

Lehrbücher und Grundrisse der Rechtswissenschaft

Erster Band



Berlin 1966

WALTER DE GRUYTER & CO.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung · J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung · Georg Reimer · Karl J. Trübner · Veit & Oomp.

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches

Von

Professor Dr. jur. Dr. rer. pol. h. c. Dr. phil. h. c.

Heinrich Lehmann †

neubearbeitet von

Dr. jur. Heinz Hübner

o. Professor an der Universität Köln

Sechzehnte, unveränderte Auflage



Berlin 1966

WALTER DE GRUYTER & CO.

vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung • J. Guttentag, Verlags-
buchhandlung • Georg Reimer • Karl J. Trübner • Veit & Comp.

Archiv-Nr. 230566/1

Satz und Druck: Walter de Gruyter & Co., Berlin 30

Alle Rechte, einschließlich des Rechts der Herstellung von Photokopien und Mikrofilmen, vorbehalten

Vorwort zur ersten Auflage

Der „Allgemeine Teil“ des Bürgerlichen Gesetzbuches gibt keine inhaltliche Regelung der einzelnen Lebens- und Rechtsverhältnisse. Er enthält nichts darüber, wie z. B. Käufe oder Mietverträge abgeschlossen werden und wirken, wie man Eigentum erwirbt, die Ehe eingetragene oder ein Testament macht usw.

Aber alle diese einzelnen Rechtsvorgänge und die dadurch begründeten Rechtsverhältnisse haben gemeinsame Bestandteile. Großen Einfluß hat beim Rechtserwerb und -verlust z. B. die Willenserklärung: Käufer und Mieter wird man grundsätzlich nur, wenn man eine darauf gerichtete Willenserklärung abgibt, ebenso ist es grundsätzlich bei Eigentumserwerb, Schließung der Ehe, Ernennung des Erben. Wichtigster Gegenstand rechtlicher Herrschaft sind die Sachgüter. Überall ist die Frage bedeutsam, wem die Rechte zustehen können: nur natürlichen Personen oder auch sonstigen menschlichen Einrichtungen wie Vereinen oder Stiftungen? Zudem eignet sämtlichen Rechten ein gleichmäßiges Grundgefüge.

So liegt es nahe, diese gemeinsamen Bestandteile auszuscheiden und der inhaltlichen Regelung der einzelnen Rechtsverhältnisse in einem allgemeinen Teil voranzustellen. Dadurch werden nicht bloß Wiederholungen vermieden, sondern es wird auch erst die geistige Beherrschung des Rechtsstoffs gewonnen. Selbst wenn das Gesetz unterlassen hätte, die Bildung solcher Grundbegriffe und Obersätze vorzunehmen, so müßte die Wissenschaft diese Arbeit leisten. Denn sie hat die Aufgabe, die Fülle des Rechtsstoffs unter letzte einheitliche Oberbegriffe zu bringen und das geistige Band zu knüpfen, das die Teile zu einem einheitlichen Ganzen zusammenfaßt. So haben auch schon die Lehrbücher des Gemeinen Rechts den einzelnen Rechtsgebieten einen allgemeinen Teil vorausgeschickt. Demgegenüber ist beim Bürgerlichen Gesetzbuch das Neue nur, daß das Gesetz dieses Verfahren angenommen hat und selber in einem ersten Buche, dem sog. „Allgemeinen Teil“, seine Oberbegriffe und Leitsätze formt.

Der „Allgemeine Teil“ bringt danach keine völligen Neuwerte, sondern enthält zum größten Teil altes Gedankengut, das Ergebnis jahrhundertelanger Gelehrtenarbeit. Abhängig ist er von der Vergangenheit schon in seinem Aufbau, der an die alte römische Dreiteilung erinnert, in das *ius quod pertinet ad personas*, *ad res* und *ad actiones*.

Dieser Grundriß gliedert sich teilweise anders als das Gesetz, namentlich wo es galt, das Verständnis des Anfängers nicht allzusehr zu erschweren; so ist z. B. das Personenrecht an den Schluß gestellt, wo es m. E. auch in der Vorlesung behandelt werden muß: es setzt die Kenntnis der Lehre vom Rechtsgeschäft voraus. Im Gesetzbuch fehlen Grundsätze über die Rechtsvorschriften selbst: sie sind in einer Einleitung als „Lehre vom objektiven Recht“ kurz zusammengestellt.

Auf der andern Seite schien mir nicht ratsam, einen völligen Neubau im Gefüge des Allgemeinen Teils zu versuchen, so sehr auch die Aufgabe lockt und dereinst erfüllt werden muß. Aber jetzt ist die Zeit dafür noch nicht reif und dann warnt auch vor allzu eingreifenden Neuerungen der Zweck des Grundrisses.

Immerhin mögen die von mir beliebten Abweichungen sowie die gelegentlichen abwertenden Betrachtungen den Leser davor bewahren, Begriffsgebilde und gedanklichen Aufbau des „Allgemeinen Teils“ zu überschätzen. Seine Begriffe sind keine allgemeingültigen Werte, keine unveränderlichen, bloß rechnerischen Größen, die man einfach auf die einzelnen Lebens- und Rechtsverhältnisse anzuwenden brauchte, um ihre Regelung als eine logisch-mathematische Lösung wie von einem Zähler abzulesen, sie sind selber erst aus den Einzelsätzen des geltenden Rechts abgeleitet und bedürfen deshalb steter Überprüfung nach ihrer Wirkung im Leben.

Schon der Anfänger muß sich recht frühzeitig darüber klar werden: Die Kunst des Juristen besteht nicht darin, die Rechtssätze von außen an die Dinge heranzubringen und ihren gesunden Lebenswuchs zurechtzustutzen, sondern das Recht aus den angeschauten Dingen, aus der greifbaren Wirklichkeit des frischen Lebens herauszuholen; jeder Begriff ist so auszulegen, daß er einen möglichst hohen Lebenswert hat, die Gerechtigkeit darbietet, die menschlichem Können erreichbar ist. Möglichst gerecht den Fall entscheiden, das ist in allem das Leitziel.

Aus dem Vorwort zur fünften Auflage

Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches ist wieder in seine alten Rechte eingesetzt worden. Damit werden die Wünsche aller derer erfüllt, die das Bedürfnis empfinden, die Fülle des privatrechtlichen Stoffes von einem höheren Blickpunkt aus zu übersehen, die leitenden Grundgedanken herauszuarbeiten und zu einem einheitlichen Bau zu ordnen.

Die Bedenken, die man in dem letzten Jahrzehnt gegen den Allgemeinen Teil geltend gemacht hat, lassen sich keinesfalls gegen die wissenschaftliche Herausarbeitung der Grundsätze erheben, die ein Rechtsgebiet beherrschen, sondern allenfalls gegen die gesetzliche Festlegung solcher Grundsätze durch vorzeitig verallgemeinerte Begriffe, also ehe das gesamte Tatsachenmaterial, für das sie in Betracht kommen, klar angeschaut und abgegrenzt ist. Das ist allerdings im Kernstück des Allgemeinen Teils, dem Abschnitt über Rechtsgeschäfte (§§ 104—185 BGB.), nicht überall hinreichend beachtet worden. Es ist eine Schwäche des Allgemeinen Teils, daß seine Vorschriften über die Rechtsgeschäfte, obwohl sie z. T. nur Abstraktionen aus den angeschauten Tatbeständen des individualrechtlichen Verkehrs unter Einzelpersonen sind, gleichwohl ihrem Wortlaut nach allgemeine Anforderungen für alle Rechtsgeschäfte enthalten. So hat sich in den verflossenen Jahrzehnten immer mehr herausgestellt, daß diese Vorschriften der Eigenart der sozialrechtlichen Geschäfte, wie z. B. der des Verlöbnisses, der Gesellschaftsgründung, der Beitrittserklärung zur Gesellschaft, Beschluß und Abstimmung usw. nicht hinreichend gerecht werden. Das hat den Nachteil mit sich gebracht, daß ein vom Gesetzgeber in seiner Wesensart noch nicht richtig gewerteter sozialrechtlicher Tatbestand unter eine nicht passende Vorschrift gebracht wurde. Der Rechtsprechung fällt es erfahrungsgemäß viel schwerer, Restriktion zu treiben als sich zur Analogie zu entschließen, obwohl jene als ein Engerdenken der Norm aus dem vernünftigen Gesetzeszweck heraus genauso berechtigt und notwendig ist als diese, die den im Gesetz niedergelegten Grundgedanken für die nicht geregelten, aber gleich zu behandelnden Tatbestände zu Ende denkt.

Die mit den Abstraktionen des Allgemeinen Teils verbundene Gefahr läßt sich durch eine richtige Gesetzesanwendung mit diesen beiden Mitteln durchaus bannen, wenn die Rechtsprechung der Aufgabe gerecht wird, jeder Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift eine sorgfältige Untersuchung der durch sie getroffenen Tatsachen und Lebensverhältnisse sowie des vernünftig

begrenzten oder erstrebten Gesetzeszweckes vorangehen zu lassen. Das Gesetz will im Zweifel die vernünftige und gerechte Ordnung der Lebensverhältnisse evident machen.

In diesem Sinne verstanden und gehandhabt, verlieren die Vorschriften des Allgemeinen Teils das Bedenkliche zu weit getriebener Abstraktion. Statt ein Prokrustesbett der Lebenstatbestände werden sie ein unvergleichliches Mittel zur Beherrschung, systematischen Ordnung und gerechten Handhabung der positiven Rechtsnormen.

Köln, Weihnachten 1946

Heinrich Lehmann

Vorwort zur fünfzehnten Auflage

Bei der Neubearbeitung war ich bemüht, Änderungen auf das Notwendige zu beschränken; insbesondere hat der Aufbau des Werkes keine wesentliche Umgestaltung erfahren.

Andererseits mußte der dogmatischen Weiterentwicklung Rechnung getragen werden. Der Text, einschließlich der Hinweise auf die Rechtsprechung, wurde daher allenthalben ergänzt; darüber hinaus hat die Darstellung in verschiedenen Bereichen eine Neufassung erhalten. Ein selbständiges Kapitel über das Persönlichkeitsrecht und eine Reihe kleinerer Abschnitte wurden neu eingefügt. Die Literaturübersichten sind — freilich unter Verzicht auf Vollständigkeit — weitgehend erneuert oder mit Nachträgen versehen worden.

Gleichwohl hoffe ich, daß die persönliche Note, die Heinrich Lehmann seinem Buch gegeben hat, und seine klare, abgewogene Beurteilung der Streitfragen voll erhalten geblieben sind und als lebendige Tradition in unserer Zivilrechtslehre fortwirken werden.

Meinen Mitarbeitern — insbesondere Herrn Referendar Ulrich Müller — danke ich für Anregungen und für Unterstützung bei der Durchsicht der Literatur, der Anfertigung des Registers und beim Lesen der Korrekturen.

Köln, im Herbst 1965

Heinz Hübner

Vorwort zur sechzehnten Auflage

Die Neubearbeitung hat eine so erfreuliche Aufnahme gefunden, daß schon nach kurzer Zeit ein Nachdruck erforderlich geworden ist. Unter diesen Umständen habe ich von Änderungen und Nachträgen abgesehen.

Köln, im Oktober 1966

Heinz Hübner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

Das deutsche bürgerliche Recht — Die Lehre von den Rechtsvorschriften (vom objektiven Recht)

	Seite
§ 1. I. Abschnitt. Begriff des deutschen bürgerlichen Rechts . . .	1
§ 2. II. Abschnitt. Die Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, seine Entstehung und Weiterentwicklung	6
§ 3. III. Abschnitt. Die Quellen und Erscheinungsformen des deutschen bürgerlichen Rechts	13
§ 4. IV. Abschnitt. Allgemeine Kennzeichen des bürgerlichen Rechts. Arten seiner Vorschriften	30
V. Abschnitt. Der Herrschaftsbereich des deutschen bürgerlichen Rechts	37
§ 5. 1. Kapitel. Einwirkung des BGB. auf das vorhandene Reichs- und Landes- recht	37
§ 6. 2. Kapitel. Verhältnis des bürgerlichen Rechts zum neben ihm geltenden Privatrecht. — Internationales und interlokales Privatrecht	39
§ 7. 3. Kapitel. Verhältnis des bürgerlichen Rechts zum früheren Privatrecht — Übergangsrecht (Intertemporales Privatrecht)	52
§ 8. VI. Abschnitt. Ermittlung und Anwendung des bürgerlichen Rechts — Die Bedeutung des Bonner Grundgesetzes für die Rechtsfindung	54
§ 9. VII. Abschnitt. Rechtswissenschaft und Schrifttum	73

I. Buch des Bürgerlichen Gesetzbuches

Allgemeine Lehren

I. Teil

Die Lehre vom subjektiven Recht und seiner Ausübung

I. Abschnitt. Begriff und Inhalt des subjektiven Rechts	79
§ 10. 1. Kapitel. Rechtsverhältnis und subjektives Recht	79
§ 11. 2. Kapitel. Rechtssubjekt und Rechtsfähigkeit	83
§ 12. 3. Kapitel. Die Arten des subjektiven Rechts	86
§ 13. 4. Kapitel. Subjektives Recht und Anspruch	94
§ 14. 5. Kapitel. Subjektives Recht und Einrede	101

		Seite
	II. Abschnitt. Ausübung und Schutz der Rechte	109
§ 15.	1. Kapitel. Inhaltliche Ausübung	109
	I. Ausübung durch Genuß	109
	II. Ausübung durch Verfügung über das Recht	113
	2. Kapitel. Schutz der Rechte	117
§ 16.	A. Allgemeines über den Rechtsschutz	117
§ 17.	B. Selbsttätiger Rechtsschutz	118
§ 18.	C. Befugnis zum Selbstschutz	119
§ 19.	D. Recht auf Staatshilfe	128

II. Teil

Die Lehre von der Entstehung, dem Untergang und der Veränderung der Rechte — Lehre vom Tatbestand

	I. Abschnitt. Allgemeines	131
§ 20.	1. Kapitel. Der juristische Tatbestand und seine Bestandteile im all- gemeinen	131
§ 21.	2. Kapitel. Der Rechtserwerb insbesondere	134
§ 22.	3. Kapitel. Rechtsverlust	135
§ 23.	4. Kapitel. Der Schutz des redlichen Verkehrs	136
	II. Abschnitt. Rechtmäßiges Verhalten rechtsgeschäftlicher Art	140
§ 24.	1. Kapitel. Rechtsgeschäft und Willenserklärung. — Das Wesen der Willenserklärung und die Privatautonomie	140
§ 25.	2. Kapitel. Die Arten der Rechtsgeschäfte	151
§ 26.	3. Kapitel. Bestandteile des Rechtsgeschäfts	165
§ 27.	4. Kapitel. Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte	167
§ 28.	5. Kapitel. Die Erfordernisse des Rechtsgeschäfts	185
	1. Geschäftsfähigkeit und Verfügungsbefugnis	185
§ 29.	2. Zulässiger Inhalt des Geschäfts	193
	3. Gehörige Erklärung	205
§ 30.	A. Die Erklärung überhaupt. — Auslegung und Vertrags- ergänzung sowie richterliche Vertragsumgestaltung	205
§ 31.	B. Form der Erklärung	220
§ 32.	C. Vollendung und Empfang	228
§ 33.	D. Der Vertrag	232
§ 34.	E. Wille und Willensmängel	247
§ 35.	6. Kapitel. Bedingung und Zeitbestimmung	278
§ 36.	7. Kapitel. Die Stellvertretung	298
§ 37.	8. Kapitel. Die Zustimmung	328
§ 38.	III. Abschnitt. Rechtmäßiges Verhalten nicht rechtsgeschäftlicher Art. — Die sogenannten Rechtshandlungen im en- geren Sinne	336
	IV. Abschnitt. Rechtswidriges Verhalten	339
§ 39.	1. Kapitel. Begriff und Rechtsfolgen	339
§ 40.	2. Kapitel. Ausschluß der Rechtswidrigkeit	347
§ 41.	3. Kapitel. Verschulden und Zurechnungsfähigkeit	349
§ 42.	4. Kapitel. Zufall und höhere Gewalt	356

	Seite
V. Abschnitt. Die Zeit	358
§ 43. 1. Kapitel. Allgemeines	358
§ 44. 2. Kapitel. Auslegung und Berechnung der Zeitbestimmungen	359
§ 45. 3. Kapitel. Die Anspruchsverjährung	361
§ 46. 4. Kapitel. Befristung	368
§ 47. 5. Kapitel. Die Verwirkung	369

III. Teil

Die Lehre von den Rechtsobjekten (Gegenständen)

§ 48. I. Abschnitt. Allgemeines	371
II. Abschnitt. Die Sachen	372
§ 49. 1. Kapitel. Begriff der Sache	372
§ 50. 2. Kapitel. Einfache und zusammengesetzte Sachen. — Sachbestandteile	378
§ 51. 3. Kapitel. Arten der Sachen	386
§ 52. 4. Kapitel. Zubehör	388
§ 53. 5. Kapitel. Früchte	392
§ 54. 6. Kapitel. Rechts- und verkehrsunfähige Sachen.	396

IV. Teil

Die Lehre von den Rechtssubjekten (Personen)

§ 55. Die Rechtspersönlichkeit in der Rechtsentwicklung des 20. Jahrhunderts	400
I. Abschnitt. Natürliche Personen	404
§ 56. 1. Kapitel. Anfang und Ende der Rechtspersönlichkeit	404
§ 57. 2. Kapitel. Rechtlich erhebliche Eigenschaften und Zustände	411
§ 58. 3. Kapitel. Namensrecht	422
§ 59. 4. Kapitel. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht	427
II. Abschnitt. Juristische Personen	434
§ 60. 1. Kapitel. Allgemeines	434
I. Das Wesen der juristischen Person	435
II. Die Arten der juristischen Personen	438
III. Die Rechts- und Handlungsfähigkeit der juristischen Per- sonen	440
§ 61. 2. Kapitel. Vereine	442
I. Begriff und Arten der Vereine — Stellung des Staates zum Vereinswesen	442
II. Die Erlangung der Rechtsfähigkeit	446
III. Die Verfassung des Vereins	450
IV. Die Rechtsstellung der Mitglieder	459
V. Ende der Rechtsfähigkeit	465
VI. Die Schicksale des Vereinsvermögens	466
VII. Nichtrechtsfähige Vereine	468
§ 62. 3. Kapitel. Stiftungen	476
Sachregister	482

Verzeichnis der Abkürzungen

1. Die §§ des BGB. sind nur mit der Zahl zitiert. Bei allen übrigen Gesetzen erfolgt das Zitat unter abgekürzter Angabe der Gesetzesstelle, etwa: EG. 2 = Einführungsgesetz zum BGB. Art. 2.

