

Gert Brüggemeier

Überarbeitung des Schuldrechts – Herausforderung oder Überforderung des Gesetzgebers?*

1981 hat das BMJ in zwei Bänden auf 1834 Druckseiten 17 »richtungsweisende Gutachten für ein einheitliches und soziales Schuldrecht« vorgelegt¹. Ein dritter Band mit sieben weiteren Gutachten war für den Sommer dieses Jahres angekündigt². Offiziell erklärtes Ziel der Schuldrechtsüberarbeitung war die Schaffung eines »sozialen Privatrechts im sozialen Rechtsstaat«. 1982 hatte der damalige Bundesjustizminister Schmude dies als eine »Herausforderung an den Gesetzgeber« bezeichnet³.

Der eigentliche Initiator der Schuldrechtsüberarbeitung, der Vorgänger Schmudes im Amt des Bundesjustizministers, Hans-Jochen Vogel, betrachtete die »Durchdringung des Privatrechts mit sozialem Pflichtgehalt« als die zentrale, noch ungelöste Aufgabe aus dem Vermächtnis G. Radbruch's für die sozialdemokratische Rechtspolitik⁴. Das berufene Organ der akademischen Rechtswissenschaft, die Zivilrechtslehrervereinigung, hat sich bereits zweimal mit diesem Vorhaben befaßt⁵. Eine weitere Veranstaltung zu diesem Thema ist geplant. Die Haltung der Zivilrechtslehrer, wie sie in den Referaten und Verhandlungen dieser Tagungen zum Ausdruck kommt, ist durch eine deutliche Reserve gegenüber der Überarbeitung gekennzeichnet. – Schon vor der politischen Wende in Bonn verlautete jedoch aus dem BMJ, daß der Novellierungselan ziemlich nachgelassen habe. Stößt der Gesetzgeber bei der Schuldrechtsüberarbeitung an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit? Überlegungen zu diesem Aspekt des Überarbeitungsvorhabens sollen hier im Vordergrund einer kritischen Betrachtung der beiden bisher vorgelegten Gutachtenbände stehen⁶. Ein detailliertes Eingehen auf die einzelnen Gutachten erforderte für jedes Gutachten einen gesonderten umfangreichen Aufsatz⁷.

* Eine Besprechung von: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, 2 Bände, Köln 1981.

1 Dies sind: MPI f. ausländisches und internationales Privatrecht Hamburg, Zur neueren Entwicklung des Vertragsrechts in Europa; Peters/Zimmermann, Verjährungsfristen; Hohloch, Allgemeines Schadensrecht; Medicus, Verschulden bei Vertragsverhandlungen; N. Horn, Vertragsdauer; U. Huber, Leistungsstörungen; ders., Kaufvertrag; Igl, Heimvertrag; Deutsch/Geiger, Medizinischer Behandlungsvertrag; Weyers, Werkvertrag; Musielak, Entgeltliche Geschäftsbesorgung; Häuser, Giroverhältnis; Koller, Wertpapierrecht; König, Ungerechtfertigte Bereicherung; Schlechtriem, Vertragliche und außervertragliche Haftung; v. Bar, Deliktsrecht; Kötz, Gefährdungshaftung.

2 Er wird enthalten Gutachten zu: Bürgschaft und Garantie, Abgrenzung von Verbraucherschutzrecht und allgemeinem Zivilrecht, BGB-Gesellschaft, Dienstvertragsrecht, Bezug leistungsgebundener Energie; Bauvertragsrecht; Geschäftsführung ohne Auftrag.

3 Schmude, NJW 1982, 2017, 2020.

4 Vogel, Gustav Radbruch – ein Rechtsdenker und Rechtspolitiker der deutschen Sozialdemokratie, Bonn 1978, S. 24.

5 Im September 1981 in Bamberg, vgl. AcP 182 (1982), 60–123; im Januar 1983 in Stuttgart, vgl. AcP 183 (1983), Heft 4/5.

6 Dies knüpft an meine Überlegungen in Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrb. f. Rechtssoz. u. Rechtslehre, Bd. 3, Opladen 1982, S. 60 ff. an.

7 Vgl. als bisher extensivste Besprechung einer Auswahl dieser Gutachten: Heinrichs, Reform des Verjah-

Eine Stellungnahme zu den Zielen, Möglichkeiten und Grenzen einer Schuldrechtsüberarbeitung durch den Bundesgesetzgeber heute impliziert eine ungefähre Beantwortung der allgemeineren Frage nach dem funktionellen Stellenwert der Gesetzgebung im Prozeß der Entwicklung des post-formalen Rechts im Bereich des Zivil- und Wirtschaftsrechts. Bekanntlich war das BGB von 1896 – und hier insbesondere das Vermögensrecht – ein Produkt des philosophischen und rechtswissenschaftlichen Formalismus und des ökonomischen und politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts. Mit der Verabschiedung des BGB wurde kodifikatorisch der gesellschaftliche Evolutionsprozeß »from status to contract« (H. S. Maine), vom traditionellen repressiven Recht zum modernen formalen oder autonomen Recht abgeschlossen⁸. Die vertragszentrierte (Zivil-) Rechtsverfassung fügte sich bruchlos ein in die marktzentrierte Wirtschafts- und parlamentzentrierte politische Verfassung der bürgerlichen Gesellschaft. – Nur, das deutsche Kaiserreich des ausgehenden 19. Jahrhunderts war nicht mehr der Demiurg der bürgerlichen Moderne, als den Karl Marx das England des 18. und frühen 19. Jahrhunderts analysiert hat. Die sozioökonomische Wirklichkeit des Kaiserreichs als 1880 drittgrößter und 1900 (nach den USA) zweitgrößter Industrienation der Welt war gekennzeichnet durch eine hochkomplexe Interdependenz von Staat und Wirtschaft (»organisierter Kapitalismus«⁹). Das »Bürgerliche Gesetzbuch für die deutschen Staaten« vom 18. 8. 1896¹⁰ war immer schon bürgerliches Recht ohne bürgerliche Gesellschaft. Seine »soziale Aufgabe« hatte es, wie O. v. Gierke bereits 1889 in seiner heute noch aktuellen und faszinierenden Kritik des ersten Kommissionsentwurfs treffend festgestellt hatte¹¹, von Anfang an verfehlt; ein Versagen, das nun 100 Jahre später nachgeholt werden soll. All dies ist oft beschrieben worden¹². Ich kann es hier bei diesen wenigen Stichworten belassen.

