moderne	56
1. Die erste Moderne	56
2. Die zweite Moderne – erneut Weimar	57
3. Die Folgen für Anspruch und Pflicht im Leistungs- störungsrecht	58
4. Die zweite Moderne im Privatrecht: Privatrecht als Pflichtenordnung. Systemwechsel	61
5. Systemwechsel als Konsequenz	62
6. Expliziter Systemwechsel	64
7. Fortschritte?	65
8. Das Schuldrecht als pars pro toto im Systemwechsel?	66
9. Pluralismus im Schuldrecht?	68
Literaturverzeichnis	69

Thomas Pierson

Sozialpolitik durch Rechtsprechung: c.i.c., Vertrag mit Schutzwirkung und Dritthaftung	77
I. Bericht und Bestandsaufnahme	78
1. Verflochtene Erfolgsgeschichten	78
a) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: Sozialpolitik durch Rechtsprechung	79
b) culpa in contrahendo vs. Wertungen des Gesetzgebers	81
c) Ausgangslage: Erste Reformdebatte als „jüngstes Gericht“	85
2. Die Modernisierung des Schuldrechts	85
3. Frühe Reaktionen auf die Kodifikation der c.i.c.: Kritik und Hoffnung	87
4. Zwei Dauerbaustellen der wissenschaftlichen Debatte	88
5. Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter: „so als hätte es eine Reform des Schuldrechts nicht gegeben“	95
II. Würdigung	101
1. Wirkungen der Blankettkodifikation?	101
2. Erreichen der selbstgesteckten Ziele?	106

3.	„denn sie wissen nicht, was sie getan haben“?	108
4.	Fazit und Ausblick: Der gescheiterte Versuch einer optionalen Gesetzgebung?	110
III.	17 Thesen	113
IV.	Spezialbibliographie c.i.c. – VSD – Dritthaftung (1990–2014) . . .	115
	Literaturverzeichnis	131
<i>Lena Foljanty</i>		
	Methodenvirtuosen im Wertungsdickicht: Das Rücktritts- und Rücktrittsfolgenrecht nach der Schuldrechtsreform und seine dogmatische Überformung	139
I.	Eine neue Systematik für das allgemeine Leistungsstörungenrecht .	139
II.	Die Aufwertung des Rücktrittsrechts und die Stärkung des Gläubigers	141
III.	Starke Umwälzungen im Rücktrittsfolgenrecht	143
	1. Wertersatz als einheitliche Haftungsfolge	143
	2. Neue Zuordnungsgrundsätze und Risikoverteilungen	144
	3. Entkoppelung des Rücktritts- und Bereicherungsrechts	146
	4. Die neue Regelung in rechtsvergleichender Perspektive	148
IV.	Das neue Rücktrittsfolgenrecht als dogmatisch umkämpftes Feld .	150
	1. Das alte Recht im „Dickicht von Streitfragen“	151
	2. Kein Ende der alten Diskussionen: Die Aufnahme der Neuregelung durch die Lehre	152
	a) Kritik an der Reichweite der Privilegierung des gesetzlich zum Rücktritt Berechtigten	153
	b) Beseitigung des Rückgewährhindernisses vor Wertersatz? .	155
	c) Berechnung des Wertersatzes	157
	d) Rücktrittsfolgenrecht und Bereicherungsrecht	160
V.	Augenfällige Kontinuitäten: Topoi, Methoden und Wertungen . . .	162
VI.	Fazit: Gesetzesorientierung vs. methodische Freihändigkeit	165
VII.	Fünf Thesen	166
	Literaturverzeichnis	167

Ralf Seinecke

Modernisierte Kaufrechte	173
I. Historische Vorbemerkungen	173
II. Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts	174
1. Die Einheit des Kaufrechts	175
2. Regeln des modernisierten Kaufrechts	176
3. Dogmatik des modernisierten Kaufrechts	179
III. Die erste Rezeption bis 2008	182
IV. Die zweite Rezeption von 2008 bis 2012	187
V. Modernisierungsmodernisierungen	192
1. Neue Kaufrechtsgesetze von 2004, 2008, 2013 und 2017 . . .	193
2. Neueste Kaufrechtsgesetze von 2021	195
VI. 20 Jahre „schuldrechtsmodernes“ Kaufrecht	197
1. Richtlinien und Gesetze	197
2. Rechtsprechung	198
3. Literatur und Wissenschaft	199
4. Institutionen	202
VII. Sechs Thesen	204
Literaturverzeichnis	205
Bibliographie zur Schuldrechtsmodernisierung 2002 bis 2022	213