2. Auf andere Stellen dieses Buches wird durch den Vorsatz „oben“ oder „unten“ hingewiesen.

3. Einzelne Abkürzungen.

a. A.	= anderer Ansicht
a. a. O.	= am angegebenen Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP oder ArchZivPr.	= Archiv für die civilistische Praxis
ADSp.	= Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen
a. F.	= alte Fassung
AG.	= Aktiengesellschaft
AG.	= Amtsgericht
AGB.	= Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBGB	= Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AktG.	= Aktiengesetz
ALR.	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AnnSächsOLG.	= Annalen des Sächsischen Oberlandesgerichts zu Dresden
AÖR.	= Archiv für öffentliches Recht.
AP.	= Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts, vorher Arbeitsrechtliche Praxis.
ArbG.	= Arbeitsgericht.
ArchBürgR.	= Archiv für Bürgerliches Recht.
ArchöfR.	= Archiv für öffentliches Recht
ArchRWiPhil. oder ArchRuWPh.	= Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.
ArchRSozPhil.	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.
ArchZivPr. oder AcP.	= Archiv für die civilistische Praxis
AV	= Ausführungsverordnung.
BAG.	= Bundesarbeitsgericht.
BayObLG	= Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BB.	= Der Betriebsberater.
Betrieb	= Der Betrieb.
BFH.	= Bundesfinanzhof.
BGB.	= Bürgerliches Gesetzbuch.
BGBI.	= Bundesgesetzblatt.
BGH.	= Bundesgerichtshof sowie Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.
BJM.	= Bundesministerium der Justiz.
BMI.	= Bundesministerium des Inneren.
BTDrucks.	= Drucksachen des Deutschen Bundestages.
BSG.	= Bundessozialgericht.
BürgA.	= Archiv für Bürgerliches Recht.
BVerfG.	= Bundesverfassungsgericht.
BVerfGG.	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz.

BVerwG.	= Bundesverwaltungsgericht.
CC.	= Code civile.
Denkschr.	= Denkschrift zum BGB.
DepotG.	= Gesetz über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren.
DGemWR.	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJ.	= Deutsche Justiz.
DJT.	= Deutscher Juristentag.
DJZ.	= Deutsche Juristenzeitung.
DNotZ.	= Deutsche Notar-Zeitschrift.
DÖV.	= Die öffentliche Verwaltung.
DogmJb. oder IheringsJb.	= Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts.
DR.	= Deutsches Recht
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung.
DRZ.	= Deutsche Rechtszeitschrift.
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
EG.	= Einführungsgesetz.
EGBGB.	= Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
EheG.	= Ehegesetz.
FamRÄndG.	= Familienrechtsänderungsgesetz v. 11. 8. 1961.
FamRZ.	= Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht)
FGG.	= Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
G.	= Gesetz.
GBL.	= Gesetzblatt.
GBO.	= Grundbuchordnung.
GG.	= Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland.
GewO.	= Gewerbeordnung.
GmbH.	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung.
GmbHG.	= Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung.
Gruchot	= Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
GrünhutsZ.	= Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut.
GrZS.	= Großer Senat in Zivilsachen
GVG.	= Gerichtsverfassungsgesetz
HaftpflG	= Reichshaftpflichtgesetz
HannRpfl.	= Hannoversche Rechtspflege.
HdwbRw.	= Handwörterbuch der Rechtswissenschaften.
HGB.	= Handelsgesetzbuch
h. L.	= herrschende Lehre.
h. M.	= herrschende Meinung.
HRR.	= Höchstrichterliche Rechtsprechung.
IheringJb. oder DogmJb.	= Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und des deutschen Privatrechts
IPR.	= Internationales Privatrecht.
JGG.	= Jugendgerichtsgesetz.
JMBI.	= Justizministerialblatt.
JR.	= Juristische Rundschau.

JW.	= Juristische Wochenschrift.
JZ.	= Juristenzeitung.
KG.	= Kammergericht.
KG.	= Kommanditgesellschaft.
KGJ.	= Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen.
KO.	= Konkursordnung.
KritVjschr.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
LG.	= Landgericht.
LM.	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring.
LZ.	= Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
MDR.	= Monatsschrift für Deutsches Recht.
Mot.	= Motive.
MRVO.	= Militärregierungsverordnung
NdsRpfl.	= Niedersächsische Rechtspflege.
NJ.	= Neue Justiz, herausgegeben vom „Obersten Gericht der DDR.“
NJW.	= Neue Juristische Wochenschrift.
NW.	= Nordrhein-Westfalen.
ObLG. oder BayObLG.	= Bayerisches Oberstes Landesgericht.
OGHZ.	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen.
OHG.	= Offene Handelsgesellschaft.
OLG.	= Oberlandesgericht.
OLGRspr. (auch OLG.)	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. v. Mugdan und Falkmann.
OVG.	= Oberverwaltungsgericht.
PaßG.	= Paßgesetz.
PatG.	= Patentgesetz
Prot.	= Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB.
PStG.	= Personenstandsgesetz.
RabelsZ.	= Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Rabel.
RAG.	= Reichsarbeitsgericht
RAGBensh.	= Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte, verlegt bei Bensheimer.
Recht	= Das Recht, begründet von Soergel.
RG.	= Reichsgericht. sowie Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGBL.	= Reichsgesetzblatt.
RGSt.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RheinZ.	= Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht.
RPfleger	= Der deutsche Rechtspfleger.
RVO.	= Reichsversicherungsordnung.
RvglHwB.	= Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes.
SächsArch.	= Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß.
SavZ.	= Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

ScheckG.	= Scheckgesetz.
SchlHAnz.	= Schleswig-Holsteinische Anzeigen.
SchmollersJ.	= Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich, hrsg. von Schmoller.
SeuffA.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
SeuffBl.	= Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
SJZ.	= Süddeutsche Juristenzeitung.
SoergelsRspr.	= Rechtsprechung zum BGB, bearbeitet von Soergel.
StGB.	= Strafgesetzbuch.
UWG. oder UnlW.	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.
VereinsG.	= Vereinsgesetz.
VerhDJT oder DJT	= Verhandlungen des Deutschen Juristentages
VersR.	= Versicherungsrecht.
VerwA.	= Verwaltungsarchiv
VerwG.	= Verwaltungsgericht.
VO.	= Verordnung.
VwGO.	= Verwaltungsgerichtsordnung.
WarnJb.	= Jahrbuch der Entscheidungen, begr. v. Warneyer.
WarnR oder WarnRspr.	= Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. von Warneyer.
WG.	= Wechselgesetz.
WeimRV.	= Weimarer Reichsverfassung.
WE.	= Willenserklärung.
ZakDR.	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZAuslIPR	= siehe RabelsZ
ZGB.	= Schweizerisches Zivilgesetzbuch.
ZHR.	= Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
ZPO.	= Zivilprozeßordnung.
ZVG.	= Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung.
ZZP.	= Zeitschrift für Zivilprozeß.

Einleitung

Das deutsche bürgerliche Recht
Die Lehre von den Rechtsvorschriften
(vom objektiven Recht)

I. Abschnitt

Begriff des deutschen bürgerlichen Rechts

§ 1

Gustav Boehmer, Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, I. Buch, 1950.

I. Das bürgerliche Recht ist Privatrecht.

Die Rechtsnormen, die das gesellschaftliche Zusammenleben der Menschen regeln, teilen wir herkömmlicherweise ein in öffentliches Recht und in Privatrecht („Bürgerliches“ oder „Zivilrecht“).

Das öffentliche Recht regelt die Beziehungen des Einzelnen zu Staat und öffentlichen Verbänden (Provinz, Kreis, Stadt- und Landgemeinde) und die Beziehungen dieser Verbände zueinander; es regelt sie weitgehend unter dem Gesichtspunkt der Über- und Unterordnung. Kurz gesagt: das öffentliche Recht ist das Recht der öffentlichrechtlichen Verbände, d. h. der mit Herrschaftsgewalt ausgestatteten Gemeinwesen, es ist das Recht der gemeinnützigen Machtverhältnisse.

Das Privatrecht dagegen regelt die Verhältnisse der einzelnen Rechtsgenossen als Einzelner unter dem Gesichtspunkt grundsätzlicher Gleichberechtigung. Privatrecht ist Recht für beliebige Einzelne, es läßt sich — mit Einschränkungen — als das Recht der eigennützigen Machtverhältnisse bezeichnen.

Dem öffentlichen Recht gehören z. B. an die Vorschriften über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit, über Wahlrecht, Steuerpflicht, Mitwirkung bei der Gerichtsbarkeit. — Dem Privatrecht gehören an die Vorschriften über das Eigentum und die dinglichen Rechte, über Kauf, Miete, Darlehn, über die familien- und erbrechtlichen Beziehungen usw.

Entscheidend für den Rechtscharakter einer Vorschrift ist im Zweifel ihr Zweck. Ist für die Zumessung der Rechte und Pflichten das Interesse der Gesamtheit ausschlaggebend, so liegt ein Satz des öffentlichen Rechts vor. Beim Privatrecht sind dagegen die Interessen des Einzelnen das zunächst Bestimmende. Freilich sind auch die Normen des bürgerlichen Rechts in letzter Linie dazu bestimmt, die Lebensbedingungen der Gemeinschaft zu sichern, gerade wie umgekehrt die Normen des öffentlichen Rechts auch das Wohl des Einzelnen fördern wollen. Entscheidend ist die Reihenfolge der Zwecke. Beim öffentlichen Recht ist der nächste Zweck die Wahrung der Gesamtbelange, während

das beim bürgerlichen Recht der entferntere Zweck ist. Seine Vorschriften suchen dem Wohl der Gesamtheit zu dienen, indem sie dem Einzelnen einen geschützten Machtkreis zuweisen, innerhalb dessen er seine Persönlichkeit frei entfalten kann. Ausbildung und Entfaltung der freien Einzelpersönlichkeit zu gewährleisten, das ist Aufgabe und Leistung des Privatrechts.

Der kritische Blick sieht freilich bald, daß sich die Scheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht zwar theoretisch unschwer vornehmen läßt, daß aber im einzelnen Rechtsverhältnis oft öffentlichrechtliche und privatrechtliche Bestandteile verschmelzen. Die Ordnung der Familienbeziehungen ist — abgesehen von dem Grundsatz der Gleichberechtigung der Ehegatten — nicht ohne eine gewisse Über- und Unterordnung denkbar. Auch die Einzelnen können sich zu Verbänden (Vereinen oder Gesellschaften) zusammenschließen, die als niedere oder privatrechtliche Verbände zwar zu dem Staat und den öffentlichrechtlichen Verbänden im Gegensatz stehen, aber doch überindividuelle, soziale Zwecke verfolgen. Die „Sozialisierung“ führt zur Umformung rein privatrechtlicher Verhältnisse unter dem Gesichtspunkt des Gemeininteresses. So wird beim Privateigentum in Art. 14 GG. ebenso wie schon in Art. 153 Weim. RV. betont, daß es auch dem Gemeinwohl zu dienen habe. Dementsprechend sind im Grundstücksrecht eine Anzahl neuer Bindungen entstanden, die zum Teil öffentlichrechtlichen Charakter haben. Die Vertragsfreiheit ist in der Zeit nach den letzten Kriegen stark beschnitten worden, indem Rechtsverhältnisse unter Privaten in gewissen Fällen durch Verwaltungsakt begründet oder verändert werden können (man denke an Miet-, Pacht- und Arbeitsrecht). Weiterhin stehen Ehe und Familie nach Art. 6 GG. unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung. Mit fortschreitender Durchdringung des Privatrechts mit öffentlichrechtlichen Bestandteilen, d. h. mit dem fortschreitenden Ausgleich des Gegensatzes zwischen Einzelperson und Gesamtheit wurde deshalb der Wert der Unterscheidung immer wieder in Frage gestellt.

Folglich darf es nicht wundernehmen, daß jeder Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht geleugnet worden ist; so namentlich von Hans Kelsen und seiner Schule. Kelsen will das Recht ausschließlich als formale Ordnung begreifen und lehnt deshalb eine Scheidung nach der Art der geschützten Interessen, also nach dem Inhalt der Normen, als unzulässig ab. Jeder Rechtssatz und jedes subjektive Recht könne sowohl als im öffentlichen wie im privaten Interesse stehend angesehen werden. Vom Standpunkt der Gesamtheit aus gesehen, sei jeder Rechtssatz öffentlichrechtlicher Natur. Alles Recht sei Staatsrecht, jeder Staat sei Rechtsstaat. Eine solche Mißachtung der Rechtsinhalte ist als einseitig abzulehnen; ein stoffloses Recht ist unbrauchbar. „Wer wie Kelsen die Verwendung des Zweckmoments in der juristischen Wissenschaft für unzulässig erklärt, schneidet sich überhaupt jegliche Möglichkeit juristischer Begriffsbildung ab.“ (So A. Baumgarten, Die Wissenschaft vom Recht und ihre Methode, Bd. II, S. 10.)

Die herkömmliche Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht hat Otto v. Gierke (vgl. DPR. I S. 26 ff.) dahingehend zu modifizieren gesucht, daß er einen Zwischenbereich als „Sozialrecht“ bezeichnet. Hierunter ordnet er die Rechtsverhältnisse ein, die die Interessen der sozialen Verbände (zu denen auch die Familie gehört) schützen wollen. Das Sozial- und Verbandsrecht überschneidet sich sowohl mit dem öffentlichen Recht als auch mit dem Privatrecht (O. v. Gierke, a. a. O. S. 27).

Schließlich wurde unter der Herrschaft des Nationalsozialismus der Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht von vielen verneint, weil alles Recht nur dem Gemeinwohl zu dienen habe — eine Überspannung, die die Belange der Einzelpersönlichkeit mißachtete.

Demgegenüber ist daran festzuhalten, daß eine wissenschaftlich haltbare Scheidung des objektiven Rechts in zwei Hauptbestandteile — öffentliches und Privatrecht — für unser Rechtssystem unerläßlich ist. Dies gilt einmal in materieller Hinsicht für die Frage, welche Rechtsnormen überhaupt anzuwenden sind, und zum anderen für die Entscheidung, welcher Rechtsweg jeweils zulässig ist.

1. Besondere Schwierigkeiten bereitete die Abgrenzung in materiell-rechtlicher Hinsicht. Hier haben sich allgemein gültige Kriterien bisher nicht finden lassen. Von den hierzu entwickelten Theorien sind insbesondere die Interessen-, die Subjektions- und die Subjektstheorie von Bedeutung.

a) Die Interessentheorie, die auf die Unterscheidung Ulpian's zwischen öffentlichem und privatem Recht zurückgeht (*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem* — Dig 1, 1, 1, 2) kann für sich allein deswegen nicht zu einer klaren Abgrenzung führen, weil der Staat häufig die Wahl hat, vom öffentlichen Interesse getragene Staatsaufgaben entweder privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich zu regeln. Sofern solche Verwaltungshandlungen in den Formen des Privatrechts vorgenommen werden (das Privatrecht als „Mittel der öffentlichen Verwaltung“), unterliegen sie zumindest grundsätzlich dem Privatrecht. Davon ist weiterhin das rein fiskalische Handeln der öffentlichen Hand (z. B. Einkauf von Büromaterial, aber auch die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb) zu unterscheiden, für das ohne weiteres das bürgerliche Recht zuständig ist (vgl. Soergel-Siebert, Einl. 79ff.). Schließlich erwähnt der Gesetzgeber selbst das öffentliche Interesse bei sonst als privatrechtlich angesehenen Pflichten, z. B. in den §§ 525 II, 679, 2194 BGB. Auf der anderen Seite dient letztlich alles Recht, auch das Privatrecht, der Ordnung menschlichen Zusammenlebens und damit dem öffentlichen Interesse (vgl. Wolff, VerwR. I § 22 II a 6).

b) Mit der Subjektionstheorie, die das entscheidende Kriterium zwischen öffentlichem und privatem Recht in dem Verhältnis der Über- und Unterordnung (Forsthoff, VerwR. I § 6, 2), sieht, lassen sich zutreffende Ergebnisse nur im hoheitlich-obrigkeitlichen Bereich des öffentlichen Rechts erzielen. Hingegen ist die Subjektionstheorie sowohl hinsichtlich der Rechtsbeziehungen gleichgeordneter Hoheitsträger untereinander als auch auf dem Gebiet der schlichten Hoheitsverwaltung Einwendungen ausgesetzt, da auch bei letzterer von einer Über- und Unterordnung nicht schlechthin ausgegangen werden kann. Als schlichte Hoheitsverwaltung bezeichnet man die Leistungsverhältnisse, die teils unmittelbar, teils mittelbar von der Verwaltung getragen oder mindestens kontrolliert werden und deren Abwicklung dem öffentlichen Recht folgt. (Dies gilt insbesondere für einen weiten Bereich der sog. Daseinsvorsorge, worunter man die Maßnahmen der Verwaltung versteht, die es zur

Aufgabe haben, die Allgemeinheit oder einen abgrenzbaren Personenkreis in den Genuß elementar notwendiger oder nützlicher Leistungen zu versetzen [Forsthoff, Vorbem. vor § 19]).

Mit den Kriterien der Über- und Unterordnung ist auch das Institut des „öffentlich-rechtlichen Vertrages“ nicht vereinbar, da sich hier die Vertragsparteien auf dem Boden der „Koordination“ begegnen (vgl. Forsthoff § 14, 1; zum öffentlich-rechtlichen Vertrag insbesondere Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwArch. 49 (1958), 106ff., und Salzwedel, Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages, 1958, sowie Bullinger, Vertrag und Verwaltungsakt, 1962), wobei dahingestellt bleiben kann, ob die vertragliche Regelung auf freier Entscheidung der Beteiligten oder nur zur Durchführung einer hoheitlich begründeten Maßnahme dient (in letzterem Fall wird zum Teil eine „Zweistufigkeit“ dahingehend angenommen, daß sich an den begründenden Verwaltungsakt ein privatrechtlicher Vertrag anschließe [vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz Art. 1 N. 137f.]).