Für die deutsche *Zivilrechtsentwicklung*¹³ hieß dies: Der soziale Modernisierungsprozeß »from status to contract« kehrte sich im 20. Jahrhundert gewissermaßen um und setzte sich fort als Prozeß »from contract to status« (Wiethölter)¹⁴. Die *Generalität* des Privatrechts, die die Generalität des autonomen Marktbürgers in der Wirtschaft und die Kontrolle ökonomischer Macht durch den Wettbewerb voraus-

rungsrechts, NJW 1982, 2021; Schönemann, Wandlungen des Vertragsrechts, NJW 1982, 2027; Lieb, Das Bereicherungsrecht de lege ferenda, NJW 1982, 2034; U. Hubner, Zur Reform von Delikts- und Gefährdungshaftung, NJW 1982, 2041. Zum Bankvertragsrecht: Schwark und Becker, ZHR 147 (1983), 223/245; vgl. weiter Bunte, BB 1982, 685; Grunsky, AcP 182 (1982), 453; E. Wolf, ZRP 1983, 241; H. P. Westermann, ZRP 1983, 249.

⁸ Vgl. Max Weber, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1967; N. Luhmann, Rechtssoziologie, 2 Bde. Reinbek 1972; R. M. Unger, Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory, 1976; Nonet/Selznick, Law and Society in Transition: Toward Responsive Law, 1978; J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, 2 Bde, Frankfurt/M. 1981 (vgl. insbes. Bd. II, S. 522 ff.: Tendenzen der Verrechtlichung).

⁹ Vgl. hierzu die komparativen sozialgeschichtlichen Studien in: H. A. Winckler (Hrsg.), Organisierter Kapitalismus. Voraussetzungen und Anfänge, Göttingen 1974.

¹⁰ RGBl. 195.

¹¹ Otto v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889.

¹² Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Königstein 1974; Benöhr, ZfA 1977, 187; Brüggemeier, Zur Entwicklung des Rechts im Organisierten Kapitalismus. Materialien zum Wirtschaftsrecht, 2 Bde, Frankfurt 1977/79. Vgl. auch Esser, Gesetzesrationalität im Kodifikationszeitalter und heute, in: Vogel/Esser, 100 Jahre oberste deutsche Justizbehörde, Vom Reichsjustizamt zum Bundesministerium der Justiz, Tübingen 1977.

¹³ Es muß hier noch einmal betont werden, daß die folgenden analytischen Aussagen sich auf den Politik- und Rechtsbereich des Zivil- und (privaten) Wirtschaftsrechts beschränken. Inwieweit sie verallgemeinerbar sind, insbes. inwieweit sie sich auf das Verfassungs- und Verwaltungsrecht übertragen lassen, vermag ich nicht abschließend zu beantworten. Vgl. insoweit zum Verwaltungsrecht: Ladeur, Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung, Leviathan 1979, 339.

¹⁴ Zitiert bei Kötz, Reber/Z 29 (1965), 805, 806. Vgl. auch M. Rehbinder, Status, Contract, and the Welfare State, 23 Stanford L. Rev. 941 (1971).

setze, wird abgelöst durch die *Partikularität* sozialbereichsspezifischer Zivilrechtsentwicklungen in einer durch Konzentrationsprozesse und Ungleichgewichtslagen gekennzeichneten Wirtschaft. Das Formalrecht des BGB materialisiert sich¹⁵. Dieser Materialisierungsprozeß hatte drei Dimensionen¹⁶:

(1) Drängende soziale Problemfelder wurden durch die Legislative mittels *Sonder- oder Schutzgesetzgebung* geregelt. Hier seien nur stellvertretend der Sozialversicherungsschutz für Arbeiter und die Gefährdungshaftungstatbestände für die Arbeits- und Verkehrsunfallopfer angesprochen und die zwingenden Schutzgesetze für Arbeitnehmer, Mieter und Verbraucher, um nur die Hauptgruppen zu nennen, erwähnt. Diese Schutzgesetzgebung fand teilweise schon vor dem Erlaß des BGB¹⁷, im übrigen bis auf wenige Ausnahmen *außerhalb* des BGB statt¹⁸.

(2) In weiten Gebieten des Zivil-, Arbeits-, Handels- und Gesellschaftsrechts erfolgte eine gravierende Funktionsverlagerung von der Legislative auf die Justiz. Diese Materialisierung durch *judicial activism* (»Justizialisierung«¹⁹) hat ihrerseits einen doppelten Aspekt:

(2.1) Das Alltagsgeschäft der Rechtsfortbildung durch Anpassung des Rechts an die geänderten sozio-ökonomischen Verhältnisse erfolgt durch die Rechtsprechung. Das Zivilrecht *entpositiviert* sich. Für den hier interessierenden Bereich des Schuldrechts läßt sich dies an der extensiven judiziellen Neuverteilung sozialer Handlungsriskiken im Haftungsrecht, also im vertraglichen und deliktischen Schadensersatzrecht, exemplarisch rekonstruieren²⁰. Die Rolle des Gesetzgebers ist darauf reduziert, die richterrechtlich entwickelten dogmatisch-konstruktiven *und* sachpolitisch-inhaltlichen Lösungen nachzulegalisieren oder durch Generalklauseln²¹ der Rechtsprechung einen entsprechenden Handlungsspielraum für adäquate, differenzierte und situative Lösungen zu ermöglichen.

