

125 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch

Herausgegeben von
NILS JANSEN und
SEBASTIAN LOHSSE

Mohr Siebeck

125 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch



125 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch

Kodifikation, Rechtsprechung und Wissenschaft

Herausgegeben von
Nils Jansen und Sebastian Lohsse

Mohr Siebeck

Nils Jansen ist Inhaber des Lehrstuhls für Römisches Recht und Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Europäisches Privatrecht an der Universität Münster.

Sebastian Lohsse ist Inhaber des Lehrstuhls für Römisches Recht und Vergleichende Rechtsgeschichte, Bürgerliches Recht und Europäisches Privatrecht an der Universität Münster.

ISBN 978-3-16-200013-2 / eISBN 978-3-16-200014-9
DOI 10.1628/978-3-16-200014-9

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

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025.

© Nils Jansen, Sebastian Lohsse (Hg.); Beiträge: jeweiliger Autor/jeweilige Autorin.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung der jeweiligen Urheber unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Vorwort

„125 Jahre BGB“ – das Jubiläum bot dem Institut für Rechtsgeschichte der Universität Münster Anlass zu einem Rückblick und Ausblick auf die Kodifikation und ihr Verhältnis zu Wissenschaft und Rechtsprechung. Das Forum dazu bildete die gleichnamige Ringvorlesung, die die Herausgeber dieses Bandes gemeinsam mit Elsemieke Daalder und Peter Oestmann im Wintersemester 2024/25 veranstaltet haben; aus ihr sind die in diesem Band versammelten Beiträge hervorgegangen.

Dank gebührt zunächst allen Referentinnen und Referenten, die sich nicht nur vorbehaltlos auf das gemeinsame Thema eingelassen, sondern ihre Beiträge auch so rasch geliefert haben, dass die Dokumentation der Vorlesungsreihe noch im Jubiläumsjahr erfolgen kann. Für die redaktionelle Bearbeitung bedanken wir uns bei Arian Hackmann, Richard Kullmann, Elias Alexandros Mewe und Marlene Schröder, die mit hohem Einsatz die strengen Richtlinien für die Manuskriptgestaltung umgesetzt haben. Bewährt angenehm war die Zusammenarbeit mit dem Verlag Mohr Siebeck und Dr. Julia Caroline Scherpe-Blesing.

Münster, im Juni 2025

Nils Jansen, Sebastian Lohsse

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungen	IX
<i>Nils Jansen und Sebastian Lohsse</i> 125 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch. Einführung	1
<i>Hans-Peter Haferkamp</i> Das BGB und die Privatrechtswissenschaft	11
<i>Fabian Michl</i> Bürgerliches Recht und Grundgesetz	39
<i>Jan Thiessen</i> Zwischen Gefängniszelle und Resozialisierung. Das BGB und die Rechtsprechung	75
<i>Annette Brockmüller</i> Der richterliche Blick auf die Kodifikation. Rechtseinheit durch Kodifikation und Rechtsprechung	97
<i>Corjo Jansen</i> 125 Jahre BGB aus niederländischer wissenschaftlicher Sicht	117
<i>Bruno Rodríguez-Rosado</i> Zwischen Bewunderung und Kritik. Eine spanische Perspektive	133
<i>Michael Grünberger/André Reinelt</i> Responsive Rechtswissenschaft	151
<i>Jan-Erik Schirmer</i> Kollektivinteressen im Privatrecht und die Stellung der Natur	213
<i>Marietta Auer</i> Die Zukunft des Privatrechts	241

Felix Hartmann

Sonderprivatrechte und Zivilrecht. Am Beispiel des Arbeitsrechts 263

Autorinnen und Autoren 283

Abkürzungen

a. a. O.	am angegebenen Ort
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Bürgerliches Gesetzbuch Österreichs)
Abg.	Abgeordnete/-r
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ABl. Brit. MR	Amtsblatt der Britischen Militärregierung
ABl. KR	Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AJCL	American Journal of Comparative Law
Anm.	Anmerkung
AOÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
ArchSozWiss	Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BArch	Bundesarchiv
BayVerf	Bayerische Verfassung
BB	Zeitschrift Betriebs-Berater
Bd.; Bde.	Band; Bände
BeckOGK-AGG	Beck'scher Online-Großkommentar zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz
BeckOGK-BGB	Beck'scher Online-Großkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
ber.	berichtigt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB 1900	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung von 1900
BGBL	Bundesgesetzblatt

BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BMJV	Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-PlPr.	Plenarprotokolle des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG, AP GG	Arbeitsrechtliche Praxis zum Grundgesetz
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande)
B2B	Business-to-Business
ChE	„Chiemseer Entwurf“, Grundgesetz für einen Bund deutscher Länder
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe; dieselben
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DRW	Deutsches Rechtswörterbuch
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
ECLI	European Case Law Identifier
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
Einf.	Einführung
ErfK	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
Erl.	Erläuterung
et al.	et alii (und andere)
EPA	Europäisches Patentamt
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
f.; ff.	folgende/-r
Fn.	Fußnote
Frhr.	Freiherr
GBL	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GG	Grundgesetz
GG 1949	Grundgesetz in der Fassung von 1949
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
HessVerf	Hessische Verfassung
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber/-in
hrsg. v.	herausgegeben von
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
IVR	Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie
JherJb	Jehring's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	JuristenZeitung
kgf.	königlich
KJ	Kritische Justiz
KlimR	Klima und Recht (Zeitschrift)
KlimRZ	Zeitschrift für materielles und prozessuales Klimarecht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LG	Landgericht
LJ	Law Journal
loc. cit.	loco citato (am angegebenen Ort)
LR	Law Review
m. E.	meines Erachtens
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts
MPI	Max-Planck-Institut
MüKoBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Neubearb.	Neubearbeitung
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
N. N.	nomen nescio (unbekannter Name)
NuR	Natur und Recht (Zeitschrift)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Patentgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
q. e. d.	quod erat demonstrandum
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RegBl.	Regierungsblatt
RG	Reichsgericht
Rg	Rechtsgeschichte (Zeitschrift)
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Zeitschrift Rechtswissenschaft
S.	Satz (in Verbindung mit Gesetzesnormen)
SBGG	Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte/-r, /-s
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
s. u.	siehe unten
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVVO	Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestellten- ausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten
UA.	Unterabsatz
UBU	Universitätsbibliothek Utrecht
v.	von; vom
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staats- rechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat & Registratie (Zeitschrift)
WRV	Weimarer Reichsverfassung
WürttBadVerf	Verfassung für Württemberg-Baden
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Zit.	Zitat
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG (germ.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung

ZRG (rom.)	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

125 Jahre Bürgerliches Gesetzbuch

Einführung

Nils Jansen und Sebastian Lohsse

Es scheint, als habe die deutsche Privatrechtswissenschaft 100 Jahre gebraucht, um mit dem BGB ihren Frieden zu schließen, und als habe sie die tragenden Ideen der Kodifikation (systematische Anlage; Trennung von Gesellschaft und Staat; Individualismus; formale Konzeptionen bürgerlicher Freiheit und Gleichheit) erst wertzuschätzen begonnen, als diese längst unter Druck geraten waren. Noch im Jahr 2000, als sich der Geburtstag des BGB zum hundertsten Mal jährte, blieb es merkwürdig still. Zwar wurde hier und da des Jahrestags gedacht, doch gefeiert wurde das BGB – anders als auf der anderen Seite des Rheins der *Code civil* – nicht. Zu einem Identifikationssymbol der deutschen Rechtswissenschaft war das Gesetzbuch – anders als später das Grundgesetz – nie geworden; zu lange hatte es als „Gefängniszelle“ gegolten, hatte man über das angeblich fehlende „sozialistische Oel“ geklagt und die bürgerlich-individualistische Grundkonzeption des Gesetzes ganz allgemein als verspätetes Denken des 19. Jahrhunderts wahrgenommen. Die Methodenlehre hatte in immer wieder neuen Anläufen versucht, der Wissenschaft Freiheit von allzu starrer Gesetzesbindung zu verschaffen. Umwertungen des bürgerlichen Rechts, zu denen es bereits in Weimar und dann verschärft unter dem Nationalsozialismus gekommen war, hatte man später nur zurückhaltend auf den Prüfstand gestellt, vielmehr in Weimar und im Nationalsozialismus begründete dogmatische Linien, bisweilen unter anderem Namen, fortgeführt (Aufwertung der Generalklauseln; Abkehr vom Willensdogma; Pflichtendenken; Sonderprivatrechte etc.).

Seit 2000 hat sich hier manches geändert.¹ Denn in der Kritik neuer Regulierungen und Wertvorstellungen (Verbraucherschutz; Gleichheitssatz) und in der Abwehr europäischer Instrumente und Vereinheitlichungsbestrebungen beriefen deutsche Privatrechtler sich nun auf einmal ganz maßgeblich auf das, was doch zuvor als Problem gegolten hatte. Man betonte die Bedeutung der Privatautonomie, man kritisierte eine Relativierung klarer Regeln durch eine Vielzahl von Generalklauseln, die Vermengung allgemeiner mit spezifisch verbraucher-schützenden Regeln, und man insistierte auf der Notwendigkeit verlässlicher

¹ N. Jansen, Gesetz, Politik und Wissenschaft. Eine Bilanz nach 125 Jahren, AcP 225 (2025), 114–163.

dogmatischer Strukturen. Freilich hatten sich angesichts der Überlagerung der Kodifikation durch immer massivere Schichten von Richterrecht längst die Beziehungen von Gesetzgebung, Wissenschaft und Rechtsprechung verschoben und die Wissenschaft ihre zentrale Stellung im Rechtssystem verloren. Gleichzeitig hatte sich die Wissenschaft angesichts der Zersplitterung des Bürgerlichen Rechts in immer neue Spezialmaterien und angesichts der Einbindung des deutschen Rechts in das europäische Mehrebenensystem von tradierten Vorstellungen systematischen Privatrechtsdenkens verabschiedet und war vom systematischen Lehrbuch auf den Gesetzeskommentar als zentrale Publikationsform ausgewichen; mit der Betonung von materieller Freiheit und Gleichheit waren scheinbar selbstverständliche Grundlagen des Privatrechts brüchig geworden; und mit der instrumentellen Inanspruchnahme des Privatrechts für regulative Zwecke waren schließlich auch etablierte Vorstellungen eines autonomen Privatrechts unter Druck geraten. Obleich die ursprüngliche systematische Struktur der Kodifikation sich angesichts immer rascher aufeinander folgender Reformen kaum mehr erahnen lässt, ist das BGB damit zu einem Symbol klassischen Privatrechtsdenkens geworden, das heute allerdings zur Geschichte zu werden droht.