Die Subjektionstheorie ist daher gehalten, auf die Interessenlage zurückzugreifen und die Frage aus der „Gesamtheit der obwaltenden Rechtsverhältnisse“ zu entscheiden (Forsthoff a. a. O. § 6, 2).

c) Nicht anders kann letztlich die Subjektstheorie verfahren. Sie will darauf abstellen, daß ein Teil der Rechtsnormen nur Träger hoheitlicher Gewalt berechtigt und verpflichtet. Beteiligt sich eine Rechtsperson in dieser Eigenschaft an einem Rechtsverhältnis, so soll öffentliches Recht gelten (vgl. Molitor, Über öffentliches und Privatrecht, 1949, S. 30f.; neuerdings — modifizierend — insbes. H. J. Wolff, AöR. Bd. 76, 205ff. und VerwR. I § 22 II). Es bedarf daher im jeweiligen Fall der Feststellung, in welcher Eigenschaft der Hoheitsträger sich am Rechtsverkehr beteiligen wollte (BGH 4 266 geht innerhalb des Zuständigkeitsbereichs von einer Vermutung für eine öffentl.-rechtliche Betätigung aus).

Soweit unklar bleibt, ob das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht oder dem privaten Recht angehört, soll es darauf ankommen, auf welchen Rechtsatz der Anspruch bzw. die Verpflichtung gestützt wird (Wolff, VerwR. I § 22 IIc mit Nachweisen). Im Grunde muß es dabei wiederum auf die Rechtsnatur des jeweiligen Verhältnisses ankommen, wobei die Interessen und Zwecke der Norm berücksichtigt werden müssen. Hier berührt sich die Subjektstheorie mit der Subjektionstheorie (vgl. Molitor a. a. O., S. 31).

2. Diese Problematik berührt die prozessuale Vorfrage, wenn entschieden werden muß, ob ein Rechtsstreit vor die bürgerlichen Gerichte oder die Verwaltungsgerichte gehört. § 13 GVG. teilt den ordentlichen Gerichten die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu, für die nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten oder anderen Gerichten (vgl. §§ 2, 3, ArbGG.) begründet ist;

ihm entspricht § 40 VwGO., wo auf die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art Bezug genommen wird. Das bedeutet, daß die Zuständigkeitsfrage nicht ausschließlich von der materiellen Qualifizierung abhängt, vielmehr spricht man von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kraft Zuweisung (formell bürgerliche Rechtsstreitigkeiten im Gegensatz zur materiell-rechtlichen); unter diesen Umständen haben die ordentlichen Gerichte über materielles öffentliches Recht zu entscheiden (vgl. die Zuweisung in § 40 II VwGO.). — Gibt jedoch eine Vorschrift des geltenden Rechts keine Zuweisungsregelung, ist die materiell-rechtliche Natur des Rechtsverhältnisses zugrunde zu legen.

Vgl. zu den Theorien über öffentliches und privates Recht: Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1924; Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (2) 1923, Neudruck, 1960; ders., Allgemeine Staatslehre, 1925, § 17; Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949; Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung I, 1950, 164; H. J. Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR. 76 (1950/51), 205ff.; ders., Verwaltungsrecht I (6), 1965; Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, 1953, 215ff.; Forst-hoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I (8), 1961; Baur, Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, JZ. 1963, 41ff.

II. Unter bürgerlichem Recht im Sinne der Darstellung ist nur zu verstehen das gegenwärtig geltende deutsche Privatrecht.

Das deutsche bürgerliche Recht ist, wie die Rechtsordnungen aller Kulturvölker, nicht stets inhaltsgleich gewesen, sondern ist das Ergebnis einer langen geschichtlichen Entwicklung. Wenn auch die Darstellung des allgemeinen Teils nur das gegenwärtig geltende Recht zum Gegenstand hat, so muß man sich doch diesen Entwicklungsgang in großen Zügen vergegenwärtigen. Ohne Kenntnis des geschichtlichen Unterbaues ist das Gegenwartsrecht nicht voll verständlich.

III. Das bürgerliche Recht im engeren, hier in Betracht kommenden Sinne umfaßt aber nicht einmal das ganze geltende deutsche Privatrecht, sondern nur einen Ausschnitt daraus. Seit Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuches versteht man darunter nur das für jedermann geltende Privatrecht, das auf dem Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Ergänzungsgesetzen beruht.

Im Gegensatz dazu stehen:

a) die privatrechtlichen Sätze, die für besondere Lebenskreise gelten, wie das Handelsrecht, das im wesentlichen Kaufmannsrecht ist, das Gewerbe-recht, soweit es die privatrechtlichen Interessen der gewerblichen Unter-nehmungen regelt, das Arbeitsrecht, das das Arbeitsverhältnis der abhängigen Arbeitnehmer normiert usw.

b) die privatrechtlichen Sätze, die für besondere Güterkreise in Sonder-gesetzen niedergelegt sind, wie das Urheberrecht, Patentrecht, Verlagsrecht usw., die gewissen Erzeugnissen der schöpferischen Tätigkeit Rechtsschutz verleihen.

II. Abschnitt

§ 2

**Die Vorgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs,
seine Entstehung und Weiterentwicklung**

Gustav Boehmer, Grundlagen der Bürgerl. Rechtsordnung, II. Buch, 1. Abt. 1951; Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952; Isele, Ein halbes Jahrhundert Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, AcP. 150 1. Zur Entwicklung des deutschen Zivilrechts seit dem Zusammenbruch vgl. AcP. 150 52f.

I. Vorgeschichte.

1. Die Rezeption und die Entwicklung bis zu den landesrechtlichen Kodifikationen.

Gegen Ausgang des Mittelalters ist das römische Recht (samt kanonischem Recht und langobardischem Lehnrecht) als geltendes Recht in Deutschland aufgenommen worden (sogenannte Rezeption). Das geschah allmählich durch die Übung der Gerichte, bei denen die gelehrten Richter die volkstümlichen Laienrichter ersetzten. Das einheimische Recht wurde zum größten Teil verdrängt. Eine wirkliche Rechtseinheit brachte die Rezeption gleichwohl nicht. Denn nach deutschrechtlicher Auffassung ging das Recht des engeren Lebens- und Rechtskreises dem des weiteren vor: „Willkür bricht Stadtrecht, Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht Reichsrecht.“ Das römische Recht erhielt nur aushilfsweise (subsidiäre) Geltung. Die Rechtszersplitterung, die für das mittelalterliche deutsche Recht kennzeichnend war, bestand also zum Teil weiter.

Bald setzte auch eine Gegenbewegung ein, die einmal das römische Recht den deutschen Verhältnissen anzupassen suchte (usus modernus), dann aber auch bemüht war, deutsche Anschauungen festzuhalten oder zu erneuter Geltung und Anerkennung zu bringen.

Weitergebildet wurde das römische Recht vornehmlich im Wege der Gewohnheit durch die Rechtsprechung; die Reichsgesetzgebung betätigte sich wenig im Privatrecht. Das deutsche Recht erhielt sich in den Partikularrechten, die fortbestehen blieben und ihren Vorrang vor dem römischen Recht behielten (namentlich das gemeine Sachsenrecht, *ius commune Saxonicum*).

2. Die großen landesrechtlichen Kodifikationen.

Mit dem Niedergang des Heiligen Römischen Reichs Deutscher Nation ging die Gesetzgebungsgewalt über auf die landesherrliche Gewalt. Zunächst unternahm diese nur die Einzelregelung bestimmter Rechtsverhältnisse.

Mit ihrem Erstarken aber regte sich der Gedanke einer Kodifikation, d. h. einer gesetzlichen Neugestaltung des Landesrechts als eines Ganzen. Fördernd wirkten in dieser Richtung die naturrechtliche und die nationale Strömung, die sich in dem Verlangen vereinigten nach einem in deutscher

Sprache verfaßten Gesetzbuch, das die brauchbaren Teile des römischen Rechts mit den lebenskräftigen Gedanken und Einrichtungen des deutschen Rechts verschmelzen und so Sicherheit und Einheitlichkeit des Rechtszustands begründen sollte.

Für das Reich konnte man sich zu einer derartigen gesetzgeberischen Tat nicht mehr aufschwingen, dagegen hatte in den Einzelstaaten der Kodifikationsgedanke große Erfolge.

In Betracht kommen namentlich außer dem 1756 für Bayern erlassenen (v. Kreittmayer) Codex Maximilianeus Bavaricus civilis, der dem Gemeinen Recht subsidiäre Geltung beließ:

- a) Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten, verkündet 5. Februar 1794, in Kraft seit 1. Juni 1794;
- b) der Code civil oder Napoleon (unter Mitwirkung Napoleons entstanden) vom 20. März 1804 (er galt für größere Bereiche des Rheinlands);
- c) das Badische Landrecht von 1809, in der Hauptsache eine deutsche Übersetzung des Code civil;
- d) Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Erbländer der österreichischen Monarchie vom 1. Juni 1811;
- e) das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, verkündet 2. Januar 1863, in Kraft seit 1. März 1865.

Durch die landesrechtlichen Kodifikationen wurde zwar für ihr Geltungsgebiet ein einheitliches Privatrecht geschaffen, für Deutschland dagegen die durch die Rezeption gewonnene teilweise Rechtseinheit wieder zerstört. Den Ländern des kodifizierten Rechts standen die Gebiete gegenüber, in denen das Gemeine Recht seine Hilfgeltung behielt. Danach waren in Deutschland vier große Rechtsgebiete zu unterscheiden: das des preußischen Landrechts, des französischen Rechts, des sächsischen Rechts und des Gemeinen Rechts. Selbst Preußen zerfiel in drei Privatrechtsgebiete: in der Rheinprovinz galt der Code civil, in den östlichen Provinzen und Westfalen das Allgemeine Landrecht und in den 1866 erworbenen Landesteilen das Gemeine Recht.

Helfen konnte aus dieser Zersplitterung nur eine reichsrechtliche Neuordnung (Kodifikation).

3. Die Rechtsgleichheitsbestrebungen.

Dem Deutschen Bund (1815—1866) fehlte die Gesetzgebungsgewalt; er war nur ein völkerrechtlicher Verband. Er konnte aber Gesetzesentwürfe beraten lassen und ihre Annahme den einzelnen Staaten empfehlen. Gesetzeskraft vermochten diese Entwürfe nur durch Erlaß als einzelstaatliche Gesetze zu erlangen. So sind zwei vortreffliche Gesetze, die deutsche Wechselordnung (1848) und das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch (1861) entstanden. Dadurch wurde freilich kein gemeinsames (d. h. aus einer gemeinsamen Quelle geflossenes), sondern nur allgemeines (d. h. tatsächlich übereinstimmendes) Recht geschaffen.

Diese beiden Gesetzeswerke sind das Ergebnis dergleich mit den Freiheitskriegen einsetzenden Bestrebungen nach einem einheitlichen und deutschen Recht.

Bereits 1814 forderte der Heidelberger Rechtslehrer Justus Thibaut ein gemeinsames Gesetzbuch in einer Flugschrift: Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland.

Gegen ihn wandte sich noch im selben Jahre v. Savigny in seinem, das Programm der historischen Rechtsschule enthaltenden Buche „Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“. Er bekämpfte den Vorschlag Thibauts: 1. weil Preußen und Österreich doch nicht auf ihre eben geschaffenen Gesetzbücher verzichten würden, 2. weil der Zeit die Fähigkeit fehle, ein gutes Gesetzbuch hervorzubringen, 3. weil eine brauchbare Rechtssprache noch mangle. Die Rechtsfortbildung beruhe nicht auf den Gesetzgebungsakten, sondern auf einer organisch fortschreitenden Rechtswissenschaft.

Die Auffassung Savignys trug damals den Sieg davon, es blieb alles beim alten. Erst die deutsche Nationalversammlung 1849 gab dem Verlangen nach einem einheitlichen bürgerlichen Recht wieder kräftigeren Ausdruck. Es kam jedoch nur zum Erlaß der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches sowie zur Arbeit an einem Entwurf eines gemeinsamen Obligationenrechts. Dieser wurde unmittelbar vor Auflösung des Bundes 1866 fertiggestellt (sog. Dresdener Entwurf).

4. Die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes und des Reichs bis zum BGB.

Nach der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 17. April 1867 war dieser ein Bundesstaat mit einer einheitlichen Zentralgewalt und dem Recht unmittelbarer Gesetzgebung für das Bundesgebiet. Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung vom 16. April 1871 beschränkte freilich die Gesetzgebung — was das Privatrecht anging — auf das Obligationen-, Handels- und Wechselrecht.

Erst ein fünftmal wiederholter Antrag Miquel-Lasker brachte durch das G. vom 20. Dezember 1873 die Ausdehnung der Zuständigkeit zur Gesetzgebung auf das gesamte bürgerliche Recht. Damit war endlich die Grundlage zum einheitlichen Neubau des Privatrechts für das ganze Reich gelegt. Einer erneuten Rechtszersplitterung war durch Art. 2 der Reichsverfassung von 1871 vorgebeugt, wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen.

II. Die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

1. 1874 wurde eine Vorkommission eingesetzt, die über Plan und Arbeitsweise Vorschläge machen sollte.

2. Nach ihrem Gutachten beschloß der Bundesrat 1874 die Einsetzung einer Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs. Diese bestand aus elf Mitgliedern unter Vorsitz des Reichsoberhandelsgerichtspräsidenten Pape. Zwei Mitglieder waren Theoretiker (Windscheid und Roth), die übrigen neun Praktiker (vornehmlich Planck). Zuerst wurden von fünf Redaktoren für die fünf Bücher Teilentwürfe hergestellt in siebenjähriger Arbeit. 1881 begannen die gemeinsamen

Beratungen. Erst 1887 wurde der fertiggestellte Entwurf dem Reichskanzler übergeben mit Motiven, die von Hilfsarbeitern ohne Verantwortung der Kommission hergestellt waren.

Der sog. I. Entwurf wurde samt den Motiven 1888 veröffentlicht und erfuhr eine herbe Kritik, mehr Widerspruch als Zustimmung. Man warf ihm vor eine überromanistische, doktrinaire, undeutsche, unsoziale Haltung und eine schwerfällige, unverständliche Ausdrucksweise. Als scharfe Kritiker traten namentlich hervor Gierke, Bähr (der einen vollständigen Gegentwurf vorlegte), Menger (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1890), sowie eine Reihe von Verfassern (Zitelmann u. a.) in den von Bekker und Fischer herausgegebenen „Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB.“.

Völlig zutreffend war der Tadel der Form, die Sprache war ein ausgeprägtes Schriftdeutsch, die vielen Verweisungen erschwerten das Verständnis (vgl. z. B. noch heute §§ 86, 651, 681, 1157, 1643, 1917, 2013 BGB.). Der Inhalt war besser, ein Auszug aus der damaligen Zivilistik, aber teilweise zu romanistisch, zu dogmatisch und konstruktiv, nahm zu wenig Rücksicht auf die Bedürfnisse des Lebens und die Lage der wirtschaftlich Schwachen (die Kommission hatte am grünen Tisch ohne Fühlung mit den Vertretern der wirtschaftlichen Berufsstände gearbeitet); andererseits war er zu perfektionistisch und schenkte dem Richter zu wenig Vertrauen. Gleichwohl war der Entwurf wertvoll als Grundlage für eine erneute Bearbeitung.

3. 1890 betraute der Bundesrat mit der Umarbeitung eine zweite Kommission. Zu ihr wurden neben Fachleuten nun auch Vertreter der verschiedenen wirtschaftlichen Interessentenkreise zugezogen, ebenso Vertreter der größten Reichstagsparteien.

Planck wurde zum Generalreferenten bestellt. 1895 war die Umarbeitung vollendet. Aber schon vorher veröffentlichte man wöchentlich die Beschlüsse der Kommission durch den Reichsanzeiger, nicht minder jedes Buch nach seiner Fertigstellung (sog. Teilentwürfe II. Lesung). Nach einer Schlußredaktion wurde die Arbeit Ende Oktober 1895 dem Bundesrat als Ganzes vorgelegt (Bundesratsvorlage, zweiter Entwurf [E. II]). Im Anschluß daran beriet man den Entwurf des Einführungsgesetzes.

1898 ist der II. E. im Druck erschienen, ebenso erschienen die Protokolle der II. Kommission 1897—1899. Der Entwurf hatte in dieser Fassung 6 Bücher; in einem 6. Buch waren die Vorschriften zum sog. Internationalen Privatrecht enthalten.

4. Der Bundesrat nahm den Entwurf 1896 mit den von seinem Justizausschuß beantragten unerheblichen Änderungen an. Das Internationale Privatrecht wurde ins Einführungsgesetz verwiesen. Der Reichskanzler legte den Entwurf 1896 dem Reichstag mit einer im Reichsjustizamt ausgearbeiteten Denkschrift vor — Reichstagsvorlage.

5. Der Reichstag verwies nach der 1. Lesung den Entwurf an eine Kommission von 21 Mitgliedern. Nach der Beratung in zwei Lesungen (dazu Kommissionsberichte) erfolgte die zweite und dritte Lesung im Parlament. Am 1. Juli 1896 wurden BGB. und EG. in namentlicher Abstimmung angenommen.

Von 288 anwesenden Abgeordneten stimmten 222 dafür, 48 dagegen, 18 enthielten sich; 50 Mitglieder fehlten.

Die vom Reichstag beschlossenen Änderungen sind gleichfalls nicht sehr erheblich; insbesondere verdankt das eigenhändige Testament des französischen Rechts seine Aufnahme ins Gesetz dem Reichstag; abgeändert wurden ferner Eherecht und Vereinsrecht.

6. Der Bundesrat trat am 14. Juli 1896 den Reichstagsbeschlüssen bei. Am 18. August 1896 wurde das Gesetz vom Kaiser unterschrieben vollzogen, als Tag des Inkrafttretens wurde der 1. Januar 1900 bestimmt.

Abgeändert wurden bis zum ersten Weltkrieg nur wenige Vorschriften; § 72 durch § 22 des VereinsG. und § 833 (Haftung des Tierhalters) durch G. vom 30. Mai 1908.