(2.2) Dieses Erstarken der Rechtsprechung zum Ersatzgesetzgeber wird im Vertragsrecht ergänzt durch die Funktion der *Sozialkontrolle von vertraglichen Leistungsverhältnissen* durch die Justiz. Ökonomische Ungleichgewichtslagen machen eine umfangreiche Inhaltskontrolle formell ordnungsmäßiger Verträge nötig. Der privat-autonome Vertrag wird relativiert, sowohl was seinen Abschlußaspekt als

15 Von Wieacker in rechtsphilosophisch/rechtstheoretischer Perspektive jungst thematisiert als Gegensatz von Formalismus und Naturalismus. Vgl. Wieacker, in: FS Coing, Bd. I, München 1982, S. 703 ff.

16 Diese drei Dimensionen des Materialisierungsprozesses haben Berührungspunkte, sind aber nicht identisch mit R. Voigt's drei Aspekten des Verrechtlichungsprozesses. Vgl. Voigt, Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: Voigt (Hrsg.), Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Königstein 1980, S. 15 ff. Insbes. bei der Schutzgesetzgebung handelt es sich um eine wichtige qualitative Differenzierung innerhalb des allgemeinen Vergesetzlichungsprozesses seit 1871.

17 Vgl. aus dem engeren schuldrechtlichen Bereich nur das *Reichshaftpflichtgesetz* von 1871 (Gesetz betr. die Verbindlichkeiten zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken, Fabriken, Steinbrüchen und Gräbereien herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen – RGBl. 207) und das *Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte* von 1894 (RGBl. 450).

18 Innerhalb des BGB vollzog sich die Verschärfung des Mieterschutzes und 1979 die Regelung des Pauschalreiserechts in den §§ 651a ff. Die mit Abstand bedeutendste Kodifikation auf diesem Gebiet fand *außerhalb* des BGB statt – das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9. 12. 1976 (BGBl. I 3317).

19 R. Voigt, a. a. O., S. 21.

20 Vgl. dazu detailliert Brüggemeier, Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht, AcP 182 (1982), 385. Allgemein zu diesem Aspekt: Diederichsen, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 1974; Grossfeld, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, 1977. – Zu den *verfassungsrechtlichen* Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung vgl. BVerfGE 49, 304, 320; Heussner, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Richterrecht, in: FS M. L. Hilger u. H. Stumpf, München 1983, 317.

21 Dies diagnostizierte Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1930, noch als »Gefahr für Recht und Staat«. Vgl. dazu jetzt Teubner, AK-BGB Bd. 2, 1980, § 242 Rz. 1 ff.: Nicht »Präzisierung« – sondern »Steigerung von Unbestimmtheit«.

auch was die Regelungsseite, die regelmäßig durch AGB- oder Formularverträge²² kollektiviert und standardisiert worden ist, anbetrifft. Vertragliche Selbstbindung tritt zurück hinter einer umfassenden *Sozialbindung*, die gleichfalls primär durch die Justiz in den Rechtsverhältnissen zwischen Privatrechtssubjekten zur Geltung gebracht wird.

(3) Diese beiden *marktkompensatorischen* Materialisierungsstrategien – Schutzgesetzgebung für Sonderbereiche und *judicial activism* in seinem Doppelaspekt als Privatrechtsfortbildung und als Sozialkontrolle in Austauschverhältnissen – werden schließlich um eine weitere *markttranszendente* Strategie ergänzt, die *Einführung von Organisationselementen*. Hier steht nicht mehr die markt- und kontraktvermittelte Interaktion und Interessenverfolgung im Mittelpunkt, – sondern hier geht es um Partizipation gleichsam kraft Status, kraft Zugehörigkeit zu einer Institution, einem sozialen Lebensbereich (»voice« statt »exit« im Sinne Hirschman's²³; Solidarität statt Wettbewerb/Markt und Bürokratie im Sinne F. X. Kaufmann's²⁴). Exemplarisch hierfür sind die Betriebsverfassung, die überbetriebliche Mitbestimmung (»Unternehmensverfassung«), aber auch informelle Beteiligungs-, Anhörungs- und Mitspracherechte z. B. der Händlerbeiräte im Kontext der Vertragshändlerbindung durch den industriellen Hersteller bis hin zu (neo-)korporativen Verhandlungsprozessen verbandlich organisierter Interessen untereinander oder mit staatlichen Instanzen, die ihren Ausdruck finden in Einheitsmietverträgen, Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Konditionenempfehlungen für AGB's, DIN-Normen²⁵ etc. Diese dritte Reaktion auf die Krise der Formalität hat möglicherweise als nicht mehr marktbezogenes, sondern *markttranszendentes* Element eine eigene Qualität und Rationalität, die es rechtfertigt, sie auch begrifflich von den anderen Materialisierungsstrategien abzusetzen. G. Teubner hat hierfür jüngst den – nicht unproblematischen – Begriff »Reflexivität« eingeführt, den er in Auseinandersetzung mit dem evolutionstheoretischen Ansatz eines responsiven Rechts von Selznick/Nonet entwickelt hat²⁶.

Mit anderen Worten: Die Privatrechtsentwicklung der Neuzeit läßt sich – um im Sprachbild Maine's zu bleiben – kennzeichnen durch einen Prozeß »from status to contract to social regulation«. »Social Regulation« wird hier verstanden als *Sozialverwaltung* von Lebens- und Handlungschancen durch staatliche, halbstaatliche und private Institutionen und bezeichnet damit eine Entwicklungsstufe des post-formalen Rechts und einen Verrechtlichungsgrad der modernen Gesellschaft, die nicht mehr durch ein einheitliches Prinzip gekennzeichnet sind. Es ist vielmehr eine komplexe Gemenge- und Gleichzeitigkeitssituation von *Formalität* (im Sinne von Maine's »contract« und aktuellen Reformalisierungsansätzen: »deregulation«/Entstaatlichung), von *Materialität* (i. S. der legislativen Sonder- und Schutzgesetzgebung und der judiziellen Rechtsfortbildung und Sozialkontrolle) und von »*Reflexivität*« (als diffusem Sammelbegriff für Organisation, »voice«, Solidarität).