Einleitung:
20 Jahre Neues Schuldrecht:
Bericht, Bilanz, Bibliographie

Joachim Rückert

Dieses Buch zum Schuldrecht berichtet, bilanziert und bibliographiert die wissenschaftlichen Fundamente der großen Reform von 2002. Der Bericht erstreckt sich auf die Reform selbst, ihre Bedingungen und ihre Durchführung. Er widmet sich auch den Folgen bis heute. Die Bibliographie gibt den bisher nicht verfügbaren, aber wissenschaftlich unentbehrlichen Unterbau für einigermaßen verlässliche Aussagen.

Das Buch enthält vier selbstständige Abhandlungen, die durch das gemeinsame Anliegen verbunden sind, das neue Schuldrecht in seiner Gestalt und Tragweite exemplarisch zu erfassen. Ausgewählt wurden dafür vier zentrale Reformaspekte: eine Grundsatzanalyse zu den Prinzipien, eine Untersuchung über c.i.c., Vertrag mit Schutzwirkung und Dritthaftung, sowie zwei weitere über das neue Rücktritts- und Kaufrecht. Die Abhandlungen wurden jeweils selbstständig ausgearbeitet und von den anderen drei Autoren kritisch kommentiert.

Die Grundsatzbetrachtung reflektiert die Lösung der Reformaufgabe nach ihrer technischen wie inhaltlichen Seite. Festgestellt wird ein expliziter formeller und materieller System- und Prinzipienwechsel, bei dem das Schuldrecht nur *pars pro toto* ist. Für c.i.c., Vertrag mit Schutzwirkung und Dritthaftung ergibt eine tiefdringende Untersuchung ein höchst aufschlussreiches Bild sozialpolitischer Korrekturen durch die Rechtsprechung als dem Akteur nicht erst unserer Tage. Die Haftungen wurden kontinuierlich erweitert, die Begründungen blieben bewusst elastisch, der Gesetzgeber nahm das ebenso bewusst nur auf. Das neue Rücktrittsrecht wird immer noch bemerkenswert widerständig behandelt. Zwischen Gesetzestreue und freier Interpretation sucht man einen Kurs, der teilweise weniger neu ist, als dies vom Reformgesetzgeber gewünscht war. Das Kaufrecht bringt zugleich neue Einheit und Dualismus und blieb doch dogmatisch stabil, wiederum primär in den Händen der Judikatur. In ihren Schlussthesen sind die Ergebnisse der Beiträge in knappster Form gebündelt.

Ausgelöst worden war dies alles durch die freundliche Einladung zu dem Sammelband „Rechtswissenschaft in der Bonner Republik“ (2018). Die äußerst knappen Fassungen dort wurden wesentlich vertieft und erweitert.

Modernes Schuldrecht

*Joachim Rückert**

I. Bedingungen und Vorverständnisse

I. Substanzen, Quantitäten und Qualitäten

Zehn oder inzwischen zwanzig Jahre Schuldrecht mit einigen neuen Paragraphen sind eigentlich kein besonders aufregendes Phänomen in einer 2000-jährigen Rechtsgeschichte gerade des Schuldrechts. Man kann das Ganze inzwischen sogar recht leicht nachlesen.¹ Aber immerhin hat man diese Neuigkeit „die am tiefsten in seine Substanz eingreifende Reform“ des BGB seit seinem Bestehen genannt (*Zimmermann*)², also eingreifender sogar als die Familienrechtsreformen seit 1958.³ Die Reform von 2001 ging jedenfalls weit über die Aufgabe der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts von 1984–1992 hinaus und unternahm nun eine systematische Neuformierung. Naheliegende Gedanken zu den Maßstäben „Substanz“ und „System“ seien zunächst dahingestellt.