III. Die Nebengesetze des BGB., die Anpassung älterer Reichsgesetze, landesrechtliche Ausführungsgesetze.

1. Zur Ergänzung des BGB., namentlich im Hinblick auf das Verfahren, wurden gewisse Fragen des bürgerlichen Rechts in drei gleichzeitig in Kraft getretenen Sondergesetzen geregelt — sog. Nebengesetze.

- a) Die Grundbuchordnung vom 24. März 1897,
- b) das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung vom 24. März 1897,
- c) das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898.

2. Änderungen erfuhren auch einige ältere Reichsgesetze, die dem neuen bürgerlichen Recht angepaßt wurden.

So das Handelsgesetzbuch, das Gerichtsverfassungsgesetz, die Zivilprozeßordnung, die Konkursordnung, das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung, die Gewerbeordnung, das Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung usw.

3. Endlich hat die Neugestaltung des Privatrechts in sämtlichen Einzelstaaten landesrechtliche Vorschriften zur Ausführung des BGB., sog. Ausführungsgesetze nötig gemacht. Außerdem sind zahlreiche landesherrliche und ministerielle Verordnungen ergangen.

IV. Einfluß von Krieg und Revolution auf das BGB. — Die Weimarer Reichsverfassung. — Der Nationalsozialismus. — Das Bonner Grundgesetz.

Der Weltkrieg 1914—1918 und die Revolution von 1918 haben auf die Weiterentwicklung des Privatrechts einen großen Einfluß gehabt, der allerdings weniger in bestimmten gesetzgeberischen Eingriffen in die Paragraphenwelt des BGB. zutage trat als in einer durch das Vordringen der sozialen Ideen bewirkten Umformung unseres Denkens und damit unserer Rechtsprechung. Sie suchte eine soziale Ausgestaltung des menschlichen

Gemeinschaftslebens, die den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren und darüber hinaus die Wohlfahrt Aller möglichst erstrebt, rechtlich zu verwirklichen.

Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 beließ es bei der bisherigen Wirtschaftsorganisation, die auf dem Privateigentum (RV. Art. 153), der Vertragsfreiheit und der freien gewerblichen Betätigung des Einzelnen überhaupt (RV. Art. 152, 151) beruhte. Ebenso wurde das Erbrecht nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts gewährleistet (Art. 154 RV.). Die Anerkennung der alten Grundlagen der Privatrechtsordnung erfolgte aber nur grundsätzlich unter deutlicher Absage an den Geist des schrankenlosen Individualismus. Die bisher übliche Auffassung des subjektiven Privatrechts als eines vorwiegend eigennütigen Machtverhältnisses wurde preisgegeben. Überall in der Verfassung wurde der Pflichtengehalt, der den Privatreechten im Hinblick auf die Allgemeinheit innewohnt, betont; am schönsten und eindrucksvollsten beim Eigentum, von dem es in Abs. III des Art. 153 RV. heißt: Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste.

Der Nationalsozialismus trieb dann nach dem sog. Umbruch (März 1933) den Gemeinschaftsgedanken unter gleichzeitiger Absage an die Ideen des Marxismus auf die Spitze und unternahm es, Staat und Recht auf der Grundlage einer „blutmäßig verbundenen deutschen Volksgemeinschaft“ aufzubauen. Das führte zu einer weitgehenden Mißachtung der freien Einzelpersönlichkeiten und ihrer natürlichen Grundrechte sowie zu einer die Menschlichkeit und Gerechtigkeit verletzenden Unterdrückung der fremdrassischen Bevölkerungsteile, namentlich der Juden.

Die unmittelbaren Eingriffe in das BGB. hielten sich trotz der Versuche, sein System aufzulösen und ein „Volksgesetzbuch“ zu schaffen, auch jetzt in engen Grenzen, die Rechtsumgestaltung vollzog sich vornehmlich durch Beeinflussung des Rechtsdenkens und der Rechtsprechung, deren Unabhängigkeit man nicht mehr anerkennen wollte, sondern zu lenken versuchte. Hervorzuheben sind an privatrechtlichen Änderungsgesetzen auf dem Gebiete des BGB. das EheG. vom 6. 7. 1938 und das TestamentsG. vom 31. 7. 1938.

Nachdem die nationalsozialistische Gewaltherrschaft beseitigt worden war, gehörte die Aufhebung des nationalsozialistischen Rechts zu einer der ersten Maßnahmen der Militärregierung. Durch Gesetz Nr. 1 der Militärregierung wurden u. a. das sog. BlutschutzG. vom 15. 9. 1935 und das ReichsbürgerG. vom 15. 9. 1935 aufgehoben. Das EheG. wurde von den nationalsozialistischen Gedanken gereinigt und neu publiziert durch KontrollratsG. Nr. 16 vom 20. 2. 1946. Das TestamentsG. blieb zunächst bestehen, bis es durch das G. zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts v. 5. 3. 1953 aufgehoben und mit Ergänzungen und Änderungen wieder in das BGB. eingefügt wurde.

Das Bonner Grundgesetz vom 23. 5. 1949, das dem staatlichen Leben in der Bundesrepublik bis zur endgültigen Wiedervereinigung Deutschlands eine neue Ordnung geben will, hat unter deutlicher Absage an die Lehren des Nationalsozialismus die freie Einzelpersönlichkeit und ihre natürlichen Grundrechte wieder in den Vordergrund gestellt. So bekennt es sich zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. II) und spricht jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit zu (Art. 2 Abs. I). So garantiert es ebenso wie die Weim. RV. Eigentum und Erbrecht (Art. 14 I). Aber genau wie diese lehnt es den schrankenlosen Individualismus ab und hebt vor allem die Pflichten hervor, die den Privatrechten im Hinblick auf die Allgemeinheit entspringen, so z. B. für das Eigentum in Art. 14 Abs. II (vgl. hierzu unten § 55).

Hinsichtlich der Sozialisierung i. e. S. standen nach dem Kriege die Versuche, die Produktionsmittel zu vergesellschaften, im Vordergrund.

So hat beispielsweise das Land Hessen in seiner Verfassung vom 1. 12. 46 — in Art. 41 versucht, den Bergbau (Kohlen, Kali, Erze), die Betriebe der Eisen- und Stahlerzeugung, die Betriebe der Energiewirtschaft und das an Schienen und Oberleitungen gebundene Verkehrswesen in Gemeineigentum zu überführen; Art. 43 nimmt aber Klein- und Mittelbetriebe aus. Das Bonner Grundgesetz sieht die Möglichkeit einer Sozialisierung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln in Art. 15 ausdrücklich vor.

Die neuere Entwicklung ist dadurch gekennzeichnet, daß das Streben nach völliger Sozialisierung gegenüber dem Verlangen der Arbeitnehmer auf Mitbestimmung in den Organen der juristischen Personen zurücktritt. Ihren ersten gesetzlichen Niederschlag hat diese Entwicklung in dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21. 5. 1951 (BGBl. I S. 347) gefunden. Das Drängen auf Einführung des Mitbestimmungsrechts in den anderen Industriezweigen wurde immer stärker und führte bald darauf zum Erlaß des Betriebsverfassungsgesetzes vom 11. 10. 1952. Jedenfalls muß mit einer Neuordnung des Wirtschaftslebens im Sinne der Sozialisierungstendenzen die möglichste Freiheit und Gleichheit der Einzelpersönlichkeit im staatlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben vereint werden. Es bleibt die Aufgabe des Privatrechts, sie zu garantieren.

Die bedeutsamste Weiterbildung des Privatrechts durch die Gesetzgebung ist durch das zur Durchführung des vom GG. in Art. 3 Abs. 2 proklamierten Grundsatzes erlassene Gleichberechtigungsgesetz vom 18. 6. 1957 erfolgt. Von den weiteren Änderungen ist insbesondere die Novellierung des Mietrechts (vgl. MietR. Änd. G. vom 29. 7. 1963 und 14. 7. 1964) zu beachten.

Zu den Auswirkungen des Bonner Grundgesetzes auf das Privatrecht vgl. unten § 8 V.

III. Abschnitt

Die Quellen und Erscheinungsformen
des deutschen bürgerlichen Rechts

§ 3

Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929; Peter Liver, Der Begriff der Rechtsquelle, in Rechtsquellenprobleme im Schweiz. Recht, Festgabe für den Schweiz. Juristenverein, 1955; Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland (2), 1958; Schlegelberger, Das Recht der Gegenwart (4) 1965.

I. Überblick.

1. Man kann alles Recht nach seinen Quellen scheiden. Der Begriff „Quelle“ wird in dreifachem Sinne gebraucht:

a) Im formellen Sinne der Entstehungsursache eines Rechtssatzes an sich.

Gefragt wird hier nach der möglichen Begründungsform eines Rechtssatzes, nach den Tatbeständen, woraus überhaupt eine verbindliche Norm erwachsen kann (Gesetz? Gewohnheit? Gerichtsgebrauch? Wissenschaft?).

b) Im Sinne des Ursprungs dieser Quelle, also der den Rechtssatz erzeugenden verschiedenen Lebenskreise.

Gefragt wird hier nach den Subjekten der Rechtserzeugung; danach, ob der Rechtssatz vom Bund, einem Land oder einer autonomen, d. h. zu einer selbständigen Rechtssatzung befugten Gemeinschaft (Kirche, Gemeinde usw.) erzeugt ist.

c) Im Sinne der äußeren Erscheinungsform eines Rechtssatzes.
Hier wird nach der Art und Weise gefragt, wie der Rechtssatz zum Ausdruck kommt, nach der Art der Aufzeichnung in Gesetzen, Staatsverträgen, autonomen Satzungen, Niederschriften von Gewohnheitsrecht, Gerichtsentscheidungen usw.

2. Unter Rechtssatz verstehen wir eine innerhalb einer organisierten menschlichen Gemeinschaft geltende, auf ihrem Willen beruhende Verhaltensnorm, die unter gewissen Voraussetzungen ein bestimmtes äußeres Verhalten bindend vorschreibt, d. h. mit einem vom Willen der Unterworfenen unabhängigen Geltungsanspruch.

Die sog. genossenschaftliche Rechtstheorie, wie sie z. B. v. Gierke (Dt. Privatrecht I 112ff.) vertritt, erkennt dabei an, daß jede organische Gemeinschaft, auch Religionsgemeinschaften, Stände, Berufsklassen, an sich zur Erzeugung von objektivem Recht befähigt sind. Die staatliche Rechtstheorie führt dagegen alles Recht im eigentlichen Sinne auf den Staat zurück, spricht diesem das Rechtserzeugungsmonopol zu. Nach ihr gehören zum objektiven Recht nur die vom Staat selbst durch seine Organe erlassenen Rechtssätze und die mit staatlicher Zulassung von einem im Staate bestehenden engeren autonomen Verband erzeugten Verhaltensnormen (vgl. E. Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts 1927 S. 76).

Der Gegensatz wird bedeutsam bei den sogenannten Gesamtvereinbarungen des Arbeitsrechts, den Tarifverträgen und den Betriebsvereinbarungen; TarifvertragsG. v. 9. 4. 1949 u. Betriebsverfassungsg. v. 11. 10. 1952. Die herrschende Lehre sieht sie als Rechtsquelle an, soweit ihr normativer Teil in Frage

steht („Normenverträge“; vgl. Hueck, IheringsJb. 73, 33ff.; Schnorr von Carolsfeld, ArbR., (2) S. 59; Nipperdey in Hueck-Nipperdey (äglI S. 260ff.); modifizierend Nikisch, ArbR. (2) II, 213ff.). Für die Tarifvertreter regelt das Tarifvertragsgesetz die Frage i. S. einer Normativwirkung für die Mitglieder der vertragschließenden Verbände (§ 1), für die übrigen Betroffenen ist die Möglichkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung (§ 5) vorgesehen. — Auch der Betriebsvereinbarung wird Normcharakter zugebilligt.

Auch für die rechtliche Kennzeichnung der Satzung des Vereins, die dieser nach dem Willen der Majorität seiner Mitglieder gestalten kann, ist streitig, ob der Verein seinen Mitgliedern gegenüber eine Art gesetzgeberischer Gewalt, Autonomie, hat, oder ob die „sog. Vereinsautonomie“ nichts anderes ist als ein ungenauer Ausdruck für die auf rechtsgeschäftlicher Unterwerfung beruhende Befugnis, die Rechtsbeziehungen der Mitglieder in gewisser Weise zu gestalten (lex contractus). Nach RG. 165 S. 143 hat die Satzung den Charakter einer vertraglichen Vereinbarung nur so lange, bis der Verein ins Leben getreten ist; sobald das aber geschehen ist, gilt sie als die von der Persönlichkeit seiner Mitglieder losgelöste Verfassung seines Eigenlebens (vgl. auch unten § 61 III 1e).

Da es immerhin rechtsgeschäftliche Vorgänge sind, die diese gesetzesähnliche Geltungskraft entfalten, bestehen aber keine Bedenken, die Vorschriften des BGB. über die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen — soweit sie passen — analog anzuwenden (vgl. zu dem Fragenkreis auch Bötticher, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964).

3. Als Rechtsquellen im formellen Sinne einer tauglichen Entstehungsursache des objektiven Rechts kommen nur zwei in Betracht: **Satzung** und **Gewohnheit**. Die Rechtsregel kann von oben her, von der Zentralgewalt einer Gemeinschaft vorgeschrieben werden (Gesetz, **Rechtssatzung**) oder sich von unten her bilden durch **freiwillige tatsächliche Übung** (**Gewohnheitsrecht**).

Auf niedrigen Kulturstufen ist das Recht fast ausschließlich **Gewohnheitsrecht**. In dem Maße, wie das Gefüge eines Gemeinwesens fester wird und sich die Kultur hebt, wird das **Gewohnheitsrecht** immer mehr zurückgedrängt durch **Gesetze**, die von der Staatsgewalt im Namen der Gesamtheit erlassen werden. Heute ist das Recht fast ausnahmslos von oben her gesetztes Recht und gelangt zur Erscheinung in geschriebenen oder gedruckten Urkunden. Doch hat sich auch noch **Gewohnheitsrecht** erhalten oder bildet sich neu, meist allerdings im Gewande der **Rechtsanwendung**.

4. Die **Gewohnheit** ist eine der **Gesetzgebung** ebenbürtige **Rechtsquelle**.

Der allgemeine Wille, der sich in einer festen gleichmäßigen Übung eines bestimmten Verhaltens äußert, ist Recht, und wenn er sich im Widerspruch mit dem Gesetz durchsetzt, hat das Gesetz seine Geltung verloren. Selbstverständlich kann **Reichsgesetzesrecht** nur durch **Reichsgewohnheitsrecht** abgeändert werden (Art. 5 Reichsverfassung v. 1871: **Reichsrecht bricht Landesrecht**). Das BGB. erwähnt das **Gewohnheitsrecht** nicht besonders, erkennt es aber mittelbar an; nach Art. 2 EG. ist „Gesetz“ in seinem Sinne „jede Rechtsnorm“, also auch die **gewohnheitsrechtliche** (Vgl. im näheren unten III).

II. **Satzungsrecht** — **Gesetz** u. **autonome Satzung** — **Vereinbarung**.

1. **Gesetz** im materiellen Sinne ist jede staatliche **Rechtssatzung**, also auch die nicht in der Form des „Gesetzes“ ergangene **rechtsverbindliche Anordnung** eines **Rechtssatzes**.

a) Ein Gesetz im materiellen Sinne kann danach zustande kommen:

einmal auf dem in der Verfassung vorgesehenen, regelmäßigen Wege der „Gesetzesgebung“, also unter Mitwirkung der Volksvertretung oder, wo das Volk die alleinige Quelle der Gesetzgebung ist, durch die Volksvertretung — Gesetz im formellen Sinne,

aber auch im Wege einer von einem Regierungsorgan ohne Mitwirkung der Volksvertretung erlassenen Vorschrift — sog. Rechtsverordnung.

α) Die Gesetzgebung.

Nach der Reichsverfassung von 1871 waren die zur Gesetzgebung berufenen Organe im Reich Bundesrat und Reichstag; nicht der Kaiser, ihm stand nur die Ausfertigung und Verkündung der Reichsgesetze zu. Im Königreich Preußen waren die gesetzgebenden Organe der König und die beiden Häuser des Landtags.

In der deutschen Republik war nach der Weimarer Verfassung das Volk die alleinige Quelle der Gesetzgebung. Die Reichsgesetze wurden vom Reichstag beschlossen. Ausnahmsweise war ein Volksentscheid (Referendum) vorgesehen. Außerdem gab Art. 48 II dem Reichspräsidenten ein Notverordnungsrecht, wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet war.

Unter der Herrschaft des Nationalsozialismus vollzog sich ein Umbau der gesetzgebenden Faktoren. Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 3. 1933 — das sog. Ermächtigungsg. — erteilte der Reichsregierung eine umfassende Vollmacht. Nach Art. 1 konnten Reichsgesetze außer dem in der Reichsverfassung vorgesehenen Verfahren auch durch die Reichsregierung beschlossen werden. Daneben blieb der in der Verfassung (Art. 68 II) vorgesehene Weg der Gesetzgebung als zulässig bestehen. Nach dem Gesetz über die Volksabstimmung v. 14. 7. 1933 konnte die Reichsregierung das Volk befragen, ob es einer von der Reichsregierung beabsichtigten Maßnahme zustimme oder nicht. So wurde das Gesetz über das Staatsoberhaupt des Deutschen Reiches, wonach das Amt des Reichspräsidenten mit dem des Reichskanzlers vereinigt wurde, der Volksabstimmung unterbreitet. Endlich konnte der Führer als oberster Gesetzgeber durch Führererlaß oder Anordnung Rechtsvorschriften setzen. Davon wurde in den letzten Jahren der nazistischen Herrschaft immer mehr Gebrauch gemacht. Damit war die Demokratie durch eine Diktatur ersetzt.

Der Zusammenbruch Deutschlands und seine Besetzung durch die alliierten Streitkräfte führte zu einer Beseitigung oder Stilllegung aller Zentralstellen des Reichs. Die gesetzgebende Gewalt ging auf den obersten Militärbefehlshaber über. Er übernahm die oberste Regierungsgewalt durch die Proklamation Nr. 1.