²² Vom Typ Einheitsmietvertrag, Musterarbeitsvertrag, Vertragshändlerrahmenvertrag etc.

²³ A. O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty. Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Cambridge, Mass. 1970.

²⁴ Franz-Xaver Kaufmann, *Steuerungsprobleme im Wohlfahrtsstaat*, in: *Krise der Arbeitsgesellschaft? Verh. des 21. Dt. Soziologentages in Bamberg 1982*, Frankfurt/M. 1983, 474–490.

²⁵ Zum DIN als »quasi-politischer« Selbstverwaltungseinrichtung der Wirtschaft vgl. U. Kypke, *Gesellschaftspolitische Orientierung der technischen Normung am Beispiel verbraucherpolitischer Ziele – strukturelle, konzeptionelle und steuerungspolitische Probleme*, Diss. Duisburg 1982.

²⁶ Teubner, *Reflexives Recht*, ARSP 1982, 13; ders., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, 17 *Law & Society Rev.* 401 (1982/83). Vgl. dazu auch die Beiträge der *Conference on Reflexive Law and the Regulatory Crisis*, July 18–21, 1983, University of Wisconsin-Madison, Law School, Madison, Wisconsin 53706, USA.

Diese Thematisierung steht nicht nur etwas quer zu den Voigt'schen Verrechtlichungs- und Entrechtlichungskonzepten²⁷, sondern auch zu der begrifflichen Systematik von Marktversagen, Politikversagen und Rechtsversagen, die zur Beschreibung dieses Evolutionsprozesses verwandt wird²⁸. Spätestens seit der »Keynesian Revolution« sind wir gewöhnt an den Befund eines partiellen Marktversagens. Auf das Marktversagen reagiert das politisch-administrative System. Ausgehend von der ökonomischen Theorie der öffentlichen Entscheidung wird nun seit geraumer Zeit ein Politikversagen diagnostiziert. Analytische Vokabeln wie capture-Syndrom²⁹ und Neo-Korporatismus³⁰ zielen auf diesen Zusammenhang. Notwendige Steuerungsaufgaben werden teilweise auf das Rechtssystem und hier in erster Linie auf die Justiz verlagert. Auch hier konstatieren justizkritische Analysen ein »Rechtsversagen«³¹. N. Luhmann warnt permanent vor der Überforderung des Rechts. Er spricht bekanntlich der Justiz jegliche Befähigung zur sozialen Folgenreflexion und zu darauf gegründeter Rechtsfortbildungskompetenz ab³². Die Reaktion auf das Rechtsversagen, die Suche nach »Alternativen zur Justiz« könnte dann in Strategien der Entrechtlichung und Reformalisierung (»zurück zum Markt«; deregulation/Entstaatlichung) bestehen. Ein stationäres Kreislaufmodell von Re-Formalisierung und Re-Materialisierung, Ent-Rechtlichung und Ver-Rechtlichung wäre eröffnet. Bei aller Verkürztheit und Überpointierung dieser Bestandsaufnahme ist die Frage der Einschätzung des Rechtsversagens von größter Relevanz für eine Stellungnahme zu dem Vorhaben der Schuldrechtsüberarbeitung. M. E. trifft der Befund des Rechtsversagens – soweit das Zivilrecht betroffen ist – in doppelter Hinsicht zu: (1) Zuerst ist damit zutreffend das historische Überholtsein der Rechtsform des *formalen Rechts* und des *generellen Gesetzes* angesprochen. Und damit ist zugleich die klassische Arbeitsteilung des liberalen Verfassungsstaates zwischen Gesetzgebung und Justiz betroffen. Post-formale Zivilrechtsentwicklung ist – wie skizziert – gekennzeichnet durch Entpositivierung, Partikularisierung und größere Unbestimmtheit. Begründete Skepsis ist (2) angebracht, inwieweit die Justiz von ihren personellen, institutionellen und methodischen Voraussetzungen her die ihr unbestreitbar zugefallene Funktion eines Ersatzgesetzgebers³³ ausfüllen kann. – Nur, beides – Materialisierungsprozeß und Grenzen der Justizialisierung – anerkennen, bedeutet eben nicht, den altliberalen, verfassungskonformen Weg zurück zur Inaugurierung des parlamentarischen Gesetzgebers zu gehen oder Zuflucht zu alternativen Ersatzgesetzgebern – wie z. B. der akademischen Rechtswissenschaft – zu nehmen. Der soziale Prozeß der Rechtsinnovation ist im Zivilrecht schon längst über ein Drei-

27 R. Voigt, *Gegentendenzen zur Verrechtlichung. Verrechtlichung und Entrechtlichung im Kontext der Diskussion um den Wohlfahrtsstaat*, in: Voigt (Hrsg.), *Gegentendenzen zur Verrechtlichung*, Jahrb. f. Rechtssoz. u. Rechtstheorie, Bd. 9, Opladen 1983, S. 17 ff.

28 Vgl. etwa N. Reich, *Marktversagen und Politikversagen. Das Beispiel der amerikanischen Federal Trade Commission*, ZERP-Disk. Papier 2/82; Wiethölter, *Statement in: Eröffnungsveranstaltung des Zentrums für Europäische Rechtspolitik (ZERP)*, Bremen, 21./22. April 1983, ZERP-Disk. Papier 7/83, S. 77.

29 Die Capture-Theory thematisiert das empirisch feststellbare Phänomen der letztendlichen Beeinflussung der Regulierer durch die zu Regulierenden. Vgl. dazu Kaufer, *Theorie der öffentlichen Regulierung*, München 1981, S. 146 ff.

30 Vgl. statt vieler Schmitter/Lehmbruch (eds), *Trends Toward Corporatist Intermediation*, 1979; U. v. Alemann, *Neokorporatismus*, 1981.