Es lässt sich hinzufügen, dass von den rund 180 *Änderungen des BGB* seit 1900 bis zum Jahre 2000 zwar 76 % seit 1949 in der Bundesrepublik stattfanden, aber davon allein 35 % seit 1990 und davon wieder 89 % im Schuldrecht BT. Nur drei Änderungen gab es bis 1918, fünfzehn bis 1933, siebzehn bis 1945. Gezählt wurden dafür die Änderungsgesetze mit ihren Betreffen, nicht die Paragraphen.⁴ Diese jedenfalls rasante Beschleunigung besonders seit 1990 erfuhr durch das neue Schuldrecht von 2002 einen weiteren gewaltigen Schub. Sachlich und zeitlich geht es um erhebliche Quantitäten. Die Welle hält an. Das ist erkennbar, so sehr auch spezifische Aussagen zur inhaltlichen Bedeutung besondere Forschungen voraussetzten, die fast völlig fehlen. Was wie relevant anders wurde, wissen

* Ein herzlicher Dank geht an meine kritischen Leser Lena Foljanty, Hans-Peter Haferkamp, Thorsten Keiser, Thomas Pierson, Peter Oestmann, Ralf Seinecke und vor allem Harald Koch!

¹ Siehe Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, hrsg. von *M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann*, Bd. 2, 2007 zum Schuldrecht AT, und Bd. 3, 2013 zum Schuldrecht BT.

² *R. Zimmermann*, HKK (Fn. 1), Bd. 1, 2003, vor § 1 Rn. 1.

³ So ausdrücklich *D. Olzen, R. Wank*, Die Schuldrechtsreform: eine Einführung, 2002, S. V; im übrigen wird selten so verglichen.

⁴ Nach eigener Durchsicht im Rahmen eines Seminars.

wir nur in einzelnen speziellen Bereichen, für die regelmäßige Berichte oder Übersichten oder gar schon Forschungen vorliegen.⁵

2. Prinzipienwandel und Systemwechsel

Erst recht warten der *qualitative Charakter und die Effekte* dieser gewaltigen Änderungsschübe auf Ortsbestimmung durch eine durchdachte Zeitgeschichte des Zivilrechts in seinem Kontext. Einfacher: Geschichte und Entwicklung, Philosophie und Theorie müssen über den dogmatischen Alltag und den Nebel jeder Gegenwartsbestimmung hinaushelfen. Konkreter: Die neueren Stichworte Materialisierung und Konstitutionalisierung, Schutz der Schwächeren, Liberalismus (Neo- usw.), Kapitalismus (Staats-, Turbo- usw.) und Sozialismus (humaner, demokratischer usw.) stellen eine qualitative Aufgabe. Aber alle diese Stichworte verstehen sich aus einer längeren Herkunft. Die Schuldrechtsmodernisierung war nicht der Anfang ihrer Moderne. Ihren Ort bestimmt man folglich gerne historisch. Doch die eigentliche Privatrechtsgeschichte hat diese Reform noch nicht erreicht. Die kleinen Vorgeschichten in Lehrbüchern und Kommentaren sind umso unentbehrlicher wie leider unhistorisch. Man kann das aussprechen ohne jede Herabsetzung, weil sie einfach ihrer dogmatischen Aufgabe folgen, d. h., sie blicken selektiv und projektiv von heute her, sie kompilieren dafür einige Daten und bilden daraus ihre Deutungen und Wertungen anhand tradierter Erzähllinien. Es wäre illusorisch, nun kurzerhand doppelte Kompetenz und Eigenständigkeit für die dogmatisch-prinzipielle wie die historisch-prinzipielle Perspektive, oder eine dreifache, wenn man die Theorie hinzunimmt, zu verlangen. Aber ohne eine gewisse Rezeption der außerdogmatischen Fachstandards gelingen die Argumente auch nicht. Es nützt nichts, wenn der Durchblick vor der Durchforschung erzwungen wird. Diesem Problem kann natürlich auch hier nicht ausgewichen werden. Aber die Deutungen können bewusster, offener und diskussionsfähiger aufbereitet werden, da sie keineswegs ausgemacht sind. Im Gegenteil hat die Forschung die alten Linien seit Wieacker 1952 und 1967 grundlegend neu vermessen. Zudem gilt schon allgemein: je mehr Zusammenhangsbildung, desto

⁵ Exemplarisch für nach 1945 kann man die Bände von *K. W. Nörr* nennen: Die Republik der Wirtschaft. Recht, Wirtschaft und Staat in der Geschichte Westdeutschlands, Bd. 1.2., 1999.2007, die von der Besatzungszeit bis zur Wiedervereinigung reichen. Eine scharfe Deutungsalternative bot *R. Wiethölter*, Rechtswissenschaft, 1968, mit seinen Kapiteln „Bürgerliches Recht“ und „Wirtschafts- und Arbeitsrecht“ auf immerhin rund 155 Seiten. Der HKK (wie Fn. 1) bietet nun jeweils einen Abschnitt zum Umgang mit dem BGB nach 1900, er zieht dazu eine Summe in den Einleitungen vor § 1 in Band 1, 2003, eher traditionell-kritisch und reformgeneigt durch *Zimmermann*, Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts, S. 1–33, und ausgreifender historisch und kritisch von den Prinzipien her durch *Rückert*, in: Das BGB und seine Prinzipien: Aufgabe, Lösung, Erfolg, S. 35–122.