Durch Beschluß v. 5. 6. 45 übernahmen sodann die Regierungen Englands, Frankreichs, Rußlands und der Vereinigten Staaten diese Regierungsgewalt und übertrugen sie dem Kontrollrat in Berlin. Seitdem wurden die Rechts- und Verwaltungsvorschriften für ganz Deutschland ausschließlich vom KR. erlassen, während die für die einzelnen Besetzungszonen bestimmten von den Oberbefehlshabern der Zonen oder den von diesen bestimmten Stellen erlassen wurden. Als solche Stellen wurden in immer weiterem Umfang auch deutsche Behörden mit Zuständigkeiten ausgestattet, z. B. für die Justizangelegenheiten die Oberlandesgerichtspräsidenten, bzw. die Justizminister der gebildeten Länder, in der brit. Zone später das Zentraljustizamt in Hamburg. In späterer Zeit wurde die gesetzgeberische Tätigkeit des Kontrollrats geringer und die Militärregierungsgesetze übernahmen die

Führung. Sie übertrugen immer weitere Zuständigkeiten an deutsche Stellen, in dem Maße, wie sich die deutschen Länder eine Verfassung gaben und als staatliche Willensträger neu konstituierten. Am raschesten vollzog sich diese Entwicklung in der amerikanischen Zone.

Die Potsdamer Übereinkunft zwischen Großbritannien, den USA. und der Sowjet-Union vom 2. 8. 1945 hatte die Schaffung gemeinsamer Verwaltungseinrichtungen für die wichtigsten Wirtschaftsgebiete in Aussicht genommen. Da es nicht gelang, eine Übereinstimmung zwischen den alliierten Besatzungsmächten zu erzielen, wurde im Juli 1947 für die amerik. und brit. Zone eine gemeinsame Verwaltung für die Gebiete der Ernährung, Wirtschaft, Finanzen, Post und des Verkehrs gebildet. Es wurden bizonale Räte eingerichtet mit der Befugnis, im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch Vorlagen von Gesetzen zu beschließen, die von den Ländern erlassen werden sollten. Durch die MilitäRErl. vom Febr. 1948 (Prokl. Nr. 7 der US-MR/Ord Nr. 126 der BritMR. vom 7. 2. 48) wurde das vereinigte amerik. und brit. Wirtschaftsgebiet noch stärker zusammengefaßt.

Es war also zu unterscheiden die ursprüngliche Gesetzgebungsbefugnis des Kontrollrats, die z. T. ursprüngliche, z. T. abgeleitete der Zonenregierung und die stets abgeleitete deutscher Behörden.

Die Gesetze des Kontrollrats enthielten grundsätzlich nur Richtlinien, deren Ausführung den Zonenregierungen überlassen blieb. Auch die brit. Militärregierung hat die Auffassung vertreten, daß die Gesetze des Kontrollrats erst durch eine besondere Anordnung der Zonenregierung in Kraft gesetzt werden müßten; vgl. Hann. Rpflege 1946 S. 23 Z. 7.

Neben den Vorschriften des KR. galten in den drei westlichen Zonen auch noch die Proklamationen, Gesetze, Verordnungen und sonstigen Bestimmungen der Militärregierung Deutschland — Kontrollgebiet des Obersten Befehlshabers, soweit sie nicht ersetzt oder durch spätere Vorschriften überholt sind. Die Trennung der vereinigten militärischen Befehlsgewalt unter dem 14. 7. 1945 bildet hier den Einschnitt. Die Oberbefehlshaber der einzelnen Besatzungszonen bedienten sich ebenfalls der verschiedensten Formen für den Erlaß von Rechtsvorschriften, nämlich der Verordnung, Bekanntmachung, Verfügung, Anordnung. Zu beachten ist, daß der vom deutschen Recht gemachte Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung auf die rechtsetzende Tätigkeit der Militärbehörden nicht anwendbar ist. Richtiger Ansicht nach waren alle Erlasse der Besatzungsmächte, gleichgültig in welcher Form sie ergingen, als gesetzgeberische Maßnahmen wirksam, und zwar auch dann, wenn sie sich als Anweisung nur an einen bestimmten Personenkreis richteten; vgl. Stödter, Deutschlands Rechtslage, 1948, S. 209f.

Bei allem Besatzungsrecht ist davon auszugehen, daß die Siegermächte bei ihrer Rechtsetzung kraft Völkerrechts eine eigenständige Autorität ausübten, eine völkerrechtliche Gewalt, die ihren Rechtsgrund lediglich im Okkupationsverhältnis fand und ihrem Inhalt nach aus diesem zu bestimmen war (so heute die überwiegende Meinung; vgl. Stödter a. a. O. S. 198, Kaufmann, Deutschlands Rechtslage S. 27, Jahrreiß, Die Rechtspflicht der Bundesrepublik Deutschland zur Entschädigung für Reparations- und Demilitarisierungseingriffe der Kriegsgegner des Reiches in Privatvermögen, 1950, S. 8).

Nachdem der Kontrollrat infolge der politischen Verhältnisse funktionsunfähig geworden war, verstärkte sich das Bestreben, die von den westlichen Alliierten besetzten Gebiete zu einer Einheit zusammenzufassen. Durch inhaltlich übereinstimmende Landesgesetze wurde im Herbst 1948 mit Zustimmung der westlichen Besatzungs-

mächte der Parlamentarische Rat ins Leben gerufen und mit der Ausarbeitung eines Grundgesetzes für das Gebiet der westlichen Besatzungszonen beauftragt.

Das Grundgesetz vom 23.5.49 faßt die westdeutschen Länder zur Bundesrepublik Deutschland zusammen und stellt ihr staatliches Leben auf eine neue Grundlage. Allerdings soll es im Hinblick auf die zu erstrebende Wiedervereinigung Gesamtdeutschlands nur Übergangscharakter haben (vgl. die Präambel und Art. 146).

Die Schaffung des Grundgesetzes war jedoch nicht bereits gleichbedeutend mit der Erlangung der völligen Souveränität durch die Bundesrepublik. Das am 21. 9. 49 in Kraft getretene Besatzungsstatut enthielt die Sonderbefugnisse, die die drei westlichen Besatzungsmächte in Ausübung der bei ihnen verbliebenen obersten Gewalt für sich in Anspruch nahmen. Hier waren vor allem der Vorlegungszwang von Gesetzen vor der Verkündung und die Einspruchsmöglichkeit der Besatzungsbehörden gegen Gesetze zu erwähnen, daneben die in Ziffer 2 aufgeführten Vorbehalte.

Die Verhandlungen über die Beseitigung des Besatzungsstatuts führten dann zum Abschluß des sog. Generalvertrags (EVG.), der infolge der ablehnenden Haltung Frankreichs durch die sog. Pariser Abkommen ersetzt werden mußte. Sie geben Deutschland im wesentlichen die volle Souveränität wieder unter Aufnahme in den Brüsseler Pakt und den Nordatlantikpakt in Verbindung mit gleichzeitiger Sicherstellung eines deutschen militärischen Beitrags.

Nach dem Grundgesetz obliegt die Gesetzgebung grundsätzlich den Ländern. Die Zuständigkeit des Bundes ist nur im Falle der Zuweisung durch das Grundgesetz gegeben (vgl. Artikel 70ff. GG.). Das Bürgerliche Recht ist dem Bund durch Artikel 74 Nr. 1 GG. als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung zugewiesen. Danach haben die Länder gem. Artikel 72 GG. die Befugnis zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts, solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht (vgl. jedoch Art. 125 GG.).

Die Bundesgesetze werden vom Bundestag unter Beteiligung des Bundesrates (Zustimmungsbedürftigkeit bzw. Einspruchsrecht, Art. 77 GG.) beschlossen. Das daneben bestehende außerordentliche Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 81 GG. (Gesetzgebungsnotstand) ist an strenge Voraussetzungen gebunden und ohne Zustimmung durch den Bundesrat nicht möglich.

Die Gesetzesinitiative liegt bei der Bundesregierung, beim Bundesrat oder bei den Mitgliedern des Bundestages (Art. 76). Seitens der Bundesregierung gehen die Gesetzesentwürfe im Regelfall von Referentenentwürfen der zuständigen Ministerien aus, die über das Kabinett als Regierungsvorlage zunächst dem Bundesrat und von diesem zur Erörterung und Beschlußfassung dem Bundestag zugeleitet werden.

Die dabei — insbesondere auch durch die Beratungen der Ausschüsse — entstehenden Berichte und Protokolle gehören zu den Gesetzesmaterialien, die für die Interpretation der Normen beigezogen werden können, jedoch für die Auslegung nicht verbindlich sind.

Neben der Gesetzgebung durch die Volksvertretung ist zu beachten, daß den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in einem bestimmten Rahmen Gesetzeskraft beigelegt ist (§ 31 Bundes-VerfGG.).

β) Die Rechtsverordnungen

Vom Gesetz unterscheidet man die sogenannte Rechtsverordnung, die durch ein ausführendes (Exekutiv-)Organ (Bundesregierung, Bundesminister, auch Landesregierung) auf Grund besonderer gesetzlicher Ermächtigung erlassen wird.

Die Rechtsverordnung ermöglicht zwar eine schnellere und anpassungsfähigere Regelung, stellt andererseits aber eine Gefahr dar, da die verfassungsmäßigen Garantien für die Gesetzgebung umgangen werden können. Daher müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung im Gesetz bestimmt sein (Artikel 80 GG.).

Im Gegensatz zur Rechtsverordnung steht die Verwaltungsverordnung, die nur eine die Einrichtung oder Tätigkeit der Staatsorgane oder der öffentlichen Anstalten betreffende Anweisung der vorgesetzten an die nachgeordnete Behörde als inneren Verwaltungsvorgang enthält (Anordnungen, Dienstvorschriften, Verwaltungsanweisungen, Instruktionen und Richtlinien).

Die sog. Notverordnungen, die in außerordentlichen Notlagen des staatlichen Lebens von einem Träger der vollziehenden Gewalt erlassen wurden (Art. 48 Abs. 2 WeimRV.), sieht das Grundgesetz nicht vor; es hat die Frage der Gesetzgebung bei außerordentlichen Notlagen, einem sog. Gesetzgebungsnotstand, in Art. 81 neu geregelt.

In den Rahmen der Rechtsverordnung gehören insbesondere Durchführungs- und Ausführungsverordnungen, die die Bestimmungen eines Gesetzes ergänzen oder die von ihnen gelassenen Lücken ausfüllen, z. B. die vom Kaiser mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Verordnung vom 27. März 1899, betr. die Hauptmängel und Gewährfristen beim Viehkauf. Auch die Verordnungen der Polizei- bzw. Ordnungsbehörden sind mit Rücksicht auf die gesetzliche Ermächtigung (z. B. §§ 28ff. OrdnungsbehördenG. NW.) Rechtsverordnungen; es handelt sich um eine für eine unbestimmte Anzahl von Fällen an eine unbestimmte Anzahl von Personen gerichtete allgemeine Anordnung zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung. Im Gegensatz hierzu steht die an den einzelnen oder an einen bestimmbar Adressatenkreis gerichtete Polizei- bzw. Ordnungsverfügung.

b) Das Gesetz bzw. die Rechtsverordnung bedarf der Verkündung. Die Publikation vollendet den Gesetzgebungsakt und schließt dadurch, daß dem Bürger die Möglichkeit zur Kenntnisnahme gegeben wird, die Einwendung aus, der Betroffene habe sein Verhalten nicht entsprechend einrichten können.

Früher wurden die Reichsgesetze im Reichsgesetzblatt, die Rechtsverordnungen im Deutschen Reichsanzeiger bzw. im Reichsministerialblatt verkündet. Sie traten nach § 3 des Ermächtigungsg., soweit nicht ein anderes bestimmt wurde, mit dem auf die Verkündung folgenden Tage in Kraft.

Die Militärregierungsgesetze wurden in besonderen Amtsblättern der Militärregierung verkündet, für die britische Zone z. B. im „Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet“. Die Gesetze und Anordnungen der Militärregierung traten grundsätzlich mit ihrer Verkündung in Kraft.

Bundesgesetze werden im Bundesgesetzblatt (Art. 82, Abs. 1 GG.), Rechtsverordnungen im Bundesgesetzblatt oder im Bundesanzeiger (Gesetz über die

Verkündung von Rechtsverordnungen vom 30. 1. 1950) verkündet. Bundesgesetze und Rechtsverordnungen des Bundes sollen den Tag ihres Inkrafttretens enthalten; fehlt eine solche Bestimmung, so treten sie 14 Tage nach Ausgabe des betreffenden Bundesgesetzblattes bzw. Bundesanzeigers in Kraft (Art. 82 II GG.).

2. Staatsverträge sind als solche keine Gesetze.

Sie verpflichten als völkerrechtliche Abmachungen nur die vertragschließenden Staaten. Damit sie den Charakter einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift nach innen erhalten, müssen sie — soweit nicht der Fall des Art. 25 GG. vorliegt — außerdem noch als staatlicher Befehl verkündet werden. Dies geschieht, soweit sie sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, in der Form eines Bundesgesetzes (Art. 59 II GG.), bei Verwaltungsabkommen entsprechend den Vorschriften über die Bundesverwaltung.

3. Autonome Satzung ist eine Rechtsvorschrift, die von einem mit Rechtsetzungsbefugnis ausgestatteten, im Staate bestehenden engeren Verband erlassen ist. Gewisse örtliche Verbände (wie Kreise, Gemeinden), aber auch persönliche Verbände haben das sog. Recht der Autonomie, d. h. ein Gesetzgebungsrecht für ihnen eigentümliche Verhältnisse. (Vgl. auch das Satzungsrecht der Universitäten; s. z. B. Art. 16 Verfassung NW).

Beseitigt ist die Autonomie des hohen Adels (EG.BGB. 57, 58) durch Art. 109 III WRV. Die Weim. V. enthält genau genommen nur eine Anweisung zur Beseitigung, der Abbau der Vorrechte des hohen Adels ist dem Landesrecht überlassen. Preußen hat die Beseitigung der Standesrechte vollzogen durch Gesetz über die Standesvorrechte des Adels und die Auflösung der Hansvermögen vom 23. Juni 1920.

Von der Satzungsautonomie ist die rechtsgeschäftliche Privatautonomie zu unterscheiden, kraft deren die einzelnen Rechtsgenossen ihre Beziehungen durch Rechtsgeschäft beliebig gestalten können: siehe darüber unter § 24 I—III.

4. Vereinbarung. Als eigenartiger Entstehungstatbestand eines Rechtsatzes ist in der neueren Literatur der Begriff der rechtsetzenden Vereinbarung herausgearbeitet worden.

Binding, Gründung des Norddeutsch. Bundes, Festg. Windscheid, 1888, 69ff.; ders., Zum Werden und Leben der Staaten 1920, S. 191ff.; Georg Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen 1882, 101ff.; Triepel, Völkerrecht u. Landesrecht 1899, 43ff.; Hatschek, Lehrb. des deutsch. u. preuß. Verwaltungsrechts (7/8) 60ff.; E. Jacobi, Grundlehren des Arb.R., 1927, 260ff.; Vogel, Vertrag u. Vereinbarung 1932.

Die Vereinbarung darf nach dieser Lehre mit dem Vertrag nicht gleichgesetzt werden. Sie ist zwar wie dieser die erklärte Willensübereinstimmung mehrerer Parteien. Während sich aber beim Vertrag die Parteien als Träger entgegengesetzter Interessen gegenüberstehen und inhaltlich verschiedene, aber einander entsprechende Willenserklärungen abgeben, die sich auf einen einheitlichen Erfolg zusammenfinden, stehen bei der Vereinbarung die Parteien einander nicht als Träger entgegengesetzter Interessen gegenüber, sondern geben

inhaltlich gleiche Erklärungen ab, die auf den gleichen rechtlichen Erfolg gerichtet sind und gemeinsame, gleiche oder einheitliche Interessen befriedigen. Als Beispiele für eine solche Vereinbarung werden u. a. angeführt: die Vereinbarung der Verfassung eines Bundesstaates durch die sich zusammenschließenden Staaten, die Aufstellung von Völkerrechtssätzen durch mehrere Staaten, die Errichtung der Vereinsstatuten durch mehrere Einzelpersonen, die sogenannten Regulierungsrezesse zwischen Gutsherrschaft und Gemeinden usw.

In diesem Zusammenhang interessiert nur die rechtsetzende Vereinbarung. Selbst wenn sie für das Völkerrecht eine besondere Rechtsquelle neben dem Vertrag darstellen sollte, besteht doch für die Vereinbarungen im Gebiete des innerstaatlichen Rechts, die vom staatlichen Gesetzgeber mit rechts-erzeugender Kraft ausgestattet sind, keinerlei Notwendigkeit, sie als eine besondere Rechtsquelle neben der autonomen Satzung anzuerkennen. Denn es ist zu beachten, daß die Erscheinungsform, in der in solchen Fällen der Rechtssatz entgegtritt, nicht die Vereinbarung an sich, sondern die Erklärung des durch die Vereinbarung entstandenen gemeinsamen Willens ist, der sog. Gesamtakt im Sinne Kuntzes (Leipziger Festgabe für Müller 29). „Die Vereinbarung beschränkt sich auf die Bildung eines gemeinsamen oder Gemeinwillens, der Gesamtakt ist Erklärung des fertigen gemeinsamen oder Gemeinwillens Dritten gegenüber“ (Triepel, a. a. O., 60 u. 75). Eine Erklärung Dritten gegenüber ist nur dann unnötig, wenn der Kreis der von dem vereinbarten Rechtssatz Betroffenen zusammenfällt mit dem Kreis der bei der Rechtsbildung Beteiligten.

Wenn aber die bloße Vereinbarung ohne Erklärung nicht genügt, um einen Rechtssatz zu erzeugen, dann ist die Vereinbarung auch nicht als eine eigene Rechtsquelle neben der autonomen Satzung anzuerkennen, bildet vielmehr nur einen besonderen Entstehungsvorgang für autonomes Satzungsrecht.

Die autonome Satzung wird sich allerdings regelmäßig darstellen als die einseitige Erklärung der Zentralgewalt eines Verbandes, sie kann aber auch eine zweiseitige Erklärung mehrerer Verbände oder eines Verbandes und einer Einzelperson (Arbeitgeber beim Tarifvertrag) sein.