In den zunehmend lebhaften Gegenwartsdiskursen zum Bürgerlichen Recht scheinen sich gewichtige Stimmen zwar auf die Errungenschaften klassischen Privatrechtsdenkens rückzubesinnen, doch ist nicht klar, wie weit sich dieses Denken ins 21. Jahrhundert retten lässt und die Probleme der Gegenwart zu bewältigen vermag. Nicht zuletzt aufgrund der geschilderten Herausforderungen fragen maßgebliche Privatrechtler nach einem „Proprium“ ihrer Wissenschaft und identifizieren dies mit etablierten Formen dogmatischen Arbeitens. Andere suchen zunehmend intensiv nach weiterführenden Formen wissenschaftlichen Arbeitens; sie stellen nicht nur überkommene dogmatische Annahmen auf den Prüfstand, sondern auch das etablierte Selbstverständnis des Privatrechts als einer unpolitischen, systemstabilisierenden Ordnung und nicht zuletzt auch die Rolle der Wissenschaft im Verhältnis zu Rechtsprechung und Gesetzgebung. Vor diesem Hintergrund bietet der 125. Geburtstag des BGB einen Anlass, Bilanz zu ziehen und einerseits die Geschichte der Kodifikation und der deutschen Rechtswissenschaft zu reflektieren, andererseits nach der Zukunft der Privatrechtswissenschaft zu fragen.

Dieser Band versammelt die Beiträge zu einer Ringvorlesung, die in diesem Sinne im Wintersemester 2024/25 an der Universität Münster stattgefunden hat. Im Eingangsbeitrag nimmt *Hans-Peter Haferkamp* nicht nur die deutsche Privatrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts in den Blick, sondern spannt einen weiten Bogen zurück zur Vorgeschichte. Denn das distanzierte Verhältnis der Wissenschaft zum BGB, so *Haferkamp*, beruhte nicht zuletzt darauf, dass das Gesetzbuch entgegen landläufiger Meinung nicht im eigentlichen Sinne ein Produkt der Wissenschaft gewesen sei, sondern ein Werk der Ministerialbürokratie

und auch der Politik. Gleichzeitig habe sich die Privatrechtswissenschaft am Ende des 19. Jahrhunderts in einer Phase tiefer Verunsicherung befunden. Die Wahrheitsgewissheit der Historischen Rechtsschule war zerbrochen, und das Fach sah sich in einer tiefen Methodenkrise. Aber man hielt an der Überzeugung der Historischen Rechtsschule fest, dass das Recht dynamisch war und sich nicht durch eine Kodifikation fixieren ließ. Wenn (erst) jetzt, wie *Haferkamp* näher ausführt, die Methodenlehre zu einem Thema der Wissenschaft wurde, ging es deshalb um Spielraum gegenüber dem Gesetz, nicht um Gesetzesbindung. Was der historische Gesetzgeber hatte regeln wollen, habe wenig gezählt; erst mit dem Historisch-kritischen Kommentar zum BGB (HKK) seien die Materialien umfassend erforscht worden. Bereits in der Weimarer Zeit lasse sich eine deutliche Abkehr von der Privatautonomie beobachten, die, wie *Haferkamp* annimmt, das Privatrechtsmodell des BGB getragen habe. In extremer Weise habe dann der Nationalsozialismus nicht nur das Privatrechtsmodell des BGB angegriffen, sondern auch dogmatisches Denken an sich und Rechtssicherheit. Der antiindividualistische Impuls dieser Zeiten sei auch nach 1948 nie ganz überwunden worden. Vielmehr hätte man seit den 1930er Jahren, geprägt von einer Erzählung vom „Aufstieg und Fall des Positivismus“, mit Instrumenten wie dem „konkreten Ordnungsdenken“ und der „Wertungsjurisprudenz“ nach neuen Formen nationalsozialistischen Rechtsdenkens gesucht, die bis in die 1980er Jahre ganze Juristengenerationen geprägt hätten. Mit alledem habe die deutsche Rechtswissenschaft über nahezu zwei Jahrhunderte einen sehr selbstbewussten „Sonderweg“ beschritten, der mit dem übernehmenden Richterrecht und der Ersetzung von Dogmatik durch Einzelabwägungen Ende des 20. Jahrhunderts ein Ende gefunden habe. Mittlerweile habe die Wissenschaft nämlich ihre Distanz zur Praxis gänzlich aufgegeben und sich der Justiz unterworfen.