31 Vgl. dazu jew. m. weit. Nachw. die Beiträge in den beiden Sammelbänden: Blankenburg u. a. (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, Jahrb. f. Rechtssoz. u. Rechtstheorie Bd. 6, Opladen 1980; BMJ (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz – Berichte, Analysen, Perspektiven*, Köln 1982.

32 Vgl. etwa Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, 1974, S. 31 ff.

33 Für das *Arbeitsrecht* wird das wohl überhaupt nicht mehr in Frage gestellt. 1981 hat der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung die Auflösung der Arbeitsgesetzbuchkommission verfügt, die den Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches erarbeiten sollte. Vgl. zum Stellenwert des Richterrechts im Arbeitsrecht zuletzt Kissel, *ArbuR* 1982, 137; Daubler, *ArbuR* 1982, 361.

Personen-Stück mit Gesetzgeber resp. Ministerialbürokratie, Justiz und akademischer Rechtswissenschaft hinaus und erweitert insbesondere um staatliche Regulierungs- und Aufsichtsämter und die jeweils verbandlich organisierten, antagonistischen Interessen der Betroffenen. Zivil-Rechtsfortbildung stellt heute einen vielschichtigen sozialen Lernprozeß mit mehreren Akteuren dar, in dem die höchstrichterliche Rechtsprechung Entscheidungen eingibt und auf Kritik hin modifiziert, und in dem der Gesetzgeber nur gelegentlich noch Akzente setzt; – Privatrechtsfortbildung als ein Prozeß judizieller Korrektur von Irrtümern! Die zutreffende Reaktion auf partielles Rechtsversagen heißt daher – die Gleichzeitigkeit von Formalität, Materialität und »Reflexivität« nicht zu leugnen, sondern zu akzeptieren. Das impliziert für das Zivilrecht folgende Disjunktionen: Prozeduralisierung³⁴ statt »auctoritas facit veritas«; Steigerung von Unbestimmtheit statt erschöpfender präziser Gesetzgebung; Effektivierung von judicial activism statt Bindung der Justiz. Dies bedeutet für die akademischen Rechts- und Sozialwissenschaften – Ausarbeitung einer zivilistischen Begründungslehre »jenseits der Gesetzesbindung«³⁵.

Genug der Vorworte. Sie können sowieso nur in Konturen einen analytischen Standpunkt umschreiben, von dem aus zu der Schuldrechtsüberarbeitung Stellung genommen werden soll. Für das Überarbeitungsvorhaben lassen sich daraus folgende Maximen ableiten: Beschränkung auf notwendige Minimalkorrekturen, Einfügung der sachlichen Grundregeln neuartiger Schuldverhältnisse, – im übrigen »legislature's self restraint«. Genügen die vorgelegten Gutachten diesen Kriterien?

Ein zentrales und besonders plastisches Beispiel für notwendige legislative Reparaturarbeiten im Schuldrecht ist die Neuregelung des Verhältnisses von allgemeinem Leistungsstörungenrecht und (Sach-/Rechtsmangel-)Gewährleistungsrecht. Hier verstrickt sich die Rechtsprechung auf der Grundlage einer absolut mißglückten und unzureichenden gesetzlichen Regelung in ein immer dichter werdendes Netzwerk von Ungereimtheiten. Insoweit können auch nach den hier formulierten Kriterien im Grundsatz die rechtspolitischen Vorschläge in dem Gutachten von U. Huber³⁶ nur befürwortet werden. Danach ist als eine umfassende Kategorie des Leistungsstörungenrechts der Begriff der *Nichterfüllung* oder *Vertragsverletzung* einzuführen, in der die bisherigen dogmatischen Institute der Unmöglichkeit, des Verzuges, der positiven Vertragsverletzung (pVV) mit ihren Fallgruppen und der Mangelgewährleistung in ihren verschiedenen Facetten aufzugehen hätten³⁷. Nichterfüllung/Vertragsverletzung ist die Enttäuschung selbst gesetzter Leistungserwartungen, das Abweichen von dem objektiven vertraglichen Leistungsprogramm in sachlicher, zeitlicher oder räumlicher Hinsicht durch den Leistungsschuldner. Geschicht sie *nicht schuldbast* (fahrlässig, d. h. objektiv sorgfaltspflichtwidrig, oder vorsätzlich) sollte primär der Gläubiger seinen *Leistungsanspruch* behalten (Nachbesserung, Neulieferung), soweit dieser nicht – wie in den Sonderfällen der Unmöglichkeit – eo ipso

³⁴ Zu dem Begriff der Prozeduralisierung vgl. insbes. Wieholler, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Gessner/Winter, Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, I. c., S. 38 ff.; ders., Materialisierung und Prozeduralisierung von Recht, EUI-Working Paper, Florenz 1983. Zur Formel vom »Entdeckungsverfahren Praxis« vgl. Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, S. 111 ff.

³⁵ Die müßte dort ansetzen, wo Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982, aufhören (vgl. § 44). Siehe auch Wieacker, FS Coing, Bd. I, S. 716: Über eine »rehabilitierte« praktische Philosophie zu einer »Theorie des richtigen öffentlichen Handelns«.

³⁶ »Leistungsstörungen«, Bd. I, S. 647–909; vgl. auch dessen Gutachten zum Kaufvertrag, Bd. I, S. 911–949. Als eine kritische Stellungnahme zu Huber vgl. Vollkommer, AcP 183 (1983), Heft 4/5.