mehr Konstruktion und Bekenntnis. So werden z.B. die sofort auftretenden Grundfragen nach Privatautonomie und Freiheit und Sozialität meist so eng angegangen, dass bestimmte Lösungen gar nicht sichtbar werden. Wichtig und wesentlich war von Anfang an, dass die wesentlichen real-sozialen Voraussetzungen von Freiheitsentfaltung zur Freiheitsidee gehören und dass sie geschaffen werden müssen, damit Emanzipation möglich wird und Freiheit nicht zum leeren Versprechen degeneriert. Wenn aber als Linie immer wieder nur bloße Freiheit versus Einschränkung oder Verlust gesehen wird,⁶ verschwindet der emanzipatorische Aspekt sichtlich und es bleibt nur die Frage Vertragsfreiheit oder Intervention im Interventionsstaat und im öffentlichen Recht seit ca. 1890⁷ oder besonders scharf in den großen Erzählungen zum Arbeitsrecht.⁸ „Sozialität“ des Rechts wird dabei zur prinzipiell maßgebenden Erfahrung, Lehre und Botschaft.

3. Freiheitsentfaltung konkret

Aber diese Geschichte täuscht. Historisch wie theoretisch ging es nie nur um individuelle Freiheit oder Intervention, sondern um möglichst gleiche Freiheiten und daher sofort darum, wie die, offenbar gerade um der Freiheiten willen, notwendigen sozioökonomischen Elemente in das Freiheitsprinzip rechtlich einzubauen und politisch zu organisieren wären. Die *Gewähr der Voraussetzungen von Freiheitsentfaltung* muss also als Freiheitsproblem mitgedacht werden und wurde es auch.⁹ Wesentlich werden dann Prinzip und Art der Einschränkungen und der Grenzen von Freiheit.¹⁰ Sie können heteronom oder autonom angelegt sein. Autonom gedacht sind sie nur, wenn allein die möglichst gleichen Freihei-

⁶ Ein gewichtiges Beispiel ist *G. Wagner*, Zivilrechtswissenschaft heute. Zwischen Orakel-deutung und Maschinenraum, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67–182, zum Abschied an den Cheflektor Franz-Peter Gillig. Dem anspruchsvollen Vortragsanlass entsprechend zog er große Linien von Savigny bis gestern. Die überall wesentliche Grundfrage: „Frei und sozial“/aber wie, wird nicht angesprochen. Man wird anmerken dürfen, dass selbst bei einem gelehrten Privatrechtler wie Wagner die seit 2003 eingehendste neuere Prinzipienanalyse des BGB und des späteren Umgangs mit dem BGB nicht auftaucht, s. HKK I (Fn. 2).

⁷ Exemplarisch und einflussreich für diese Sicht *M. Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht, in: ZNR 3–4/1989, S. 129–147, erneut in *ders.*, Konstitution und Intervention, 2001.

⁸ Dazu näher *meine* Studie: Koalitionsrecht, Tarifverträge, kollektives Arbeitsrecht und ihr Prinzip in Deutschland, in: Zs. für Arbeitsrecht 4 (2019), S. 515–578.

⁹ Siehe zur intensiven Formationsphase *meine* Studie, Zur Legitimation der Vertragsfreiheit im 19. Jahrhundert, in: *Naturrecht im 19. Jahrhundert ...*, hrsg. von D. Klippel, 1997, S. 135–183, erneut in *Rückert*, Ausgewählte Aufsätze (Bibliotheca Eruditorum 42), Bd. 1, 2012.