Fabian Michl stellt der Privatrechtserzählung *Haferkamps* eine öffentlich-rechtliche Perspektive gegenüber und blickt auf die Rolle des bürgerlichen Rechts in der verfassungsrechtlichen Gründungsphase der Bundesrepublik. Es geht also um die Vorgeschichte zur Konstitutionalisierung des bürgerlichen Rechts mit und nach dem *Lüth*-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Damals habe das bürgerliche Recht, so *Michl*, sich in einer schweren Krise befunden: Bereits mit Inkrafttreten des BGB sei es zu einer massiven Entindividualisierung und zu massiven Eingriffen des Staats in die Privatrechtsverhältnisse gekommen. Seit dem Ersten Weltkrieg prägten Kontrahierungszwänge, Preisfestsetzungen, Beschlagnahmen und Enteignungen das bürgerliche Leben; die Weimarer Verfassung habe an den „antiindividualistischen Grundton“ der Zeit angeknüpft, der NS-Staat den Antiindividualismus radikalisiert, und auch nach dem Krieg seien sozialisierende Begrenzungen der Privatautonomie wichtiger geblieben als die individuelle Freiheit. Spiegelbild dieser Entindividualisierung des bürgerlichen Rechts sei seine fortschreitende Entkodifizierung gewesen:

Immer mehr hätten freiheitseinschränkende Sondergesetze die Regelungen des BGB überlagert; unter den Nationalsozialisten seien zentrale Materien dann ganz aus dem BGB herausgenommen worden. Mit dem Ende einer politischen Zentralgewalt 1945 und der Aufteilung Deutschlands durch die Alliierten sei es schließlich auch zu einer Partikularisierung des bürgerlichen Rechts gekommen, weil bürgerliches Recht nurmehr durch partikulares Recht, insbesondere durch Landesgesetzgeber, gesetzt werden konnte. Auch innerhalb der einzelnen Besatzungszonen ließ sich daher keine Rechtseinheit mehr gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sei bei der bundesrepublikanischen Verfassungsgesetzgebung selbstverständlich gewesen, dass die Verfassung auch das bürgerliche Recht prägen würde. Eine Rückkehr zum liberalen Individualismus und zur Vertragsfreiheit habe aber nicht auf der Agenda gestanden. Persönlichkeitsschutz hielten viele mit einem sozialistischen Wirtschaftsmodell für vereinbar. Auch eine Rekodifikation des bürgerlichen Rechts habe man nicht auf verfassungsrechtlicher Ebene behandeln wollen. Nur die Rechtseinheit sei, wie *Michl* detailliert rekonstruiert, bei der Verfassungsgesetzgebung ein Thema, wenn auch nicht Regelungsgegenstand gewesen. Wesentliche Materien wie etwa das Eheschließungsrecht seien deshalb erst ganz am Ende des Jahrhunderts in das BGB zurückgeführt worden. Im Vordergrund der Überlegungen des Parlamentarischen Rats habe allerdings die Transformation der Gesellschaft gestanden. Zwar habe der Parlamentarische Rat in Fragen der Wirtschaftsverfassung Zurückhaltung geübt. Vor allem ging es um Gleichberechtigung in der Ehe und von nichtehelichen Kindern – hier seien nicht zuletzt auch Details wie die Übergangsbestimmung des Art. 117 (1) GG wichtig gewesen. Allerdings seien die Ziele der Verfassung hier erst nach langem politischen Ringen erreicht worden. Der Persönlichkeitsschutz des BGB habe demgegenüber einer einhelligen Überzeugung in der Gesellschaft entsprochen – wesentliche Transformationschritte sei die Rechtsprechung hier bereits vor *Lüth* und unabhängig vom Grundgesetz gegangen.

Die Rolle der Rechtsprechung in der 125jährigen Geschichte der Kodifikation ließ sich naheliegenderweise aus der beobachtenden Position der Rechtswissenschaft wie aus der Binnenperspektive der Praxis beleuchten. Aus der Beobachtersicht des Rechtshistorikers sucht *Jan Thiessen* das Verhältnis des BGB und der Rechtsprechung „zwischen Gefängniszelle und Resozialisierung“ zu erfassen. Wie verschieden sich die Freiräume richterlicher Tätigkeit rechtstheoretisch bestimmen lassen, führt *Thiessen* dazu eingangs im Rückblick auf die entsprechenden Auseinandersetzungen von *Günter Hirsch* und *Christoph Möllers* bis zu *Bernd Rütters* und *Dieter Simon* vor Augen; damit ist der Raum ausgemessen, in dem *Thiessen* die Verortung der Rechtsprechung unternimmt. Vieles findet sich hier zunächst jenseits der Gitterstäbe der Gefängniszelle. Die zentralen Fälle zur sogenannten wirtschaftlichen Unmöglichkeit, zur *culpa in contrahendo* und zum Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte zeigten, wie sich