³⁷ Vorbild der Reformüberlegungen Hubers ist das Einheitliche Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen vom 17. 7. 1973 (BGBl. I, 856), daneben der Uncitral-Entwurf für ein Übereinkommen über internationale Kaufverträge über bewegliche Sachen, 1977/78 und das UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. 4. 1980. Vgl. zu letzterem Herber, RIW/AWD 1980, 601.

entfällt. Sekundär ist ihm bei »wesentlichen Vertragsverletzungen«³⁸ ein *Vertragslösungsrecht* (Rücktritt, Wandelung, Widerruf) einzuräumen. Der Selbstbindungseffekt des Vertragsschlusses und die Verschuldensunabhängigkeit des Vertragslösungsrechts lassen es sachgerecht erscheinen, die Zulässigkeit der einseitigen Vertragsaufhebung von dem Erfordernis einer *Nachfristsetzung*³⁹ abhängig zu machen. Insbesondere bei Interessenwegfall des Leistungsgläubigers, nicht möglicher Mangelbeseitigung, Nachbesserungs-/Neulieferungsweigerung des Leistungsschuldners entfällt das Erfordernis der Nachfristsetzung. Rechtsfolge der Vertragsaufhebung – wie schon bisher – ist ein Leistungsrückgewährverhältnis⁴⁰. Nicht erörtert wird – soweit ersichtlich – die Frage, ob dem Leistungsgläubiger, der nach gescheiterter Nachbesserung von dem Vertrag zurücktritt, über die bloße Rückabwicklung hinaus nicht auch ein *verschuldensunabhängiger* Ersatzanspruch auf das negative Vertragsinteresse eingeräumt werden sollte (Rechtsgedanke des § 122 Abs. 1).

Geschieht die Nichterfüllung/Vertragsverletzung *schuldhaft*, steht dem Leistungsgläubiger ein *Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung* zu (positives Vertrags-, Erfüllungsinteresse, status ad quem). Dieser Schadensersatz kann im Prinzip – wie nach verstreuten Einzelregelungen schon bisher – in zwei Varianten geltend gemacht werden: (1) als *kleiner Schadensersatzanspruch*, d. h. Behalten der nicht-vertragsgerechten Leistung und Beanspruchung des Ersatzes des Verspätungsschadens (§ 286) bzw. des sachlichen Minderwerts der Leistung (Reparaturkosten). Der kleine Schadensersatz tritt als komplementärer Sekundäranspruch neben den Primär-/Erfüllungsanspruch. (2) Als *großer Schadensersatz*, d. h. Leistungsablehnung und Beanspruchung des Geldbetrages, der dem Wert der vertragsgerechten Leistung für den Leistungsgläubiger entspricht, m. a. W.: Marktwert der Leistung einschl. des entgangenen Gewinns. Der große Schadensersatz tritt an die Stelle des Erfüllungsanspruchs. Er kombiniert Rücktritt (mit Nachfristsetzung) und Ersatz des positiven Vertragsinteresses⁴¹.

Führt die Verletzung vertraglicher *Haupt-* oder *Nebenleistungspflichten* zur Beeinträchtigung vorhandener anderer Rechtsgüter des Leistungsgläubigers (status quo), sollte – wie bisher über pVV (Mangelfolgeschäden) – auch dieses *Integritätsinteresse* über einen *vertraglichen Schadensersatzanspruch* abgewickelt werden. Neben den Schadensersatz wegen Nichterfüllung träte ein Schadensersatz wegen Integritätsverletzung. Die unselige Differenzierung zwischen *Mangelschaden* und *Mangelfolgeschaden*, zwischen unmittelbarem und entfernteren Mangelfolgeschaden⁴², zwischen Mangelfolgeschaden aus Schlechtleistung und aus Nebenpflichtverletzung⁴³ entfielen. Die dritte Fallgruppe der pVV⁴⁴, die Verletzung nichtleistungsbezogener Schutzpflichten, sollte ebenso wie das Institut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte dagegen definitiv aus dem Vertragsrecht verschwinden und in das Deliktsrecht verwiesen werden⁴⁵.

³⁸ S. 705 ff. Vgl. auch §§ 459, S. 2, 634 Abs. 3.

³⁹ S. 703 ff.

⁴⁰ S. 732 ff.

⁴¹ Ein Vorbild hierfür findet sich im BGB lediglich in § 635.

⁴² Bisher auf das Werkvertragsrecht beschränkt; durch BGHZ 87, 88 = NJW 1983, 1496 jetzt scheinbar auch ins Kaufrecht eingeführt.

⁴³ Schadensersatzansprüche wegen Mangelfolgeschaden aus kaufvertraglicher *Slechtleistung* verjähren nach ständiger Rechtsprechung in 6 Monaten (§ 477), – Schadensersatzansprüche wegen kaufvertraglicher *Nebenpflichtverletzung* verjähren dagegen grundsätzlich in 30 Jahren (BGHZ 66, 208 = NJW 1976, 1353).

⁴⁴ Zu den drei Fallgruppen der pVV vgl. Esser-Schmidt, Schuldrecht, Allgemeiner Teil 116d. 2, 5. Aufl. 1977, S. 103 ff.

⁴⁵ S. 667, 736 ff. Dasselbe gilt auch für das fragwürdige Institut der -cie mit Schutzwirkung für Dritte (BGHZ 66, 51 – Gemüseblatt).

Hinsichtlich des zeitlichen Rahmens für die Geltendmachung von Ansprüchen wegen Nichterfüllung/Vertragsverletzung (Verjährungs-/Ausschlußfristen) spricht sich Huber für eine zweispurige Lösung aus: Einerseits *Rüge/Anzeigepflicht* der nicht-vertragsgerechten Leistung innerhalb von zwei Jahren, bei Bauwerken innerhalb von fünf Jahren⁴⁶. Diese Frist ist als Ausschlußfrist gestaltet. Andererseits Verjährungsfrist für vertragliche Nichterfüllungsansprüche von einem Jahr ab »Absendung der Mängelanzeige«⁴⁷. Hier werden m. E. sachgerecht die bisher in kritischer Auseinandersetzung mit den §§ 477, 638 in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Ansätze zur Flexibilisierung dieser Normen in ein Novellierungsprogramm umgesetzt, das abstellt auf die Erkennbarkeit des Mangels innerhalb einer Maximalfrist (Gewährfrist) und eine sich daran anschließende kurze Verjährungsfrist⁴⁸. Eine Ausnahme soll nach Huber gelten für die *vertraglichen* Ersatzansprüche für Integritätsverletzung (*Personen-* und *Sachschäden*). Auf sie soll die allgemeine deliktsrechtliche Verjährungsregel Anwendung finden (§ 852)⁴⁹. Hier wird m. E. überflüssigerweise bei der Verjährung die materielle Unterscheidung zwischen leistungsbezogener (Vertragsrecht) und nicht-leistungsbezogener (Deliktsrecht) Integritätsverletzung wieder rückgängig gemacht. Dafür besteht umso weniger Notwendigkeit, als die Verjährungsfristen in dem Huberschen Entwurf schon weitgehend einander angenähert worden sind.