¹⁰ Dazu grundlegend, auch noch für das 20. Jahrhundert, *S. Hofer*, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheoretische Diskussionen im 19. Jahrhundert, 2001; für nach 1945 wichtig *I. Kauhhausen*, Nach der „Stunde Null“. Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945, 2007.

ten der Anderen Grenze sein dürfen. Die Verständigung darüber muss im Konsens gefunden werden, in entsprechenden Verfahren, kurz: in Diskurs und Demokratie. Meist werden die Grenzen aber heteronom gedacht als „Hilfe“ vom „öffentlichen Recht“ (Savigny¹¹), das Diskurs und Demokratie erst langwierig lernte, oder als irgendwie „soziales“ Sonder- und Schutzrecht gegen Mißstände (Gierke, Menger, Weimar usw.), vom Arbeits- und Abzahlungs- zum Mieter-, Reisenden-, Käufer-, Versicherten-, allgemeinen Verbraucher- und Diskriminierungsschutz usw., oder gleich als allgemeine objektive Klausel wie Gemeinwohl, Sittlichkeit, öffentliches Interesse, Sozialität usw. (zuletzt Art. 2 I GG: „soweit“) – in der Tat eine eindrucksvolle Kette bis heute. Aber es ist gar keine Kette, denn sie enthält sehr Verschiedenes. Die grenzenlose Vertragsfreiheit verlangte man nie, auch nicht von Kant bis Windscheid. Kant forderte konsequent, die „Freiheit“ müsse „mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen“,¹² genauer noch „nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit“,¹³ also gleiche Freiheit in Ziel und Grenze. Das war seine sog. Koexistenzformel,¹⁴ die nicht etwa isoliert maximierte Freiheiten forderte, nach einer Robinson- oder Manchesterformel. Die immer wieder frei zitierte „Freiheit des Fuchses im freien Hühnerstall“ (R. Garaudy)¹⁵ oder die Formel „frei-vogelfrei“¹⁶ treffen gewiss viele Defizite, aber nicht diese Idee. Ein so polemisch deformiertes Freiheits- und Sozialverständnis deformiert auch seine Geschichte.

Bloße, absolute Freiheit wurde nur als theoretische Schimäre oder polemisch aus heteronomen Positionen beschworen. Längst entwickelt, aber nie ausdiskutiert, hauptsächlich infolge politischer Lagerbildung schon im Kaiserreich, wurde zugleich und dagegen die originäre Verknüpfung unter dem Prinzip ‚*Autonomie und soziale Freiheit*‘; „sozial“ hieß hier emanzipierend-sozial und befreiend statt heteronom-sozial und bevormundend. Ohne diese Unterscheidung wird

¹¹ F. C. von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 371.

¹² Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, Einleitung § C: Allgemeines Prinzip des Rechts / A 33.

¹³ Ebda. § B: Was ist Recht? / A 33 am Ende.

¹⁴ So der juristische Kantianismus der langen „Aetas Kantiana“, näher J. Rückert, Kant-Rezeption in juristischer und politischer Theorie (Naturrecht, Rechtsphilosophie, Staatslehre, Politik) des 19. Jahrhunderts, in: John Locke und/and Immanuel Kant. Historische Rezeption und gegenwärtige Relevanz, hrsg. von M. P. Thompson, 1991, S. 144–215; zur Kampfformel „Manchestertertum“ näher in *ders.*, HKK I (wie Fn. 12), Rn. 97.

¹⁵ Siehe statt vieler nur *Wiethölter* (Fn. 5), 179; *ders.*, Art. Bürgerliches Recht, in: Handlexikon der Rechtswissenschaft, 1972, S. 51; die vielen Nachweise in google.books sind ebenfalls alle ohne Beleg für das auch sonst unauffindbare Original. Roger Garaudy lebte 1913–2012, war fz. Philosoph, in der Resistance, dann in der KP und ging 1982 zum Islam. Daß ein Hühnerstall nicht frei ist, scheint übrigens nicht zu stören.

¹⁶ Beliebt um 1900, s. nur die Belege bei Rückert 2019 (Fn. 8), 566 Fn. 247.

Wesentliches vermischt. Entscheidend klärend und historisch treffender müssen daher sozial-emanzipierende Einschränkungen der allgemeinen Freiheiten von bloß bevormundenden unterschieden werden, geschichtlich, theoretisch, dogmatisch und praktisch. Dann ergeben sich ganz andere als die vorherrschenden Geschichten und Einsichten. Emanzipierend muss die individuelle Initiative möglichst gewahrt bleiben und zugleich in sozialer Hinsicht ermöglicht werden. Dann erkennt man eine produktive Linie, heute z. B. Wohngeld statt Mietenregelung, Bedarfshilfe statt Pauschalhilfe, Widerrufsmöglichkeit statt Nichtigkeit, Anreiz statt Zuteilung, zwingendes Privatrecht nicht pauschal, sondern gezielt helfend, usw. Das inhaltliche Maß dafür war und ist eine politische Frage. Es hängt vom Anspruchsniveau und der Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft ab sowie von den politischen Verfahren.