die Rechtsprechung seit dem Ersten Weltkrieg von bewussten Entscheidungen des Gesetzgebers zu distanzieren gewusst habe. Wie die Ergebnisse nationalsozialistischen Umwertens gelegentlich bis in die Gegenwart fortwirken, verdeutlicht *Thiessen* anhand zweier Entscheidungen zu wucherähnlichen Geschäften und zum Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern. Für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg schließlich erfährt der Leser, wie die Rechtsprechung materiale Gerechtigkeitsvorstellungen bisweilen dem Buchstaben des Gesetzes vorzog. Nicht minder betont *Thiessen* indes, in wie vielen Zusammenhängen die ordentliche Gerichtsbarkeit erst auf verfassungsgerichtliche oder – wie etwa im Antidiskriminierungs- und im Verbraucherschutzrecht – gesetzgeberische Vorgaben reagiert habe. Der Blick auf die 125jährige Entscheidungspraxis zeige damit, wie das BGB zwar selbstbewusste, aber doch kaum solche Richter gefunden habe, die Rechtsfindung im Wege bloßer Gefühlsjurisprudenz betrieben hätten. Die Rückschau stimmt *Thiessen* damit optimistisch; die von *Möllers* und *Rüthers* bekämpften Machtverschiebungen zugunsten der Rechtsprechung stünden im Großen und Ganzen nicht zu befürchten. Skepsis erscheint ihm freilich im Ausblick auf rechtspolitisch aufgeladene Entscheidungsfindung angezeigt, der etwa die responsive Rechtswissenschaft das Wort rede. Mit welchen Grenzziehungen sich traditionelle juristische Dogmatik hier behaupten könne, werde sich erweisen müssen.

Für die richterliche Perspektive steht der Beitrag von *Annette Brockmüller*, die nach der Rolle der Rechtsprechung in der Fortbildung des Privatrechts fragt und ihren Blick dabei insbesondere auf die Judikatur des Reichsgerichts und des BGH richtet. Im Rückblick auf den Kodifikationsstreit des 19. Jahrhunderts erinnert sie ihre Leser, wie sich der Ruf, im Wege der Kodifikation ein einheitliches Recht zu verstetigen, mit dem Wunsch nach wissenschaftlicher Fortbildung eines organisch gewachsenen Rechts konfrontiert sah. Die Grundhaltungen, die darin zum Ausdruck kommen, spiegeln sich für *Brockmüller* seit Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs in dieser Kodifikation einerseits und im Richterrecht als die Kodifikation ergänzender Rechtsquelle andererseits wider. Im Ergebnis zeichne sich ein fortwährendes Wechselspiel von Kodifikation, Fortentwicklung des so festgestellten Rechts durch Rechtsprechung und neuerlicher Kodifikation des derart fortentwickelten Rechts ab. Wie sehr solche richterliche Rechtsfortbildung bereits von Beginn an Not tat, zeigt für *Brockmüller* der Blick auf die reichsgerichtliche Rechtsprechung, wobei naturgemäß die positive Vertragsverletzung und einmal mehr auch hier der Wegfall der Geschäftsgrundlage im Vordergrund stehen. Anhand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs seit den 1950er Jahren schichtet *Brockmüller* sodann verschiedene Erscheinungsformen richterlicher Rechtsfortbildung voneinander ab. Die richterliche Rechtsfortbildung von außerhalb des BGB geregelten Materien veranschaulicht sie am Beispiel des Versicherungsvertragsrechts, das im ersten Versicherungsvertragsgesetz von 1908 zunächst nur rudimentär ausgeformt

war. In ähnlicher Weise wie sich die dazu ergangene Rechtsprechung später in Novellen dieses Gesetzes wiedergefunden habe, habe der Gesetzgeber auch mit dem Reisevertragsrecht in erster Linie Rechtsprechung kodifiziert. Zur Frage der Zulässigkeit richterlicher Rechtsfortbildung *praeter legem* im Rahmen des bereits kodifizierten Rechts streicht *Brockmüller* dann vor allem die Funktionen der Revision heraus. Besondere Aufmerksamkeit verdiene das erst 2024 eingeführte Leitentscheidungsverfahren, das eine Entscheidung über Rechtsfragen, die für eine Vielzahl von Verfahren von Bedeutung sind, auch dann ermöglicht, wenn sie aus prozessualen Gründen an sich nicht mehr ergehen könnte. Illustriert wird diese Kategorie der Rechtsfortbildung mit der Gewährung des Schmerzensgeldanspruchs bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Wie sehr die Rechtsprechung bei alledem zunehmend gefordert ist, zeigt *Brockmüller* abschließend anhand der Vermengung des hergebrachten bürgerlichen Rechts mit den verbraucherrechtlichen Sonderregelungen und den europäischen Vorgaben, die das BGB zunehmend durchdringen. Für die Rechtsprechung sei das bei der Auslegung des Gesetzes nicht minder fordernd als bei der Vertragsauslegung.