Mit der positiven Einschätzung der differenzierten Fassung der Verjährungsproblematik bei U. Huber ist bereits angedeutet, daß ich die Lösung von Peters/Zimmermann⁵⁰ für eine allumfassende Einheitsverjährungsfrist von zwei Jahren für Ansprüche unterschiedlichster Art und unterschiedlichsten Inhalts, auf unterschiedlichster Grundlage und aus unterschiedlichsten Sozialbereichen – vom Kauf eines Filzstiftes bis zur »Bestellung« eines AKW's, vom großen Schadensersatz wegen Nichterfüllung bis zum Verwendungersatzanspruch – für unangemessen, weil jede sachlich gebotene Differenzierung verhindernd, halte.

Die Modernisierung der Vertragstypen im Besonderen Schuldrecht dürfte auf wenig Widerstand stoßen, beschränkt sie sich auf wenige sachliche Grundnormierungen. Bei der Entscheidung, welche Vertragsverhältnisse neu geregelt werden sollen, dürfte wohl – wie schon 1896 – die ökonomische Relevanz den Ausschlag geben. So ist aber beispielsweise die Berechtigung einer Spezialregelung des Giroverhältnisses als zentralem Teil des Bankvertragsrechts in Zweifel zu ziehen, wenn daneben schon ausführlich die entgeltliche Geschäftsbesorgung behandelt wird⁵¹. Zwar verdient zu Recht das absolut unzureichend erfaßte, häufigste Austauschgeschäft in entwickelten Industrienationen überhaupt – die Geldzahlung⁵², insbesondere in der Gestalt der bargeldlosen Zahlung (Überweisung/Lastschriftverfahren), und demnächst der elektronischen Zahlung⁵³, eine gewisse Aufmerksamkeit des Gesetzgebers. Da hier ein ursprünglich dingliches Verfügungsgeschäft weitgehend »verobligationiert« worden ist, gehörte es – bisheriger BGB-Systematik zufolge – ins Schuldrecht, und hier wohl in das Recht der entgeltlichen Geschäftsbesorgung.

46 § 477a (Vorschlag).

47 § 477b (Vorschlag).

48 Vgl. dazu auch – im Zusammenhang der Diskussion der sog. Schwimmerschalter-Problematik – Bruggemeier, VersR 1983, 501.

49 S. 741.

50 Bd. I, S. 77–373.

51 So wohl auch Schwark und Becker, ZHR 147 (1983), 223/245.

52 Bisher fragmentarisch geregelt in den §§ 244–248, 270. Als Kommentierung der Geldschuld vgl. Bruggemeier, AK-BGB Bd. 2, Darmstadt 1980; Karsten Schmidt, Geldrecht. Geld, Zins und Währung im deutschen Recht. Kommentar (Sonderausgabe aus Staudinger, BGB-Kommentar), Berlin 1983.

53 Vgl. dazu U. H. Schneider, Das Recht des elektronischen Zahlungsverkehrs, Frankfurt/M. 1982.

Werden die Hauptfälle von Dienstleistungen geregelt (Stichwort: entgeltliche Geschäftsbesorgung, medizinischer Behandlungsvertrag), dürfte ein Bedürfnis nach einem »allgemeinen Dienstvertragsrecht« i. S. der §§ 611 ff. wohl entfallen. Ähnliches gilt im Werkvertragsrecht. Die Explosion an Mannigfaltigkeit in diesem Bereich legte es zwar nahe, einen »Allgemeinen Teil« des Werkvertragsrechts auszuformulieren. Dieser gehörte aber wohl systematisch weitestgehend in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. Das Werkvertragsrecht löste sich dann auf in mehrere relevante Hauptfallgruppen, für die eine unterschiedliche Behandlung sachlich gerechtfertigt werden könnte: etwa Baurecht einerseits⁵⁴ und sonstige »Werkleistungen« andererseits, hier dann möglicherweise insbesondere der Reparaturvertrag⁵⁵ und die Gutachtereinstellung⁵⁶. An dieser Stelle lediglich ein Detail: Die Relevanz von Werbeaussagen für die vertragliche Leistungsdefinition ist kein werkvertragliches Sonderproblem, sondern sollte im allgemeinen Schuldrecht (Inhalt von Schuldverhältnissen), wenn nicht überhaupt im *Allgemeinen Teil*, behandelt werden⁵⁷.