Die Vereinbarung ist an sich nur eine formale Kategorie, die sofort zu der Frage nötigt, warum denn gerade eine solche Vereinbarung mit rechtsetzender Kraft ausgestattet worden ist. Und darauf lautet die Antwort: weil der staatliche Gesetzgeber den in Betracht kommenden Verbänden die Möglichkeit eröffnen wollte, ihre eigentümlichen Verhältnisse im Wege der Selbstverwaltung im Rahmen des allgemeinen Rechts zu ordnen. Das aber ist Autonomie.

Auch der Tarifvertrag läßt sich — soweit sein normativer Teil reicht — als eine solche Vereinbarung ansprechen; auf beiden Seiten ist ein gleicher Wille und ein gleiches Interesse dahingehend vorhanden, daß bestimmte Arbeitsnormen die

einzelnen Arbeitsverträge beherrschen sollen (vgl. Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 140 Anm. 86).

III. Gewohnheitsrecht und Observanz.

M. Rümelin, Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts, 1929; Hans Mocre, Zur Theorie des Gewohnheitsrechts, ZöfR. 12 (1932), 273, 386ff.; Mezger, Der Begriff der Rechtsquelle, Festg. f. Heck, Rümelin, Schmidt, 1931, 32ff.; Rehfeldt, Die Wurzeln des Rechts, 1951; ders., Einführung in die Rechtswissenschaft, 1962, § 29.

1. Gewohnheitsrecht ist die nicht durch Satzung, sondern durch tatsächliche Übung innerhalb einer Gemeinschaft erzeugte Rechtsregel. Erforderlich ist:

a) eine tatsächliche, nicht bloß vorübergehende gleichmäßige Übung innerhalb einer Gemeinschaft.

b) eine derartige Übung im Sinne einer auch für die Zukunft maßgebenden Verhaltensnorm (Geltungswille).

Die ältere Übungstheorie begnügte sich mit der Übung, was zur Vermischung mit den Normen der Sitte führt, bei denen der Wille, eine bindende Regel zu verwirklichen, fehlt. Vor allem ist aber nicht einzusehen, daß der bloßen Tatsache der Übung verbindliche Kraft zukommen soll. Abzulehnen ist auch die sog. Überzeugungstheorie, soweit ihre Anhänger sich mit der bloßen Volksüberzeugung begnügen, daß etwas Recht sei. Maßgebend ist der in der Übung zutage tretende Geltungswille, daß etwas als Rechtssatz gelten solle (Enneccerus), was nicht dem Willen gleichgesetzt werden darf, einen Rechtssatz neu zur Entstehung zu bringen. Soweit die Überzeugungstheorie die Volksüberzeugung versteht als „willenskräftige Überzeugung, daß etwas Recht sein solle“ (Schuppe, Gewohnheitsrecht, 1890, 19—21), kommt sie sachlich auf dasselbe hinaus; vgl. M. Rümelin, a. a. O. 38.

Gewohnheitsrecht bildet sich vornehmlich durch richterliche Rechtsfortbildung, durch einen Gerichtsgebrauch, der sich allgemein durchsetzt; vgl. unt. § 3 VI. Bestes Beispiel ist die Entwicklung der vorbeugenden Unterlassungsklage durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts; siehe unt. § 19 III.

2. Observanz ist das Gewohnheitsrecht eines mit Autonomie begabten Verbandes. Sie ist grundsätzlich in denselben Grenzen zulässig wie das Satzungsrecht des Verbandes.

IV. Naturrecht.

Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts, 1947; Lehmann, Die Wirkungsstärke des Naturrechts in Festschr. f. Raape S. 371ff.; Stammler, Lehre vom richtigen Recht (2) 1926; Mausbach-Ermecke, Kathol. Moralthologie (9) Bd. III 1953; Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts (2) 1947; E. v. Hippel, Rechtsgesetz u. Naturgesetz (2) 1949. Bohne, Naturrecht u. Gerechtigkeit i. Festschr. f. Heinrich Lehmann z. 80. Geburtstag 3f.; Darmstaedter, ebenda 33f. Welzel, Naturrecht u. materiale Gerechtigkeit (4) 1962; Wolf, E. Das Problem der Naturrechtslehre (2) 1959; Messner, Das Naturrecht (4) 1960; Maihofer, (Herausg.) Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1962; Wieacker, Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, 1965.

Der Zwiespalt zwischen dem positiven Recht als bloßem Machtgebot des Gesetzgebers und dem über den positiven Gesetzen stehenden, ungeschriebenen ewigen Recht, dem Naturrecht, tritt vor allem in Zeiten starker wirtschaftlicher und sozialer Umwälzungen in Erscheinung. Hier ist der Widerspruch zwischen den Gerechtigkeitsforderungen des Tages und der Rechtsmoral der staatlichen Machthaber besonders deutlich. So ist es nur folgerichtig, daß nach dem Zusammenbruch der in rein positivistischem Denken befangenen nationalsozialistischen Gewaltherrschaft das Naturrecht eine Renaissance erfahren hat.

Führt man sich vor Augen, daß positives Recht dadurch zustande kommt, daß mit entsprechender Macht ausgestattete Menschen innerhalb einer Gemeinschaft allgemeinverbindliche Normen aufstellen, so ergibt sich, daß damit über die Qualität dieser Normen noch nichts gesagt ist. Es erhebt sich die Frage, ob die Vorschriften des positiven Rechts auch so sein sollen, wie sie tatsächlich sind und worauf sich ihre Geltungskraft stützen läßt. Es ist hier kein Raum, auf die mannigfaltigen Auffassungen zu diesem Problemkreis einzugehen; m. E. kann die verpflichtende Wirkung des positiven Rechts nur aus seinem Zweck erwachsen, der in erster Linie darin besteht, die Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen. Rechtssicherheit kann immer nur Voraussetzung für diesen Zweck sein, niemals aber der Endzweck selbst.

So sehen wir uns der Grundfrage gegenüber, ob und inwieweit sich über dem positiven Recht stehende unwandelbare Normen von gewisser inhaltlicher Tragweite nachweisen lassen und welche funktionelle Stärke diesen Normen zukommt.

Der Christ bejaht die Existenz solcher Normen unbedingte und leitet sie vom göttlichen Willen ab; hier ist das Naturrecht aber in erster Linie Glaubens- und nicht Erkenntnisfrage. Die verschiedenen Naturrechtsschulen haben zahlreiche Versuche unternommen, das Naturrecht erkenntnistheoretisch zu rekonstruieren. Ein befriedigendes Ergebnis kann nur gewonnen werden, wenn man sich darauf beschränkt, die förmlichen Ordnungsgedanken herauszustellen, die sich aus der Idee des Rechts als einer Ordnung des Gemeinschaftslebens frei wollender Menschen ergeben. Daraus erwächst die Forderung, daß das positive Recht der Idee einer Gemeinschaft frei wollender Menschen dienen muß und jedem Glied der Gemeinschaft die ihm gebührende Stellung einzuräumen hat, kurz der Grundsatz des *Suum cuique*; vgl. Stammler.

Über die inhaltlichen Ordnungsprinzipien einer gerechten Ordnung ist damit freilich noch nichts gesagt; es muß Aufgabe der positiven Rechtsordnung bleiben, festzulegen, was dem einzelnen auf Grund einer derartigen nur förmlich bestimmten Gerechtigkeitsidee gebührt und in welcher Form er es zu erhalten hat. Trotz dieser Beschränkung ist den aus der Gerechtigkeitsidee

abgeleiteten Forderungen nicht jede inhaltliche Bedeutung abzuspochen. Sie stellen Richtlinien an den Gesetzgeber dar, seine Machtgebote so zu gestalten, daß sie dem sozialen Ideal einer bestimmten organisierten Gemeinschaft freiwilliger, grundsätzlich gleichgestellter Menschen auf ihrer jeweiligen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklungsstufe möglichst entsprechen. Hieraus ergibt sich, wie relativ die Erfüllung auch sein mag, die inhaltliche Schranke, daß der Gesetzgeber niemandem das Seine ganz absprechen, d. h. ihn der Willkür eines andern überliefern oder von der Teilnahme an der Gemeinschaft ganz ausschließen darf. Diese in der Rechtsidee begründeten Ordnungsgedanken haben allgemeingültigen Charakter.

Richtet sich der Gesetzgeber überhaupt nicht mehr nach dieser Grundforderung, d. h. nimmt er seinen Geboten den Charakter eines wahren Rechtsatzes und stellt sich damit außerhalb des Rechts, so verliert auch das von ihm gesetzte positive Recht seine Legitimation. Das gleiche Ergebnis gewinnt man, wenn man als Christ eine göttliche, über den Menschen stehende Weltordnung annimmt. Danach verpflichtet positives Recht nur, wenn es als eine wenn auch unvollkommene Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit angesprochen werden kann.

Es erhebt sich die Frage, welche Intensität der Schlechtigkeitsgrad des positiven Rechts erreichen muß, damit es seinen verbindlichen Charakter verliert. Dies ist erst dann anzunehmen, wenn die betreffende positiv-rechtliche Bestimmung die Grundidee der Gerechtigkeit geradezu verneint. Läßt sie sich mit der obersten Gerechtigkeitsforderung auch noch eben in Einklang bringen, so ist der Rechtssicherheit als Ordnungsfaktor immer der Vorzug zu geben. Ganz allgemein läßt sich die Frage etwa wie folgt beantworten: Eine Vorschrift des positiven Rechts ist im Gewissen unverbindlich, wenn sie in so starkem Widerspruch zur Rechtsidee und zum allgemeinen sittlichen Empfinden steht, daß sie nicht einmal mehr als ein Versuch eines gerechten Interessenausgleichs angesehen werden kann, sondern eine Verneinung des Ausgleichsgedankens, des *sum cuique*, bedeutet.

Somit zeigt sich der absolute Charakter der aus der Gerechtigkeitsidee abgeleiteten Forderungen darin, daß sie dem Gesetzgeber Schranken setzen, die dieser mit verbindlicher Wirkung nicht zu überschreiten vermag. Zur Erfüllung dieser Forderungen bleibt freilich dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum. Die Rechtsordnung wird immer die beste sein, die dem sozialen Ideal einer bestimmten organisierten Gemeinschaft auf einer bestimmten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklungsstufe am vollkommensten entspricht.

Auch das Bonner GG. erkennt heute einige schlechthin verbindliche, überpositive Grundnormen an, die sich aus dem sittlichen Eigenwert des

Menschen als eines frei wollenden, grundsätzlich gleichgestellten Mitgliedes jeder organisierten menschlichen Gemeinschaft ergeben. Es leitet daraus gewisse allgemeine, auch den Verfassungsgesetzgeber absolut bindende unverletzliche und unveräußerliche „Menschenrechte“ ab, namentlich das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und auf gesetzgeberische Gleichbehandlung; vgl. Art. 1, 2, 3, 19 II, 20 GG. Vgl. auch BayVerfGH. 4, 51, sowie BGH. 11 Anh. S. 81.

Zu den Auswirkungen der Grundrechte sowie zur Kontrolle der Gesetzgebung an den vorpositiven Wertentscheidungen vgl. unten § 8 V.

V. Gerichtsgebrauch und Wissenschaft.

Oskar Bülow, Gesetz u. Richteramt, 1885; Reichel, Gesetz u. Richterspruch, 1915; Meier-Hayoz, Der Richter als Gesetzgeber, 1951; Gustav Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II, 2, 1952; Esser, Grundsatz und Norm, 1956; Wieacker, Gesetz und Richterkunst, 1958; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, 273ff.

1. Sehr bestritten ist, ob der Gerichtsgebrauch, eine feste, gleichförmige Rechtsprechung, Recht ist.

Schon Oskar Bülow hat nachgewiesen, daß die Rechtsprechung kein bloß logischer Vorgang ist, daß dem Richter auch im Zeitalter der Kodifikationen ein weiter Bereich selbständiger, nicht schon von der Gesetzgebung voraus geregelter Rechtsfindung und Rechtsschöpfung offen geblieben ist. *La loi n'est pas le droit* (Gény, *Méthode d'interprétation et des sources en droit privé positif* (2) 1919). Das Gesetz hat Lücken, sei es, daß sich der Gesetzgeber absichtlich der Regelung enthalten hat, um Wissenschaft und Rechtsprechung nicht vorzugreifen, sei es, daß er die Normierung eines Tatbestandes übersehen hat. Vielfach knüpft das Gesetz auch die Rechtsfolgen nicht an einen nach seinen tatsächlichen Merkmalen genau bestimmten Tatbestand als solchen, sondern an ein Werturteil des Richters, so bei den Wert- oder Ausfüllungsbegriffen (Angemessenheit, Treu und Glauben usw.). Die Wortformeln des Gesetzes lassen zudem meist mehrere Deutungen zu („mit Worten läßt sich trefflich streiten“). Nicht selten ist endlich eine Weiterbildung oder Einschränkung des gesetzgeberischen Gedankens behufs gerechter, zweckmäßiger Entscheidung eines Interessengegensatzes geboten. — So ist der Richter in vielen Fällen zur unmittelbaren Anwendung des Gesetzesrechtes ganz außerstande, er muß den abstrakten Rechtsbefehl erst zur Anwendung auf den konkreten Fall gebrauchsfertig machen und dabei schöpferisch vorgehen (vgl. § 8 dieses Buches).

Aber der Richterspruch schafft immer nur Recht für den einzelnen Fall. Die vom Richter gefundenen richterlichen Ergänzungssätze haben nur für dies eine Mal bindende Kraft, ihre Aufgabe ist Konkretisierung und Ausgestaltung des Gesetzesrechtes. Andere Richter sind daran nicht gebunden. Selbst wenn ein solcher Ergänzungssatz freiwillig von andern Gerichten an-

gewandt wird, sich ein Gerichtsgebrauch bildet, ist damit allein noch keine objektive Rechtsregel, kein allgemein verbindlicher Rechtssatz geschaffen. Dazu muß noch kommen, daß aus einer derartigen gleichförmigen Praxis Regeln für das allgemeine Verhalten der Rechtsunterworfenen tatsächlich entnommen werden. Das ist freilich das Normale. Solange aber der Wille der Bevölkerung dem Gerichtsgebrauch entgegensteht, fehlt zur Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes noch die allgemeine Übung. Danach gibt der Gerichtsgebrauch wohl den Anstoß zur Bildung von Gewohnheitsrecht, darf aber nicht als selbständige Rechtsquelle im förmlichen Sinne neben die Gewohnheit gestellt werden.

Wo das Gericht die schon vollzogene Bildung von Gewohnheitsrecht feststellt, macht es zwar die Rechtsnatur der Übung gewiß, vollendet dadurch aber höchstens tatsächlich, nicht rechtlich den Entstehungsvorgang des Rechtssatzes.

Wenn demnach auch zu leugnen ist, daß der Richterspruch, die Gerichtspraxis, die Natur einer Rechtsquelle im formellen Sinne hat, so kann doch die Bedeutung des Richterspruchs für die Rechtsfortbildung nicht hoch genug gewertet werden.

Tatsächlich war die Bedeutung der gleichförmigen Praxis, namentlich des Reichsgerichts, für die Urteilsbildung außerordentlich groß. Das wurde im Interesse der Rechtseinheit und Rechtssicherheit begrüßt, zumal die Übernahme vorliegender Rechtssprüche nur nach kritischer Prüfung erfolgte und nicht zum bloßen „Präjudizienkult“ erstarrte. Die von manchen geforderte gesetzliche Bindung des höchsten Gerichts an seine eigenen Präjudizien und die der Untergerichte an die Urteile des höchsten Gerichts ist im Interesse der fortschrittlichen Entwicklung des Rechts nicht zu empfehlen. Vgl. Schiffer, Die deutsche Justiz, (2) 1949; Gerland, Probleme des englischen Rechtslebens, 1929; Llewellyn, Einführung in das amerikanische Präjudizienwesen, 1928.

Exkurs: Zur Entstehung der oberen Bundesgerichte:

Nach dem Wegfall des Reichsgerichts wurden in der Nachkriegszeit verschiedene Übergangslösungen gewählt. Hervorzuheben ist hier vor allem die Errichtung des Obersten Gerichtshofs für die britische Zone als Revisionsgericht für diese Besatzungszone durch die MilRVO. Nr. 98.

Seit dem 1. 10. 1950 hat der Bundesgerichtshof in Karlsruhe auf Grund des Gesetzes zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts vom 12. 9. 50 die Aufgaben des früheren Reichsgerichts für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland übernommen. Daneben sieht das Grundgesetz (Art. 95) ein Oberstes Bundesgericht vor, das bei abweichender Auffassung der Oberen Bundesgerichte (Bundesgerichtshof, Bundesfinanzhof, Bundesverwaltungsgericht, Bundesarbeitsgericht, Bundessozialgericht) entscheiden soll; dieses Gericht ist jedoch z. Z. nicht errichtet. Mit dem obersten Bundesgericht darf nicht das für Verfassungsfragen zuständige Bundesverfassungsgericht verwechselt werden, das in Art. 93, 94 GG. vorgesehen und durch das BVerfGG. vom 12. 3. 1951 (BGBl. I 243f.) errichtet worden ist.

Die oberen Bundesgerichte haben der Rechtsfortbildung außerordentliche Impulse gegeben, z. T. entstanden neue Rechtsinstitutionen bzw. -begriffe (vgl. z. B. den Begriff der „schadensgeneigten Arbeit“, oder die Anwendbarkeit des § 823 I zum Schutz des „räumlich-gegenständlichen Bereichs“ der Ehe).

Eine gewisse Bindung des Bundesgerichtshofes an die eigenen Prinzipien wird dadurch erreicht, daß bei Abweichen von der Rechtsprechung eines anderen Senats bzw. des großen Senats der entscheidende Senat den großen Senat anzurufen hat (§ 136 GVG.).

2. Die Wissenschaft ist keine Rechtsquelle, ihre Lehre hat keine bindende Kraft, kann aber Ausgangspunkt für die Rechtsbildung sein —, man denke etwa an Staubs Aufsatz über die „Positiven Vertragsverletzungen“.

Vor allen Dingen obliegt es der Wissenschaft, die Entscheidungen der Gerichte in das Rechtssystem einzuordnen und die Strukturelemente zu erfassen. Da die Zivilrechtsordnung stets zugleich aus dem systematischen Zusammenhang zu interpretieren ist, ergibt sich damit eine weittragende Bedeutung der Jurisprudenz für die Rechtsanwendung.