Zum Blick auf das BGB gehört zwangsläufig auch die Verortung der Kodifikation im internationalen Vergleich, über die sich selbstredend ein eigener Band veranstalten ließe. Nahe lag, jedenfalls exemplarisch den Blick darauf zu werfen, wie man das Gesetzbuch als späte und zugleich als besonders technisch geltende Frucht der Kodifikationsepoche dort wahrnahm, wo man das Zivilrecht bereits zuvor kodifiziert hatte. Für die Niederlande, die sich ein erstes Zivilgesetzbuch bereits 1838 gegeben hatten, unternimmt das *Corjo Jansen*. Die gleich zu Beginn seines Beitrages referierte Kritik, die man in den Niederlanden zunächst an der Abstraktheit der Entwürfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs geäußert hatte, wird dem Leser nicht unbekannt vorkommen. Doch seien solche kritischen Äußerungen, wie *Jansen* weiter ausführt, bereits mit Inkrafttreten des BGB zunehmend in den Hintergrund gerückt. Vor allem in der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg habe man das BGB in der niederländischen Rechtswissenschaft dann vielfach geradezu als Quelle der Inspiration wahrgenommen. Beispielhaft streicht *Jansen* für den Abzahlungskauf die Orientierung an § 455 BGB a. F. und an der Vorstellung einer aufschiebend bedingten Übereignung heraus. Aber auch in deliktsrechtlichen Zusammenhängen oder in zentralen rechtsgeschäftlichen Fragen, etwa zur Bindungswirkung des Angebots und zur grundsätzlichen Lehre vom Rechtsgeschäft, nicht zuletzt aber in der Schaffung eines Allgemeinen Teils habe man im deutschen Gesetzbuch und der deutschen Privatrechtswissenschaft Vorbilder gefunden. Für die Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg erinnert *Jansen* dann zunächst vor allem an die Studien *Eduard Meijers*'s, die den Grundstein für den weiteren Ausbau rechtsvergleichender Arbeiten legten. Wie man sich auch in der Folge zwar vielfach noch an der deutschen Rechtswissenschaft orientierte, Rechtsvergleichung freilich oftmals auch nur noch

oberflächlich betrieb und mit zunehmender Kritik an übermäßiger Dogmatik allmählich auch Abstand zum deutschen Bürgerlichen Recht suchte, zeigt *Jansen* schließlich anhand des Wegs zum neuen niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1992.

Aus der Perspektive der spanischen Wissenschaft blickt *Bruno Rodríguez-Rosado* auf das BGB. Für die spanische Wissenschaft habe dieses Gesetzbuch von jeher ein Objekt der Bewunderung und auch von „Neid“ gebildet. Insbesondere verdiene das hohe technische Niveau der deutschen Kodifikation aus Sicht der spanischen Wissenschaft, die mit einem viel volkstümlicheren Gesetzbuch arbeite, höchstes Lob, wobei dieses Urteil nicht nur dem ursprünglichen Text von 1900 gegolten habe, sondern in gleicher Weise der Schuldrechtsreform von 2002. Die deutsche Wissenschaft habe die spanische Lehre daher im 20. Jahrhundert ganz maßgeblich geprägt. Allerdings habe diese Bewunderung niemals zu einem kritiklosen Blick auf das BGB geführt. Beispielsweise sei die Systematisierungs- und Kodifikationsleistung des BGB unerreicht – kein anderes Gesetzbuch habe zu einem so einleuchtenden System gefunden wie das BGB, kein anderes das bürgerliche Recht so vollständig in die Kodifikation integriert. Aber damit habe die Kodifikation die Wissenschaft zu einem Gesetzeskult verführt, dem die Rechtsprechung nicht immer mit institutionellen Fortentwicklungen, wie der Saldotheorie oder der Erweiterung des Kreises geschützter Rechtsgüter in § 823 (1) BGB, zu begegnen vermocht habe. Mit institutionellen Entwicklungen wie der Unterscheidung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, der abstrakten Vertretungsmacht, der Ersetzung der Novation durch Abtretung und Schuldübernahme, der Kodifikation des Bereicherungsrechts, dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs, abstrakten Sicherungsrechten oder der Zugewinnngemeinschaft habe das BGB das spanische Recht und weitere Rechtsordnungen geprägt. Andere spezifisch deutsche Institute wie die abstrakte Übereignung, der gutgläubige Mobiliarsachenerwerb oder die Abwicklung nichtiger Verträge mittels des Bereicherungsrechts erschienen beim Blick von außen demgegenüber überdogmatisiert und wenig lebensnah. Echte Fortschritte habe das BGB schließlich auch auf der konkreten Regelebene gebracht; hier nennt *Rodríguez-Rosado* die Nachfrist der §§ 326 f. BGB a. F. und die erleichterte Ausübung von Rücktritts- und Aufklärungsrechten durch bloße Erklärungen. Aber auch hier, auf der Regelebene, sei es 1900 zu Überdogmatisierungen gekommen, die indes weithin überwunden worden seien. Bis heute definiere das BGB mit alldem den Standard wissenschaftlicher Privatrechtsdogmatik.