Vom hier vertretenen Ausgangspunkt aus sind gewisse Vorbehalte anzumelden gegenüber den Vorschlägen für die Deliktsrechtsnovellierung⁵⁸. Der Gutachter Chr. v. Bar hat sich ausdrücklich darauf beschränkt, den Gesetzestext auf den aktuellen Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft zu bringen, – was immer das heißen mag. § 823 Abs. 1 ist reduziert auf die unmittelbare und/oder vorsätzliche Rechts(guts)verletzung; der Schutzgesetzverstoß bleibt in § 823 Abs. 2. Als zentrale Neuerung wird in § 824 (V) die Verkehrs(sicherungs)pflcht, d. h. die mittelbare Rechtsgutsverletzung, eingefügt⁵⁹. Weiter werden aufgenommen Regeln zum Schutz des Persönlichkeitsrechts, des Gewerbebetriebs und über die außervertragliche Auskunftshaftung. Wohl in Übereinstimmung mit den einschlägigen Beschlüssen des 52. DJT 1978⁶⁰ wird auf eine Kodifizierung des Arzthaftungsrechts verzichtet. Nach § 831 (V) haftet der Geschäftsherr für rechtswidrige Schädigungen Dritter durch seine Verrichtungsgehilfen ohne eigenes Verschulden. Voraussetzung ist lediglich ein Verschulden des Verrichtungsgehilfen. § 831 ist hier faktisch § 278 angeglichen, eine seit über 80 Jahren überfällige Regelung. – So unbestritten vorteilhaft diese Deliktsrechtsnovellierung auf den ersten Blick gegenüber der aktuellen »Gesetzeslage« wäre, so läßt sie doch m. E. Grundfragen offen. Die Grundsatzfragen nach dem heute angemessenen Deliktsrechtskonzept, nach einer Generalklausel für die deliktische Fahrlässigkeitshaftung – hier kann man 1980 nicht hinter den Stand von 1940⁶⁰ zurückfallen –, nach dem Geltungsbereich des Grundsatzes des Verhaltensunrechts, nach der Partikularisierung allgemeiner Fahrlässigkeitshaftung durch sozialbereichsspezifische Verkehrspflichten (Sonderdeliktsrecht), nach der Qualifizierung der objektiven Fahrlässigkeitshaftung als Unrechtshaftung und anderes mehr können nicht länger unbeantwortet bleiben. Zu diesen Aspekten gibt es unterschiedliche Tendenzen in der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung.

⁵⁴ Hierfür ist denn auch ein gesondertes Gutachten von Weyers für den dritten Band vorgesehen.

⁵⁵ Vgl. dazu Micklitz, Verbraucherschutz im Reparaturhandwerk, Diss. Bremen 1983.

⁵⁶ Vgl. dazu Döbereiner, BauR 1982, 11.

⁵⁷ Vgl. § 631 Abs. 3 (Vorschlag Weyers).

⁵⁸ Bd. II, S. 1681, 1760 ff.

⁵⁹ § 824 (Pflichtverletzung) – (1) »Die gleiche Verpflichtung (wie nach § 823 – G. B.) trifft denjenigen, der einer durch ihn geschaffenen oder in seinem Herrschaftsbereich befindlichen Gefahr für Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen nicht sachgemäß und zumutbar entgegenwirkt. »Die Ersatzpflicht ist bei fehlendem Verschulden ausgeschlossen. »Der Umstand, daß der Verantwortliche einen Dritten damit betraut, der Gefahr entgegenzuwirken, darf dem Verletzten nicht zum Nachteil gereichen (Bd. II, S. 1761).

⁶⁰ Verhandlungen 52. DJT, Bd. II, I 203 ff., München 1978.

⁶⁰ Nipperdey (Hrsg.), Grundfragen einer Reform des Schadensersatzrechts, 1940, S. 91.

Diese Themen sind in der Rechtswissenschaft jedoch noch derart umstritten⁶¹, daß eine positivrechtliche Grundrevision nicht realisierbar ist. Teilreparatur scheint mir hier – anders als im allgemeinen Leistungsstörungenrecht – keine wesentliche Verbesserung zu bedeuten. Gesamtrevision täte not. Dagegen würde die von Kötz vertretene Einführung zwar keiner Generalklausel für die Gefährdungshaftung – aber zweier »analogiefähiger Tatbestände« als §§ 835, 835a (V)⁶² in das BGB in etwa den hier formulierten Anforderungen – Steigerung von Unbestimmtheit und Effektivierung von judicial activism – genügen.

Nicht kodifizierbar erscheinen mir derzeit auch Differenzierungen im Recht der vertraglichen Schuldverhältnisse zwischen *einmaligen Austauschgeschäften* und *Dauerschuldverhältnissen*. N. Horn diskutiert zwar in seinem Gutachten die Problematik des Dauerschuldverhältnisses⁶³ und zwar auch über den bisher im Vordergrund stehenden Aspekt der Beendigung dieser Leistungsbeziehung hinaus. Hier wäre jedoch bei uns eine Grundsatzdiskussion erst noch zu führen, wie sie auch in den USA erst in neuerer Zeit anläuft und insbesondere durch den Namen Ian R. Macneil⁶⁴ gekennzeichnet ist. Er stellt dem neo-klassischen »discrete contract« den »relational contract« mit einer ganz eigenen »governance structure« gegenüber. »Contract« und »Organization« (»Reflexivität«) gehen hier – so scheint es – eine Synthese ein. Die Zukunft des Vertragsschuldrechts könnte durch eine derartige – im allgemeinen Schuldrecht auszuarbeitende – fundamentale Zweiteilung gekennzeichnet sein.

Genug der kursorischen Anmerkungen zu dem Vorhaben der Schuldrechtsüberarbeitung. Herausforderung oder Überforderung des Gesetzgebers? Akzeptiert man die hier gemachten Prämissen, lautet die Antwort wohl: Die *Herausforderung des Gesetzgebers* bei der Schuldrechtsnovellierung besteht in der gebotenen *legislativen Selbstbeschränkung*.

61 Vgl. dazu als jüngere Bestandsaufnahmen v. Bar, *Verkehrspflichten*, Köln 1980; Brüggemeier, AcP 182 (1982), 385; Canaris, *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, in: FS Larenz, München 1983, S. 27 ff.; Lukes, *Das Schadensausgleichsrecht – Funktionen und Faktoren im Zeitalter der Technik*, VersR 1983, 697.

62 Bd. II, S. 1779, 1798 ff.

63 Bd. I, S. 551.

64 Ian R. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven 1980; ders., *Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a »Rich Classificatory Apparatus«*, 75 *Northwestern U. L. Rev.* 1018 (1981). Vgl. auch Williamson, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, 22 *J. L. & Econ.* 333 (1979).