VI. Auch die Verkehrssitte ist keine Rechtsquelle im formellen Sinne. Bei ihr handelt es sich nur um eine tatsächliche Übung. Es fehlt der Geltungswille (*opinio iuris* bzw. *necessitatis*). Sie ist oft die Vorstufe des Gewohnheitsrechts, wie überhaupt die Grenzen zu ihm sich schwierig ziehen lassen.

Das Gesetz verweist auf die Verkehrssitte in §§ 157 und 242. Nach 157 soll die Verkehrssitte zur Auslegung von Verträgen, zur Feststellung des Vertragsinhalts herangezogen werden; nach 242 BGB. soll nach der Verkehrssitte bestimmt werden, wie der Schuldner zu leisten hat. Für den Verkehr unter Kaufleuten ist nach 346 HGB. auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (Handelsbräuche) — also auf die kaufmännische Verkehrssitte — Rücksicht zu nehmen.

Insoweit das Gesetz den Richter anweist, auf die Verkehrssitte Rücksicht zu nehmen, verwendet es sie als objektivrechtlichen Hilfsbegriff. Damit werden die aus der Verkehrsübung abgezogenen Sätze aber noch nicht „gesetzlich sanktionierte Gewohnheitsrechtssätze“ (so Danz). Zwingende Bestimmungen des Gesetzes können durch sie keinesfalls abgeändert werden, wohl aber geht die Verkehrssitte nach der herrschenden Lehre den ergänzenden Vorschriften des Gesetzes grundsätzlich vor.

Das Verhältnis der Verkehrssitte zu den nachgiebigen Rechtssätzen ist streitig. R. A. nach geht die abweichende Verkehrssitte weder schlechthin vor noch ist sie schlechthin unbeachtlich. Vielmehr ist aus dem Zweck der fraglichen gesetzlichen Bestimmungen zu entnehmen, ob diese als kodifizierte Verkehrssitte den Vorrang beanspruchen; vgl. RG. 112 321. Das ist dann anzunehmen, wenn durch Anerkennung der Verkehrssitte wesentliche Schutz- und Ordnungsgedanken einer Gesetzesvorschrift ausgeschaltet und die Verkehrssicherheit mißachtet würde.

Die Maßgeblichkeit der Verkehrssitte kann durch Parteivereinbarung außer Kraft gesetzt werden.

Die Maßgeblichkeit der Verkehrssitte hängt aber nicht von der Kenntnis der Parteien ab. Unkenntnis muß durch Irrtumsanfechtung geltend gemacht werden — ausgenommen bei Handelsbräuchen; RG. 95 243.

Die Frage, ob eine Verkehrssitte besteht, ist als rein tatsächliche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen, § 549 I ZPO. Dagegen gehören die Feststellung ihres Sinnes und die Wertung des festgestellten Erklärungsstatbestandes zur Rechtsanwendung und sind mithin revisibel; vgl. RG. 118 292; 126 327.

Vgl. Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte 1914; Schreiber, Handelsbräuche 1922; Düringer-Hachenburg-Geiler I 12f.; Sachse, AcP. 127 288; Würdinger bzw. v. Godin, RGR.-Komm. z. HGB., Allg. Einl. Bem. 20ff., bzw. Bem. 6ff. zu § 346.

VII. Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Die individuelle rechtsgeschäftliche Gestaltungs- und Vertragsfreiheit läßt sich in der heutigen Zeit der Massenerzeugung und des Massenverkehrs auch in dem gesetzlichen Rahmen nicht völlig aufrechterhalten. Sie verlangt gleichmäßige Bedingungen; mit ihr ist die individuelle Aushandlung der Bedingungen nicht mehr verträglich. Das bringt die Gefahr mit sich, daß der wirtschaftlich stärkere Teil seine Machtstellung ausnutzt und in der Form des freien Vertrags die Vertragsbedingungen einseitig diktiert, auf die sich der schwächere Teil einlassen muß, wenn der Abschluß nicht scheitern soll. So ist es immer mehr üblich geworden, daß mächtige Wirtschaftsgruppen oder Unternehmensverbände, aber auch Einzelunternehmer, Allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellen, die für die mit ihnen geschlossenen Verträge maßgebend sein sollen; so z. B. die Banken, die Versicherungsunternehmer, die Spediteure, die Transportanstalten, die Lagerhalter usw. Sie sind als Normalinhalt eines Vertrages gedacht, bedürfen also der Annahme oder Einverständniserklärung, die auch stillschweigend erfolgen kann.

So hat sich ein „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“ gebildet (Großmann-Doerth), das das Gesetzesrecht weitgehend ausschalten droht. Die gesetzliche Haftung der Gastwirte nach § 701 BGB. steht z. B. auf Grund des üblichen Haftpflichtreverses des Verbandes Deutscher Hotels nur mehr auf dem Papier. Die Rechtsprechung hat sich praktisch außerstande gezeigt, die durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen heraufbeschworene Gefahr der Ausschaltung des Gesetzesrechtes abzuwenden; bekämpft wird in erster Linie die übermäßige Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung unter Heranziehung der §§ 134, 138, 242, 826 (vgl. etwa RG. 115 218; 132 276; BGH. 19 85 (94); 22 90). Auch die Ausstattung weiterer gesetzlicher Vorschriften mit zwingender Wirkung wäre kein Heilmittel, weil hier alles auf die Beurteilung des Einzelfalles ankommt. Deshalb hat man neuerdings mit mehr Erfolg den Weg beschritten, auf die Gestaltung der AGB. schon im Stadium ihrer Vorbereitung und Festlegung Einfluß zu

nehmen, indem man die zuständigen Behörden und die Organisationen der beteiligten Interessentenkreise einschaltet. So z. B. bei der Schaffung des sog. „Deutschen Einheitsmietvertrages“, der „Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen“ usw. Vereinzelt sind derartige AGB. für allgemein verbindlich erklärt worden; sie beherrschen dann die abgeschlossenen Geschäfte unmittelbar, ohne daß es noch auf eine stillschweigende vertragliche Unterwerfung unter sie ankäme. Insoweit sind sie als Rechtsquelle anerkannt.

Es ist daher zu unterscheiden, ob Geschäftsbedingungen für allgemein verbindlich erklärt wurden, wobei allerdings die Legitimation für einen solchen Akt zu prüfen ist (z. B. fehlte es der Verbindlichkeitserklärung der ADSp. durch den Reichsverkehrsminister an den Voraussetzungen; anders jedoch z. B. die Verbindlichkeitserklärung der Kraftverkehrsordnung, für die die §§ 21, 25 Güterkraftverkehrsgesetz die Ermächtigung enthielten; ebenso die Eisenbahnverkehrsordnung gem. §§ 458, 460 HGB.).

1. Mangels Verbindlichkeitserklärung müssen die AGB. zum Gegenstand des Vertragsabschlusses gemacht worden sein:

a) Dies kann erfolgen durch Bezugnahme (Verweisung) oder durch zumindest stillschweigende Bezugnahme im Einzelvertrag, z. B. wenn bei dauernder Geschäftsverbindung in den Vertragsverhandlungen, aber auch auf früheren Rechnungen auf die Anwendung solcher Bedingungen hingewiesen wurde; auch durch Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben können AGB. zum Gegenstand des Vertragsabschlusses gemacht werden (BGH. 7 190; 18 216).

b) Die AGB. sind ferner als Vertragsbestandteil anzunehmen, wenn sich ein Handelsbrauch oder die Verkehrsitten herausgebildet hat, daß einem Vertragsabschluß AGB. zugrundeliegen, so z. B. bei Inanspruchnahme der Versorgungsbetriebe (Gas, Wasser, Elektrizität), der Verkehrsbetriebe, der Banken und Versicherungen.

Auf Unkenntnis der Bedingungen kann der Vertragspartner sich dann nicht berufen; informiert er sich nicht, so verletzt er eine „Obliegenheit“; diese Verletzung rechtfertigt im Wege der Zurechnung eine Gleichbehandlung mit der Willenserklärung auf Annahme oder Unterwerfung (vgl. Krause, AGB. und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB. 1955, 265 ff. und Hübner, Zurechnung statt Fiktion einer Willenserklärung, Festschrift Nipperdey, 1965 I, 382 f.). Allerdings kommen insoweit nur solche Bedingungen in Betracht, mit deren Aufstellung der Vertragspartner billiger- und gerechterweise rechnen kann (BGH. 17 3). Voraussetzung ist weiterhin, daß die AGB. gehörig bekannt gemacht worden sind, und der andere in zumutbarer Weise die Möglichkeit zur Kenntnisnahme hatte.

2. Die Auslegung erfolgt nur aus dem Inhalt der Bedingungen selbst, also unter Berücksichtigung der typischen Lage der Vertragsparteien, nicht unter Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalles, es sei denn, daß daneben noch besondere Vereinbarungen getroffen sind, RG. 155 28 u. 133; 170 240 f.; 171 46; BGH. 1 85; 2 183; 7 368. Unklarheiten gehen zu Lasten des Unternehmers, der die Bedingungen aufgestellt hat. RG. 145 26. Anders natürlich bei den unter Mitwirkung der Behörde und der beteiligten Interessentengruppen zustande gekommenen Bedingungen, wie z. B. beim Einheitsmietvertrag.

3. Die Auslegung unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, wenn sie dazu bestimmt sind, in zahlreiche, gleichliegende Verträge, die nicht auf den Bezirk eines Oberlandesgerichts beschränkt sind, aufgenommen zu werden (§ 549 ZPO.) vgl. RG. 81 117; 153 63; BGH. 22 112.

4. Was das Verhältnis zu den nachgiebigen Sätzen des Gesetzesrechts angeht, so dürfen die AGB. so wenig wie eine abweichende Verkehrssitte wesentliche Schutz- und Ordnungsprinzipien einer Gesetzesvorschrift ausschalten. BGH. 20 167; 22 96; 38 183 betonen dementsprechend neuerdings, daß der Zulässigkeit allgemeiner Geschäftsbedingungen immanente Schranken nicht bloß durch § 138, sondern auch durch § 242 gezogen sind (vgl. auch den Schutzgedanken in § 315).

Schrifttum:

Michel, Die Allg. Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung, 1932; Großmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft, 1933; Raiser, R. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1935; Haupt, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, 1937; Auer, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, 1964; Raiser, Karlsruher Forum, 1965.

VIII. Außerkrafttreten der Rechtsvorschriften.

1. Eine Rechtsvorschrift tritt außer Kraft, wenn sich eine mit ihr unvereinbare neue Rechtsregel bildet, *lex posterior derogat legi priori*.

Auslegungsfrage ist, ob bei teilweisem Widerspruch die frühere Vorschrift nur abgeändert oder ganz beseitigt wird; ebenso, ob bei Ersatz einer allgemeinen Vorschrift durch einen neuen Rechtssatz auch die Ausnahmen von der früheren Vorschrift beseitigt werden. Das ist nicht ohne weiteres anzunehmen, *lex posterior non derogat legi priori speciali*.

Selbstverständlich kann die neuere widersprechende Rechtsregel auch ein Satz des Gewohnheitsrechts sein.

2. Auch ohne Aufhebung durch eine widersprechende neue Regel tritt eine Rechtsvorschrift außer Kraft:

a) wenn sie nur für beschränkte Zeit oder die Dauer eines bestimmten Zustandes (Kriegszustand, Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung) erlassen war, mit dem Ablauf dieser Zeit oder Wegfall des Zustandes — sog. transitorische oder temporäre Gesetze;

b) wenn die Verhältnisse, für die sie gelten will, für immer weggefallen sind — nicht aber schon ohne weiteres, wenn diese Verhältnisse sich geändert haben und damit der gesetzgeberische Grund zur fraglichen Regelung weggefallen ist. Der Satz: *cessante racione legis, cessat lex ipsa* ist deshalb irreführend (Enneccerus-Nipperdey, § 45 Anm. 10; BGH. 1 375). Aber es steckt doch ein richtiger Kern in ihm; eine gesunde Rechtsanwendung, die die zweckgetreue Entscheidung über eine wortgetreue stellt, wird die Anwendung eines Rechtssatzes, dessen Zweck nicht mehr erreichbar ist, zu vermeiden wissen oder ihn so umdeuten, daß zweckwidrige Ergebnisse verhütet werden. Nicht: *fiat iustitia, pereat mundus*, sondern: *fiat iustitia, vivat mundus* muß als Leitgedanke über der Rechtsanwendung stehen.

IV. Abschnitt

**Allgemeine Kennzeichen des bürgerlichen Rechts
Arten seiner Vorschriften**

I. Das System des bürgerlichen Rechts ist im wesentlichen den Pandektenlehrbüchern des 19. Jahrhunderts entnommen. Das BGB. ist in 5 Bücher eingeteilt:

a) Der Allgemeine Teil — I. Buch — enthält die gemeinsamen Grundsätze und Begriffsbestimmungen für die Rechtsverhältnisse, während die konkrete Ausgestaltung der einzelnen Rechtsbeziehungen den folgenden Büchern vorbehalten bleibt.

b) Das Recht der Schuldverhältnisse — II. Buch — regelt die Sonderverbindungen zwischen einzelnen Rechtsgenossen, dem Gläubiger und Schuldner, nach denen jener von diesem zur Befriedigung eines schutzwürdigen Interesses ein bestimmtes Verhalten verlangen kann. Es ermöglicht dem einzelnen die grundsätzlich beliebige Gestaltung seiner Lebensverhältnisse durch Abschluß von Rechtsgeschäften. Es enthält außerdem Vorschriften zum Ausgleich bei ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung.

c) Das Sachenrecht — III. Buch — weist dem einzelnen einen bestimmten Anteil an den Lebensgütern zu. Diese Zuordnung der Objekte zu einer Person wird grundsätzlich gegenüber jedem Dritten geschützt. Mit Rücksicht darauf ist die freie Gestaltung dieser Rechtsbeziehungen nicht möglich, die Beteiligten haben sich der gesetzlichen Typisierung zu bedienen (Typenzwang).

d) Das Familienrecht — IV. Buch — ordnet die personenrechtlichen und die besonderen vermögensrechtlichen Beziehungen, die durch die Geschlechtsgemeinschaft und Abstammung entstehen. Außerdem wird Fürsorge und Vertretung schutzbedürftiger Personen durch den Abschnitt über Vormundschaft und Pflegschaft geregelt.

e) Das Erbrecht — V. Buch — regelt den Einfluß der Familienbeziehungen auf das Schicksal des Vermögens der Privatperson im Falle ihres Todes und sichert ihr die Möglichkeit, diese Schicksale über den Tod hinaus in gewissem Rahmen zu bestimmen.

f) Das sich daran anschließende Einführungsgesetz (EG.) ist in 4 Abschnitte geteilt: I. Allgemeine Bestimmungen (u. a. solche des Internationalen Privatrechts). II. Verhältnis des BGB. zu den Reichsgesetzen. III. Verhältnis zu den Landesgesetzen. IV. Übergangsvorschriften.

II. Die inhaltliche Bedeutung des BGB.

1. Nationale Bedeutung.

a) Das BGB. hatte Deutschland die Rechtseinheit gebracht und damit in einem wesentlichen Bereich den Partikularismus überwunden.

Die Rechtseinheit, die nach dem Kriege durch die Aufteilung Deutschlands in vier Besatzungszonen und in eine Reihe von Ländern verlorenzugehen drohte, ist heute für das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland durch das Grundgesetz und durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechts-

einheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts v. 12. 9. 1950 sowie durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzeseinheit auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 5. 3. 1953 weitgehend wiederhergestellt.

b) Es hat ferner fruchtbare Gedanken des einheimischen Rechts wieder zur Anerkennung gebracht und mit römisch-rechtlichen Verkehrsgedanken zu einer neuen Einheit verschmolzen.

2. Wirtschaftliche Bedeutung.

a) Im Vordergrund steht heute der scharfe Gegensatz zwischen Gesamtheit und Einzelpersonlichkeit, Sozialprinzip und Individualprinzip. Der Grundcharakter des BGB. war im Ausgangspunkt individualistisch. Es hat unter dem Einfluß der zur Zeit seiner Entstehung herrschenden liberalen Wirtschaftsauffassung die damalige Wirtschaftsordnung rechtlich sanktioniert. Nach ihr ist die Wirtschaft Sache des einzelnen. Die wirtschaftliche Fortbewegung wird von den einzelnen Wirtschaftsträgern erwartet. Laissez faire, laissez passer!

Die Grundlagen, auf denen die Privatrechtsordnung des BGB. beruht, sind das Privateigentum, die Vertragsfreiheit. Immerhin hat das Gesetz auch den Gedanken des sozialen Ausgleichs, des Schutzes des wirtschaftlich Schwächeren Rechnung getragen; es ist, wie man gesagt hat, mit einem Tropfen „sozialen Öls“ gesalbt.

Vgl. etwa die Ordnung des Dienstverhältnisses (616—619), die Herabsetzung der übermäßigen Vertragsstrafe (343), die Wucherbekämpfung (138 II).

Oben (§ 2 IV) ist bereits dargelegt, daß die Fortentwicklung gekennzeichnet ist durch eine immer stärkere Abkehr von dieser individualistischen Grundeinstellung und durch eine weitgehende Durchführung des Gemeinschaftsgedankens, eine wachsende Durchdringung mit sozialrechtlichen Bindungen.

b) Den gerechten und billigen Ausgleich der Interessengegensätze will das BGB. durch Aufstellung schmiegsamer Normen erreichen, die die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles berücksichtigen lassen. Die Hauptvorschriften dieses Billigkeitsrechts sind die §§ 138, 157, 242, 320 II, 826.

Das oberste Gebot der Gerechtigkeit ist: Gleiches gleich, Ungleiches ungleich zu behandeln, jedem das Seine zu geben. Zwecks gleicher Behandlung muß das Gesetz an typische Tatbestände anknüpfen. Da aber kein Fall dem andern völlig gleicht, entsteht so die Gefahr der Erstarrung und des Schematismus. Um ihr zu entgehen, muß mit der Festigkeit der Regeln eine gewisse Schmiegsamkeit verbunden werden. Zur Lösung dieser Aufgaben haben die obengenannten Vorschriften des neuen Billigkeitsrechts in den letzten Jahrzehnten in hervorragendem Maße beigetragen, sie haben eine Anpassung der Rechtsanwendung an die Veränderungen des wirtschaftlichen Lebens und Kampfes ermöglicht und unser Bürgerliches Recht vor Erstarrung bewahrt; vgl. Hedemann, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, 1913; derselbe, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933; Max Rümelin, Die Gerechtigkeit, 1920; derselbe, Die Billigkeit im Recht, 1921.

c) Das BGB. sucht die Verkehrssicherheit zu festigen, indem es das berechnete Vertrauen auf äußere Tatbestände (den Schein des Rechts) schützt.