4. Freiheitlich-sozialer Staat

In dieser Gestalt ist das Prinzip möglichst gleicher individueller Freiheiten auch ‚sozial‘ sehr konkurrenzfähig, ja zumal im demokratisch-pluralen Zusammenhang eines *freiheitlich-sozialen Staats* ist es allen immer gefährlichen heteronomen Ansätzen überlegen.¹⁷ Ein Privatrecht und Recht überhaupt, das von dieser Selbstständigkeit und ihrer steten Förderung absähe, gäbe das Prinzip individueller Autonomie auf. Freiheit als „Freiheit zur Wahl“ zu verstehen führt weiter, löst dieses Grundproblem aber nicht, bzw. am Ende heteronom, weil dabei heteronome „Allgemeinwohlziele [...] eingeschleust“ sind.¹⁸ Privatrechtsgeschichte hat dann unmittelbar mit sozialem Staat zu tun. Sie darf nicht isoliert anhand bloßer BGB-Geschichte urteilen, sondern muss das umfassende sozial-helfende Recht seit ca. 1869 (Gewerbeordnung des Norddt. Bundes) dazu nehmen. Ein freiheitlich-soziales Verständnis kann ihm auch verfassungsrechtlich entgegenkommen, ob man nun Privatrecht als staatsabgeleitet oder als im Kern autonom garantiert versteht. Der überkommene Gegensatz Privatrecht-Öffentliches Recht geht dann in der gemeinsamen Leitidee *Frei und Sozial* auf.¹⁹ Eine Gesellschaft kann natürlich Heteronomie in ihren vielen Spielarten vom wohlwollenden Paternalismus bis zur mehr oder weniger rigiden Bevormundung bevorzugen. Pri-

¹⁷ Siehe dazu historisch-theoretisch *meine* Studie: „Frei und Sozial“ als Rechtsprinzip, 2006, bes. 43 ff., knapper in: Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, in: JZ 58 (2003), S. 749–760, 757 f., 760, sowie *Rückert*, HKK I (Fn. 2), vor § 1 Rn. 87 f. und 103.

¹⁸ So *Wagner* (wie Fn. 6), 109 f.

¹⁹ Vgl. statt vieler *R. Gröschner*, Art. 20 (Sozialstaat), in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Rn. 26 ff.: Menschenbild des freiheitlichen Sozialstaats; zur langen historischen Ausprägung *J. Rückert*, „Sozialstaatsprinzip“ – Neuer Mut in alten Fragen, in: K. Acham/K. W. Nörr/B. Schefold (Hrsg.), Der Gestaltungsanspruch der Wissenschaft, 2006, S. 643–726.

vatrecht und Recht haben sich bekanntlich auch solchen Prinzipien immer wieder gefügt. Das Grundgesetz und dessen hohe Akzeptanz haben aber anders entschieden. Gerade das Schuldrecht gehört zu den großen, konkreten Paradeplätzen dieser Kämpfe.

5. Fragestellung und Methode

Wendet man sich so vorbereitet dem Berliner Schuldrecht und seiner Modernität zu, so müssen *Fragestellung und Methode eine doppelte* sein: historisch und kritisch, d. h. historisch als Bericht und Bestandsaufnahme, kritisch als Würdigung nach bestimmten Maßstäben und als Suche nach plausibel übergreifenden Deutungen. Natürlich dürfen die zwanzig Jahre nach 2002 nicht zu eng genommen werden. Sie haben ja viel relevante Reform-Vorgeschichte. Die allgemeine Würdigung als gesetzestechnische Leistung muss die Schwierigkeiten einer fairen Würdigung schon in diesem Punkt aufzeigen und reflektieren. Die meisten Würdigungen lassen z. B. die, wie man kurz sagen kann, Lernrelativität außer Acht, die jedes neue Gesetzeswerk in den Händen der Profession alsbald handlich macht. Nach fast zwei Dekaden ließ sich trocken resümieren, eine „gewisse Beruhigung“ sei spürbar, es lasse sich „mit der Reform zumindest gut leben.“²⁰ Klar, der Zug fährt weiter. Aber auf welchen Gleisen, nach welchem Fahrplan? Was geschah im ‚großen‘ Bahnhof von 2001? Was gab die Richtung? Gab es einen neuen Fahrplan? Wurde er eingehalten? Oder blieb man in den alten Gleisen? – alles sehr relevante Fragen für unser Bewusstsein von unserer Lage, für uns selbst und unsere Fähigkeit zu durchdachten Reformen und Wertungen.