Als ergänzende Alternative zu etablierten Methoden wie der klassischen Rechtsdogmatik und der Rechtsvergleichung entfalten *Michael Grünberger* und *André Reinelt* ihr Konzept einer „responsiven“ Privatrechtswissenschaft im Anschluss an *Gunther Teubner* (1975) sowie *Philippe Nonet* und *Philip Selznick* (1978) und verteidigen diese zugleich soziologische und normative juristische Methode gegen kritische Stimmen. Im Kern gehe es darum, außerrecht-

liche Wissensbestände zu erschließen und möglicherweise divergierende Wissensbestände unterschiedlicher Wissenschaften unter Wahrung der spezifischen Eigenrationalität des Rechts juristisch zu verarbeiten. Es gehe also einerseits um einen reflexiven Übersetzungsprozess und andererseits um eine Dynamisierung der Rechtswissenschaft – und damit des Rechts – in Anbetracht einer Welt in Umbrüchen. Außerrechtliches Wissen irritiere die Rechtswissenschaft, lasse sich aber in einer von *Grünberger* und *Reinelt* als Fünf- bzw. Siebenstufenprozess ausgearbeiteten, methodisch nachvollziehbaren Weise in die Dogmatik integrieren. Dadurch könne die Rechtswissenschaft die nötigen dogmatischen Antworten auf aktuelle soziale Probleme finden. *Grünberger* und *Reinelt* erläutern dies anhand dreier Beispiele aus dem weiten Feld des Diskriminierungsrechts: anhand der Frage nach einem Anspruch von Trans- und Interpersonen auf Zugang zu Frauenbadeveranstaltungen, anhand eines möglichen Anspruchs ausgeschlossener Personen und Personengruppen auf Zugang zu Fußballstadien, Internetforen und anderen Orten und Dienstleistungen, wie Krediten oder Hotels, sowie anhand der Diskriminierung durch maschinengenerierte Algorithmen. Im Vordergrund stehen dabei jeweils nicht die Sachfragen, sondern methodische Probleme wie solche des Umgangs mit und der Auswahl aus der Überfülle externer Wissensbestände oder solche der Anpassung und Neukonstruktion von dogmatischen Begriffen und Denkfiguren. Responsive Privatrechtswissenschaft bilde zwar eine anspruchsvolle Methode, so *Grünberger* und *Reinelt*, bleibe aber immer praktikabel, weil viele Probleme sich pragmatisch bewältigen ließen. Ohnehin verfüge die Rechtswissenschaft bereits seit langem über Erfahrung im Umgang mit hochkomplexen externen Wissensbeständen (Technik; Naturwissenschaften) und – bei der Rechtsvergleichung – zum verantwortungsvollen Umgang mit Wissensbeständen, die für einzelne Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen in ihrer Gesamtheit unüberschaubar bleiben müssten.

Für einen neuen Umgang mit dem BGB steht auch der Beitrag *Jan-Erik Schirmers* zu Kollektivinteressen im Privatrecht und der Stellung der Natur. *Schirmers* Frage lautet, ob das Privatrecht der immer schneller voranschreitenden Schädigung der Natur nicht dadurch entgegenzutreten solle, dass es der Natur als ganzer Rechtssubjektivität zuspreche. Dass es sich dabei um ein kollektives Interesse handele, bilde auch im Privatrecht keine Besonderheit. Entgegen einer landläufigen Fehlvorstellung sei es bereits *Savigny* wichtig gewesen, solche Interessen zu berücksichtigen, und dieser Ansatz sei auch bei der Kodifikation des BGB und seither in der Rechtsprechung selbstverständlich geblieben. Von jeher hätten Kollektivinteressen, wie *Schirmer* exemplarisch für den *nasciturus* und die GbR nachweist, auch hinter der Anerkennung neuer Privatrechtssubjekte gestanden. Allerdings sei eine solche Anerkennung neuer Privatrechtssubjekte nur dann sinnvoll, wenn die relevanten Kollektivinteressen sich mittels bipolarer Relationen abbilden ließen. Dafür müsse es ein deutliches Rechtsschutzbe-

dürfnis für einen solchen Schritt geben; das relevante Interesse müsse sich innerhalb des Privatrechts stimmig abbilden lassen; ein Privatrechtsprozess müsse ein geeignetes Forum bilden, um die relevanten Rechtsfragen zu thematisieren; und die privatrechtliche Rekonstruktion des Kollektivinteresses dürfe nicht strukturell unterkomplex sein. Bei der Natur als solcher seien insoweit indes Zweifel anzumelden. Zwar bestehe ein Bedürfnis für einen privatrechtlichen Schutz, die Natur lasse sich auch innerhalb des Privatrechts stimmig abbilden, und Zivilgerichte seien als Forum geeignet. Aber es sei im Kern verfehlt, die Natur zu einem prozessualen Gegner des Menschen zu machen. Denn eine solche Herangehensweise verfehle den entscheidenden Punkt, die Einheit von Mensch und Natur.

Gegenüber solchen Überlegungen, in denen es im Kern um neue Formen des Privatrechtsdenkens geht, verteidigt *Marietta Auer* das Privatrecht in seiner klassischen Gestalt als konstitutives Element liberaler Gesellschaftsformen. *Auer* begründet dies mit fünf abstrakten Gründen, die einander wechselseitig ergänzen und stützen. Von jeher – von *Aristoteles* über *Kant* und *Locke* bis *Reinach* – hätten Philosophen die irreduzible horizontale Eigenlogik des Privatrechts gegenüber gesamtgesellschaftlichen Gerechtigkeitsfragen und Normierungsansprüchen nachgewiesen; und noch alle hegelianisch-marxistischen oder sozialen Erwartungen einer ‚Aufhebung‘ oder grundlegenden Neukonzeption des Privatrechts seien historisch widerlegt worden – ein Befund, den die Systemtheorie gegen alle Steuerungseuphorie „zähneknirschend“ bestätigt habe. Denn die Stabilität des Privatrechts ruhe auf soliden ökonomischen Grundlagen, und moderne liberale Gesellschaften seien nun einmal vor allem ökonomisch ein Erfolg. Auch ein Blick in die modernen Diskussionen der politischen Theorie bestätige schließlich den Befund, dass es ohne Privatrecht gar keinen Maßstab für die Zuweisung individueller Wertschöpfung geben könne. Ohne die „unhintergebar innovative“ spontane Ordnung des Privatrechts habe die liberale Gesellschaft deshalb keine Zukunft. Auch in Zukunft werde das Privatrecht daher nach menschlichem Ermessen aller Kritik standhalten.