Vgl. etwa §§ 793, 892, 893, 932 (935), 2366, 2367. Zur grundsätzlichen Frage, inwieweit beim Erwerb das Vertrauen auf das Vorhandensein der Erwerbsvoraussetzungen geschützt werden soll, s. unten § 23.

3. Sittliche, erzieherische Bedeutung.

Das positive Recht sollte nach formaler Betrachtungsweise wertneutral sein. Aber die Rechtsordnung muß dauernd danach trachten, mit dem Sittengesetz in Einklang zu bleiben, sie ist ein „Zwangsversuch zum richtigen sozialen Verhalten“ (Stammler). Andererseits ist eine völlige Übernahme der Moralvorschriften in die Rechtsordnung nicht denkbar.

Das BGB. hielt entsprechend der damals herrschenden Volksmoral an der patriarchalischen (und christlichen) Eheauffassung fest, wonach dem Mann und Vater ein gewisser Vorrang zugebilligt wurde. Die in Art. 3 II GG. verankerte Gleichberechtigung von Mann und Frau hat allerdings diese Vorrangstellung des Mannes, auch im Bereich des ehelichen Güterrechts, beseitigt. Mit Ablauf des 31. 3. 1953 war das dem Gleichberechtigungsgesetz entgegenstehende Recht außer Kraft getreten; siehe Art. 117 I GG. u. BGH. 10 266ff. Inzwischen ist am 18. 6. 1957 das sog. Gleichberechtigungsgesetz ergangen, das am 1. 7. 1958 in Kraft getreten ist. Vgl. dazu unten § 8 V 1c.

Darüber hinaus macht sich das Gesetz gewisse Vorschriften der Moral mittelbar zu eigen, indem es Verträge und Rechtshandlungen auch dann mißbilligt, wenn sie zwar vor dem Forum der Rechtsvorschriften bestehen können, aber einen Verstoß gegen die „guten Sitten“ bedeuten (138, 826). Die guten Sitten sind die herrschende Volksmoral; das Maß der zu stellenden Anforderungen ist aus der Denkweise eines anständigen Durchschnittsmenschen zu entnehmen; die „Rechtsmoral“ der §§ 138 und 826 ist also eine den Aufgaben der Rechtsordnung angepaßte, vergrößerte Moral. Indem der Richter angewiesen wird, seine Entscheidung nach dem sich fortwährend wandelnden Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zu fällen, wird eine dauernde Beeinflussung der Rechtsanwendung durch die Moral sichergestellt und der Einklang mit der Volksüberzeugung und dem Rechtsgefühl im wesentlichen gewährleistet. Auch die Verweisung des Richters aus „Treu und Glauben“ (242, 157 usw.) will die Rechtshandhabung in Einklang mit den Anforderungen der „Gerechtigkeit“ bringen, eine Annäherung an das „soziale Ideal“ anbahnen.

III. Die Form ist weniger glücklich.

1. Das Gesetz bedient sich zwar einer knappen, klaren, festen — manchmal freilich zu kleinlich-peinlich abgezikelten — Ausdrucksweise, es zeichnet

sich ferner aus durch scharfe, stark verallgemeinerte (abstrakte) Begriffe —, die zuweilen einen Ausdruck in einem von der Sprache des täglichen Lebens abweichenden technischen Sinne gebrauchen (Besitzer, Frucht usw.) — und durch streng logischen Aufbau.

Zwischen den Gegensätzen einer sog. kasuistischen Regelung, welche Vorschriften für jedes einzelne Lebensverhältnis geben will, und einer rein grundsätzlichen Ordnung durch Aufstellung allgemeiner Formeln vermittelt das Gesetz mit einer deutlichen Hinneigung zur abgezogenen Fassung, zur grundsätzlichen Behandlung.

Das ist sicher zu billigen. Denn sie ist die höhere Stufe gegenüber der Fälle-
regelung (Kasuistik). Diese erfaßt nur die Hauptfälle, welche dem Gesetzgeber vor Augen standen und läßt deshalb im Stich gegenüber den übersehenen oder neu auftauchenden Tatbeständen, die gleiche Behandlung verlangen. Vorzeitige Verallgemeinerung ist freilich nicht minder gefährlich, weil sie zur Unterwerfung eines vom Gesetzgeber nicht erwogenen Tatbestandes unter eine nicht passende Regel führen kann.

2. Auf der anderen Seite sind die Begriffe und Leitgedanken des BGB. durch ihre zu weitgetriebene Abstraktion oft der Lebensfülle völlig beraubt, geradezu blutleer geworden; der sachliche Leitgedanke der Regelung tritt ganz zurück, zwischen die natürliche Bedarfslage und den Betrachter werden zuweilen ganz ohne Not scholastische Begriffsbilder eingeschoben (93 „Wesentlichkeit“). Das Ausscheiden der für eine Reihe von Rechtsvorschriften gemeinsamen Grundlagen, deren Zusammenfassen in allgemeine Bestimmungen, dazu die zahlreichen Verweisungen erschweren das Verständnis; kurz, die Regelung bleibt ziemlich fern dem Höchstziel eines einfachen, klaren, volkstümlichen Rechts.

Das BGB. hat uns — was die Form anlangt — ein Juristenrecht, kein Volksrecht gebracht; seine Regeln sind gute Streitregeln, wonach die Gerichte einen Rechtsstreit mit annähernder Sicherheit entscheiden können, aber zu wenig Lebens- oder Verhaltensregeln, wonach der Bürger sein Verhalten richtig einrichten könnte.

Hinsichtlich der Form schneidet das Schweizerische Zivilgesetzbuch vom 19. Dezember 1907 wesentlich günstiger ab als das BGB. Es sei dem jungen Juristen empfohlen, den Text des Schweiz. Gesetzbuches recht häufig zum Vergleich mit den betr. Vorschriften des BGB. heranzuziehen, um in sich die Fähigkeit zu einfachem, klarem Gedankenausdruck und den Blick für eine gute, gesetzliche Formulierung einer Vorschrift frühzeitig zu entwickeln.

IV. Arten der Rechtsvorschriften.

1. Im Hinblick auf den Geltungsbereich unterscheidet man:

a) Gemeines und partikuläres Recht. Gemeines Recht ist das für ein Gebiet als Ganzes geltende Recht (Gesamtgebietsrecht), partikuläres ist das für ein Teilgebiet geltende Recht (Teilgebietsrecht). In föderativen Staatengebilden bringt man das gemeine Recht, wenn es aus derselben Quelle geflossen ist, als formell gemeines Recht auch in Gegensatz zu dem nur materiell gemeinen, das ist dem auf besonderen Quellen für die einzelnen Gebiete beruhenden gemeinsamen Recht (auch allgemeines Recht genannt).

Gemeines Recht waren so im alten Deutschen Reich das rezipierte römische Recht und die Reichsgesetze — Partikularrechte waren z. B. der Codex Maximilianus Bavaricus civilis von 1756, später das Preußische Allgemeine Landrecht — materiell gemeines Recht war das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861

Für das neue Deutsche Reich von 1871 und die Weimarer Republik ist an Stelle des Gegensatzes zwischen Gemeinen und Partikularrecht der Gegensatz zwischen Reichs- und Landesrecht getreten. Reichsrecht ist alles auf Gesetzen des Reiches und Reichsgewohnheiten beruhende Recht, Landesrecht das auf den Landesgesetzen und -gewohnheiten beruhende Recht. Dem Reichsrecht entspricht heute das Bundesrecht.

Das Reichsrecht ist zwar seinem Wesen nach gemeines, d. h. Gesamtgebietsrecht, wird aber im Gegensatz zu dem früheren gemeinen Recht, das heute nur mehr die Rolle von Landesrecht spielt, nicht so benannt. Denn es unterscheidet sich in einem Punkte wesentlich vom früheren gemeinen Recht: Während dieses nur subsidiäre Geltung hatte (Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines Recht), geht das Reichsrecht bzw. Bundesrecht sowohl nach Art. 2 RV. von 1871 wie nach Art. 13 der RV. von 1919 als auch nach Art. 31 des Bonner Grundgesetzes dem Landesrecht unbedingt vor (Reichsrecht bricht Landrecht, Bundesrecht bricht Landesrecht).

b) Allgemeines, für jedermann geltendes Recht (*ius commune*) und Sonderrecht für gewisse Personen und Güterkreise (*ius proprium*).

Die Vorschriften des BGB. über den Kauf sind *ius commune*, die des HGB. über den Handelskauf *ius proprium*; zu letzterem gehört heute vornehmlich das Arbeitsrecht.

c) Wenn eine Rechtsvorschrift für einen Einzelfall eine Rechtswirkung ausspricht, als Individualrechtssatz auftritt, kann sie unmittelbar ein subjektives Recht, ein Privileg begründen, z. B. einer Eisenbahngesellschaft wird durch Gesetz das Enteignungsrecht für eine bestimmte Strecke verliehen.

Der Privilegienbegründung setzt der in Art. 3 GG. verankerte Gleichheitsgrundsatz Schranken. Das Recht auf Gleichbehandlung ist ein allgemeines Menschenrecht, das auch der Gesetzgeber zu beachten hat. Insofern ist Art. 3 GG. eine Weiterentwicklung und Klarstellung des Art. 109 Weim. RV., dessen Verbindlichkeit für den Gesetzgeber bestritten war (vgl. Anschütz, RV. Erl. III zu Art. 109; s. auch G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, 1958).

2. Im Hinblick auf die Geltungskraft unterscheidet man zwischen zwingenden und nachgiebigen (dispositiven, ergänzenden, vermittelnden) Vorschriften.

Jene verlangen selbst gegen den erklärten Parteiwillen Anwendung (276 II), diese wollen nur gelten, wenn die Parteien nichts anderes bestimmt haben — sei es an Stelle fehlender Parteibestimmungen (so wird z. B. die Ehe vom gesetzlichen Güterrecht beherrscht, falls die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse nicht durch Vertrag geregelt haben, 1408), sei es in Ergänzung getroffener Parteivereinbarungen (Mängelhaftung des Verkäufers 459 ff.). Der Begriff des *ius dispositivum* erfäßt also die Rechtsvorschrift vom Standpunkt der privat-

autonomen Gestaltungsfreiheit, während der Begriff des *ius aequum* die Freiheit der richterlichen Beurteilung beinhaltet (vgl. unten 3f.).

3. Im Hinblick auf den Inhalt werden unterschieden:

a) Selbständige und unselbständige Rechtssätze.

Die einzelne Rechtsvorschrift kommt fast niemals in einem einzigen Rechtssatz zum Ausdruck, sondern ist in einer Reihe von Rechtssätzen enthalten. Unselbständig sind die, welche nur in Verbindung mit einem für sich allein bedeutungsvollen (selbständigen) Rechtssatz Bedeutung gewinnen. Die Begriffsbestimmung des § 90, „Sachen sind nur körperliche Gegenstände“, erlangt in Verbindung mit § 903 und den übrigen Sätzen des Sachenrechts Bedeutung.

Als unselbständige Rechtssätze kann man darüber hinaus auch solche bezeichnen, die inhaltlich auf einen anderen Rechtssatz Bezug nehmen (Verweisungstechnik); vgl. z. B. §§ 182 III; 515; 651; 951.

b) Gebots-, Verbots- und Erlaubnissätze.

α) Das Gebot zielt auf ein aktives, das Verbot auf ein passives äußeres Verhalten. Das Gebot richtet sich immer nur an bestimmte einzelne, es ist notwendig relativ. Das Verbot dagegen kann verschiedenen Charakter haben, sich an einen bestimmten einzelnen wenden (z. B. das vertragliche Konkurrenzverbot) oder an die unbestimmte Vielheit der Rechtsgenossen (so bei den absoluten Rechten, vgl. 903).

β) Das Verbot kann auch insofern einen verschiedenen Inhalt haben, als entweder ein Verhalten an sich verboten wird (Schnellfahren, Rauchen im Walde) oder die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (Tötung, Körperverletzung, Rechtsverletzung). Dieser Unterschied ist sehr wichtig für die Begründung der deliktischen Ersatzpflicht: § 823 I verlangt eine Rechtsverletzung, also Herbeiführung eines Erfolges; § 823 II BGB. begnügt sich mit einer Schutzgesetzverletzung, führt also zur Haftung, wenn ein nur an sich verbotenes Verhalten schuldhaft beobachtet wird, ohne daß das Verschulden sich auch auf den Erfolg erstrecken müßte. (RG. 145 115f.).

γ) Neben den Gebots- und Verbotssätzen sind Erlaubnissätze zu unterscheiden, die ein bestimmtes Verhalten billigen, sanktionieren, z. B. 903: Der Eigentümer kann . . . mit der Sache nach Belieben verfahren und andere (also jeden anderen) von jeder Einwirkung ausschließen.

Soweit solche Rechtssätze die Befugnis zur Begründung von Rechtswirkungen geben, sprechen wir von ermächtigenden Rechtssätzen (Eisele). Man denke an die Verfügungsbefugnis des Eigentümers, an die Befugnis jedes Rechtsgenossen, durch Verträge Rechte zu erwerben und Pflichten zu begründen (Vertragsfreiheit), an die Befugnis, die Schicksale des Vermögens von Todes wegen zu bestimmen (Testierfreiheit). Meist sind diese ermächtigenden Rechtssätze nicht ausdrücklich ausgesprochen, sondern aus dem Gesamthalt einer Regelung zu erschließen.

c) Abgrenzende und regelnde Rechtssätze.

Das Schrankenrecht zieht die Grenze zwischen dem vom Recht beherrschten und dem rechtsleeren Raum — hierher gehören z. B. die Formvorschriften, die die Rechtswirkung von der Wahrung einer Form abhängig machen, ohne sie zu befehlen (§13, 2231 ff.), ferner die Vorschriften, welche einem Tatbestand die rechtliche Wirkung versagen (§3, 134, 137, 138). Das Regelrecht ordnet das menschliche Verhalten innerhalb des Rechtsgebietes durch Gebote, Verbote oder Erlaubnissätze (§93, 109 I, 113).

d) *Leges generales* — *leges speciales*.

Der allgemeine Rechtsatz (*lex generalis*) kann durch eine besondere Regelung (*lex specialis*) modifiziert sein (z. B. § 925 gegenüber § 873). Zur Frage, inwieweit dann der spezielle Satz den Vorrang hat und die allgemeine Regelung ausschließt, vgl. unten § 8 IV 3.

e) Regelwidriges Recht (*Sonderrecht, ius singulare*) im Gegensatz zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Hier werden die allgemeinen Prinzipien für besonders geartete Tatbestände durchbrochen (z. B. §§ 844, 845 gegenüber der allgemeinen Ablehnung des Drittschadensersatzes).

Die ganze Begriffsbildung ist sehr gefährlich und kann zum Hemmschuh gesunder Rechtsanwendung werden. Angeblich soll der Sonderrechtsatz ausdehnender Auslegung und analoger Anwendung widerstreben, was man mit der Pandektenstelle D. 1, 3 de leg. 14 stützt: *Quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias*. Ob eine Rechtsvorschrift ein Regelsatz und eine andere ein Ausnahmesatz ist, kann aber sehr verschieden beantwortet werden. Nur allzu leicht wird aus dem „Ausnahmekarakter“ einer Vorschrift der bequeme Umkehrschluß abgeleitet, daß sie in anderen Fällen nicht gelten wolle. Ist z. B. die Gefährdungshaftung nach dem Reichshaftpflichtgesetz eine einzelne Ausnahme vom Grundsatz der Verschuldenshaftung oder kündigt sich darin ein neues selbständiges Haftungsprinzip an? Jemand, der bei Landung des Zeppelinluftschiffes am 5. August 1908 bei Echterdingen zu Schaden gekommen war, hatte den Grafen Z. auf Schadensersatz verklagt. Das Reichsgericht hat (RG. 78 171) die Klage abgewiesen, weil ein Verschulden des Beklagten nach §§ 823 ff. BGB. nicht nachweisbar war und die besonderen Bestimmungen des BGB. über Schadensersatz ohne Verschulden (vgl. § 833 Tierhalterhaftung) sowie die Grundsätze des HaftpflichtG. und des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 über die Gefährdungshaftung wegen ihres Ausnahmekarakters auf die eigenartigen Verhältnisse der Luftschiffahrt auch nicht entsprechend anwendbar seien. — Eine freiere Auffassung hätte in diesen Vorschriften die Anerkennung eines allgemeinen Grundsatzes, eben des der Gefährdungshaftung, finden können. Später wurde durch das LuftverkehrsG. vom 1. August 1922 (§ 19 ff.) die Haftpflicht des Halters eines Luftfahrzeuges — auch ohne Verschulden — eingeführt, freilich wie beim Kraftfahrzeughalter nach oben ziffernmäßig begrenzt.

Mit Entschiedenheit muß das Dogma von der angeblichen Unzulässigkeit der Analogie bei Sondersätzen bekämpft werden. Nur das eine wird man zugeben dürfen, daß durch Ausweitung des Sondersatzes der Regelsatz nicht völlig beseitigt, sondern bloß durchbrochen werden darf.

f) Strenges und billiges Recht (*ius strictum* und *ius aequum*).

Der Richter hat die an einen typischen Tatbestand geknüpfte Regel anzuwenden, er darf den Besonderheiten des einzelnen Falles nur so weit Rechnung tragen, als das Gesetz dies gestattet. Die Vorschriften nun, die eine solche Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles gestatten, indem sie auf ein Werturteil des Richters (Treu und Glauben, Angemessenheit, Verschulden usw.) abstellen, darf man als Billigkeitsrecht bezeichnen, während die Vorschriften, die an äußerlich sichtbare, begrifflich scharf umrissene oder formalisierte Tatbestände anknüpfen, wie im Wechsel- und Grundbuchrecht, zum strengen Recht gehören.