Zum Beispiel wurde bisher die wirkliche Tragweite des Systemwechsels von einem ersten *Zugriff über Pflichten, zumal objektive*, statt über Ansprüche kaum gesehen. Diese Tragweite ist am wenigsten erklärt mit dem inzwischen eingeübten Blick auf den ‚NS-Unfall‘, in dem das Recht zu Tode gekommen sei und die Pflicht zur Herrschaft. Sie greift vielmehr tief in die nicht ganz kleine Frage einer ‚Moderne‘ im Privatrecht. Was ist inzwischen ‚frei‘ daran? Wie fügt man das ‚Soziale‘ dazu? Kann man eine neue Bilanz wagen im Sinne von *Wieackers* nach wie vor bemühtem Topos „Sozialmodell“ (Vortrag 1952)²¹ und nach *Wiethölters*

²⁰ So durchaus autoritativ *R. Stürner*, *Der Juristenzeitung* zu ihrem 70. Geburtstag, in: *JZ* 71 (2016), 1–18, hier 17.

²¹ *F. Wieacker*, *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, 1953, erneut in *ders.*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, 1974; deutlicher und schärfer noch *ders.*, *Wiederauferstehung des Besitzbürgers*. Das Pro und contra in der Debatte um das Bürgertum, in: *Göttinger Universitätszeitung* 4 (1949), Nr. 4 S. 6–8; gestützt von seinem Altersgenossen *H. Krause*, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung*, in: *JuS* 1970, S. 313–321; aktuell eindringlich fortgeführt bes. bei *R. Singer*, *Das Sozialmodell des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Wandel*, in:

scharfer Beschwörung von 1968, man befinde sich in einer „Stunde Null“ (wie 1945?) und brauche „politische Rechtstheorie“. Gewiss, aber welche? Daher etwas konkreter: Man brauche freiheitliche Demokratie und „demokratischen Rechts- und Sozialstaat“²². Und etwas privatrechtlicher: Es gehe „um nicht weniger, als unsere politische und demokratische Gesellschaft selbst und die Richtung ihrer Entwicklung zwischen ‚Kapitalismus‘ und ‚Sozialismus‘“. ²³ Nur sehr wenig davon kann in dieser kleinen Studie hier aufgegriffen werden, „aber immerhin“ kann der Trost heißen.

Diese Sätze zu Fragestellung und Methode galten nach gut zehn Jahren Reform ebenso wie sie nun nach zwanzig Jahren gelten. Wesentliche Teile des Berichts und der Würdigungen bedürfen daher keiner Erneuerung seit der ersten Fassung.²⁴ Dafür kann der aufs Äußerste gekürzt gewesene Text jetzt voll ausgearbeitet und ergänzt vorgelegt werden. Besonders Prinzipienwandel und Systemwechsel kommen zu ihrem Recht. Die zuvor gestrichenen Belege machen nun die Fundamente und Zusammenhänge sichtbar. Viele unfreiwillig abstrakte und womöglich unerwünscht apodiktische Sätze erhalten etwas Anschauung.²⁵

II. Bericht und Bestandsaufnahme

1. Aufgabe

Bericht und Bestandsaufnahme stellen keine besonderen methodischen Probleme. Es geht einfach darum, die ändernde Gesetzgebung zu erfassen, wie sie in das bisherige Recht „eingreift“, mit *Savignys* klassischer Formulierung²⁶, und wie sich das nach rund zwanzig Jahren darstellt, wie also Wissenschaft und Pra-

Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, 2010, S. 981–1013, mit Betonung eines Wandels zu demokratisch und sozialstaatlich; normativ und real für Intervention; ein Versagen der Privatautonomie sei bisher nicht eingetreten (1005), Schutznormen seien ohne Alternative; Materialisierung durch den Gesetzgeber sei legitim, (eine unbestimmte) Mischung von autonom u. heteronom müsse gefunden werden (zus.f.d. 1012 f.).

²² *Wiethölter* (Fn. 5), Vorwort 1968, S. 10 und 75.