Inwieweit sich das BGB im Lauf seiner 125jährigen Geschichte vom zentralen Ausdruck zum bloßen Symbol systematischen Privatrechtsdenkens gewandelt hat und damit auch die Einheit der Privatrechtsordnung geschwunden ist, lässt sich nicht ohne Blick auf das Verhältnis des Bürgerlichen Rechts zu den übrigen Materien des Privatrechts beantworten. *Felix Hartmann* zeichnet dazu nach, wie sonderprivatrechtliche Regelungen aus der Warte einer als einheitlich gedachten Privatrechtsordnung als rechtfertigungsbedürftige Fremdkörper erscheinen können. Beschreibe man solche Regelungen demgegenüber von vornherein als eigenständig, so ließen sie sich umgekehrt als Motor der Umgestaltung des allgemeinen Privatrechts begreifen. Für das Arbeitsrecht, aus dessen Perspektive *Hartmann* sich der Frage widmet, betone die Einheitsvorstellung dementsprechend die privatautonome Gestaltung, die nur aus Gründen sozialer

Sicherungen ergänzt werde. Ein umgekehrtes Bild biete sich, wenn man von der Vorstellung einer bereits im Ausgangspunkt gestörten Parität der Vertragsparteien ausgehe. Freilich sieht *Hartmann* keine fortwährende Verselbständigung des Arbeitsrechts, betont vielmehr einen Wandel von einem früher weitgehend emanzipierten zu einem inzwischen zunehmend reprivatisierten Rechtsgebiet. Ausgeführt wird das exemplarisch zum einen mit Blick auf die arbeitsrechtliche Gefahrtragsregel des § 615 S. 1 BGB, der man die Anwendbarkeit auf Betriebsrisiken zunächst noch weithin abgesprochen hatte; wenigstens teilweise sei mittlerweile die Reintegration solcher Risiken geglückt. Zum anderen streicht *Hartmann* das Tarifvertragsrecht heraus. Die früher verbreitete Erklärung aus einer staatlichen Delegation legislativer Befugnisse sei mittlerweile in den Hintergrund gerückt; inzwischen stehe das Bemühen im Vordergrund, Tarifverträge im Sinne kollektiv ausgeübter Privatautonomie verstärkt mit Figuren des allgemeinen Zivilrechts zu erklären. Überzeugen könne eine derart zivilrechtsorientierte Arbeitsrechtsdogmatik vor allem dann, wenn sie sich auf den freiheitswahrenden Charakter der zivilrechtlichen Grundstrukturen stütze; sie sei dann auch mit Erkenntnisgewinn für diese Strukturen verbunden. Indes entbinde sie das weder von der Aufgabe, spezifische arbeitsrechtliche Schutzbedürfnisse herauszuarbeiten, noch davon, empirische und ökonomische Erkenntnisse zu berücksichtigen.

Die Beiträge bieten kein in sich geschlossenes Bild; sie verbindet nicht einmal eine gemeinsame Vision; manches erscheint geradezu kontrovers. Augenscheinlich ist die Zukunft des Privatrechts offen – offener vielleicht als sie es jemals war. Privatrecht ist wieder zum Gegenstand von Grundlagendebatten geworden – und zum Feld ergebnisoffener Experimente. Dabei präsentiert sich das Privatrecht hochdynamisch, vieles hat sich viel schneller entwickelt als es einst vorstellbar war. Die Integration des Verbraucherrechts in die Kodifikation – vor 20 Jahren noch einer der Großkonflikte der Zivilrechtswissenschaft – bildet längst ein *fait accompli* – auch wer sie heute bedauert, hat sich mittlerweile damit abgefunden. Das Verbraucherrecht ist in der Mitte des Privatrechts angekommen: Spannungen und Wertungskonflikte zwischen europäischer Verbraucherrechtsregulierung und traditionellen Privatrechtsgrundsätzen sind heute ein Gegenstand normaler Feindogmatik – zum Gegenstand von Selbstverständigungsdebatten taugen solche Probleme längst nicht mehr. Die Autonomie des Privatrechts ist dabei nicht ernsthaft ins Wanken geraten, seine Zwecke sind es vielleicht schon. Offen scheint vor allem die Frage, wie weit das Privatrecht sich als Instrument gesellschaftlicher Selbstregulierung nutzen lässt. Jedenfalls ist Privatrecht wieder spannend geworden.