²³ *Ebda.* 281, zum Abschluss des Kapitels Wirtschafts- und Unternehmensrecht.

²⁴ Siehe diese in *J. Rückert*, Berliner Schuldrecht – eine neue Epoche? – 10 Jahre neues Schuldrecht – Generalbericht und Würdigung, in: Th. Duve/St. Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 506–533.

²⁵ Die prinzipielle Seite wurde mehr ausgearbeitet.

²⁶ Es geht nicht bloß um die sog. historische Auslegung, sondern um das historische Element des Rechts, s. *Savigny*, System I (Fn. 11), 214: „In den zur Zeit des gegebenen Gesetzes [...] bestimmten Zustand [...] sollte das Gesetz auf bestimmte Weise eingreifen, und die Art dieses Eingreifens, das was dem Recht durch dieses Gesetz neu eingefügt worden ist, soll jenes Element zur Anschauung bringen.“

xis inzwischen damit umgehen. Das erfordert wiederum eine doppelte Perspektive, zum einen auf das Neue an der Gesetzgebung von 2002, zum anderen auf die Frage, was davon und wie es nach 20 Jahren ‚angekommen‘ ist in Gerichten, Kautelarpraxis und Wissenschaft, also den neben der Gesetzgebung drei wesentlichen, rechtsbildenden Faktoren der Neuzeit. Eine Art Wissenschafts- oder Dogmatikgeschichte genügt also nicht.

2. Gesetzgebungsgeschichte

Die wieder lange, und übrigens bei fairem Vergleich gar nicht so lange²⁷, *äußere Gesetzgebungsgeschichte* seit 1980 bis 2001 ist vielfach dargestellt, immerhin überschaubar²⁸. Ich erinnere nur an die zwei wesentlichen Phasen, die erste, im Ergebnis erfolglose rund 10-jährige Gutachten- und Beratungsphase der ersten Reformkommission ca. 1980–1991, dokumentiert in einem gründlichen „Abschlußbericht“²⁹, und dann die hektische zweite, 15-monatige Modernisierungsphase vom August 2000 bis November 2001 mit allein fünf Fassungen, die teilweise erheblich differierten, handlich dokumentiert vor allem in dem Band „Schuldrechtsreform 2002“³⁰.

Die zweite Phase war begleitet von ungewöhnlich viel *Aufregung in der Wissenschaft*, darunter der neuen Form einer mobilisierenden Unterschriftenprotestaktion im Internet von bemerkenswerten über 250 Zivilrechtslehrern.³¹ Auch Alternativentwürfe wurden erstellt.³² Es kam zu einer bis dahin ungewohnten Polarisierung zwischen Befürwortern und Gegnern. Große Lösung versus kleine Lösung, Pflichtverletzung versus objektive Anspruchstatbestände usw. waren die heftig vertretenen Alternativen. Im Vergleich zu den gut dokumentierten Diskus-

²⁷ Zum BGB 1874–1896, vielbeklagt; vgl. aber Code civil 1804 (1791–1804), Sächsisches BGB 1865 (1846–1864), etwas schneller der spanische Código civil (1880–1889), Schweizerisches ZGB 1911 (1884–1907), it. Codice civile 1942 (1923–1942), niederl. Burgerlijk Wetboek (1947–2003), dt. Sozialgesetzbuch 1969–2004.

²⁸ Konziser Bericht bei *M. Schermaier*, HKK II 1 (Fn. 1), vor § 275 Rn. 90–93.

²⁹ Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister für Justiz, 1992, 306 S.

³⁰ Schuldrechtsreform 2002, hrsg. von C.-W. Canaris, 2002, enthält eine systematische Einführung, Diskussionsentwürfe, Begründung des Regierungsentwurfs, Stellungnahme des Bundesrates, Gegenäußerung der Bundesregierung, Bericht des Rechtsausschusses.

³¹ Dazu *J. Wilhelm*, Schuldrechtsreform 2001, in: JZ 56 (2001), S. 861 über die „Gemeinsame Erklärung zum Vorhaben des Erlasses eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes 2001“.

³² *Z. B. K. Richter*, Der Berliner Entwurf zur Schuldrechtsmodernisierung und seine Perspektiven für eine Neugestaltung des BGB im Wettbewerb mit einem Europäischen Zivilgesetzbuch, in: Humboldt Forum Recht, Internet-Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin, 2006, S. 4–33; als sog. kleine Lösung eingebracht seinerzeit von *Chr. Kirchner* im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages.