

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXV

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1998



HANS-JOACHIM BAUER

Geschichte im Gesetz *

I.

„Gesetz und Geschichte“ hat zwei äußere Anlässe. Der erste sind die 100 Jahre, auf welche das BGB – respektive die Armee der sich ihm widmenden Juristen – aktuell zurückblickt (p. 16). Der zweite Anlaß ist die Aufgabe, die „Welle der Zivilgesetzgebung“ (p. 245) in den Staaten beratend zu begleiten, die über Generationen hinweg „eine andere Vision von Freiheit und Sicherheit, Vernunft und Individualität, Gleichheit und Differenz durchzusetzen versucht haben“; denn der Ausgang des Experiments bestätige den Schluß, „daß mit den Strukturen der bürgerlichen Gesellschaft nicht in politischer Dezision umgesprungen werden kann“ (p. 245). „Gesetz und Geschichte“ führt so durch die Zeit, durch die Verhältnisse der bürgerlichen Gesellschaft, ihre großen Freiheiten und Gebundenheiten in Gestalt des Rechtssubjekts, des Vertrags, des Wirtschaftsverkehrs und des dezentralisierten Eigentums. Wer nun von „Gesetz und Geschichte“ eine Privatrechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts erwartet, wird enttäuscht, obwohl auch der rechtshistorisch Interessierte das Buch in hohem Maß bereichert aus der Hand legen wird. Wer die Lektüre unternimmt in der Annahme, seinen Blick auf die inneren Zusammenhänge der Systemwelt des BGB-Zivilrechts geschärft und seinen Rechtsanwendungsfundus erweitert zu sehen, wird gleichfalls nicht ohne Irritationen das Buch aus der Hand legen, denn „Gesetz und Geschichte“ ist kein Lernbuch, obwohl es ungemein belehrt. Nicht anders wird es demjenigen ergehen, der hofft, nun werde dem BGB „gegeben“, was es verdient, einem Gesetz, das bereits am Beginn seiner „Karriere“ aus

* Zu ROLF KNIEPER, *Gesetz und Geschichte. Ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*. Baden-Baden: Nomos 1996. 261 S., DM 76,-. Die in Klammer gesetzten Seitenzahlen sind Fundstellen in diesem Buch.

den verschiedensten politischen Lagern als veraltet und unsozial kritisiert und abgelehnt wurde, das nicht im Stande war, positivistische Glasperlenspiele oder nationale, sozialistische und nationalsozialistische Mystizismen zu verhindern, das mit dem nach 1932 begonnenen Unternehmen „Unbegrenzte Auslegung“ die von der deutschen Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in „kongenialer“ Weise wahrgenommene Möglichkeit bot, in kurzer Zeit traditionelle Rechtsinhalte und hergebrachte Rechtswerte in ihr horrendes Gegenteil zu verkehren, das im dritten Quartal des 20. Jahrhunderts ein System trug, das in politischer Dezision die bürgerliche Gesellschaft in eine Welt der bewußten Kollektivität, der offenen Politisierung der Wirtschaftsbeziehungen und der systematischen Zentralisierung des Eigentums (p. 245) verändern wollte, um am Ende sich in den Dienst einer Wiedervereinigung zu stellen, die auch im Recht „platt macht“. „Gesetz und Geschichte“ ist ein außergewöhnlich politisches Buch, es ist aber keine Kampfschrift. Politisch ist das Werk, weil es in nüchterner, beharrlicher und eminent kundiger Weise die Säulen der Zivilrechtswelt als die oben genannten großen Freiheiten und Gebundenheiten auf ihre Konsistenz und Tragfähigkeit untersucht und dabei nicht auf Aufklärung oder Belehrung sinnt. „Gesetz und Geschichte“ ist ein erhellendes Buch und dies in hohem Grade.

II.

Knieper formuliert die Kernthese des Buchs ausdrücklich erst in einem späten Abschnitt. Er will zeigen, daß im Zivilrecht in zunehmendem Maß der externe Gesetzesbefehl die brüchig gewordene Freiheit als internalisierte Vernunft ersetzt (p. 224). Diese These steht vor dem Hintergrund einer Grundüberzeugung, daß „alles Recht seine Realität und Vollendung erst im Staate, als positives Recht dieses Staates“ erhält, wobei anders als von Savigny – dem das Zitat entnommen ist – gemeint, nicht der Staat zur Rechtsidee tritt. Knieper begreift das Recht als das Produkt normativer, in sichernder Absicht auf gesellschaftliche Realität bezogener politischer Entscheidungen einer staatlich verfaßten Gesellschaft (p. 16). Recht ist ein Produkt, in das die in dieser Gesellschaft obwaltenden Gesetzmäßigkeiten und Triebhaftigkeiten eingehen, zu denen er weit vor allen anderen das Marktgesetz der bürgerlichen Gesellschaft zählt, mit dem Geld als der „absolut qualitätlosen“, wertlosen (p. 79), zuletzt zum reinen Begriff gewordenen Bezugsgröße aller Rechtsbeziehungen (p. 239 ss.), auch

soweit sie der „Gegenwelt“ der Familie zugewiesen waren, in der die Grundlagen der sittlichen Freiheit, sprich die tragenden Wertvorstellungen der Gesellschaft der nachwachsenden Generation einzuprägen sind (p. 90 ss., 103 s.). Als Geltungsgrund allen Rechts kann Knieper nicht die in sittlicher Freiheit autonome Person anerkennen. Er ist davon überzeugt, daß Recht nur als positives Recht gilt, nicht als überhistorisches Prinzip und gar nicht als Rechtsgefühl (p. 246). So schließt „Gesetz und Geschichte“ eine herausfordernde Auseinandersetzung mit den der lebensweltlichen Emotionalität im Recht Raum gebenden Theorien ebenso ein wie mit den großen aufklärerischen Entwürfen der deutschen idealistischen Philosophie, ohne die der Aufbruch in die „großen Freiheiten“ nicht denkbar ist, weil sie die Bindung als Bestandteil der Freiheit zu begreifen lehrte. Dennoch lehnt Knieper es ab, die Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte des aktuell angewandten Privatrechts als Historie seiner Schlüsselbegriffe „Privatautonomie“ und „Rechtssubjekt“, ihrer historischen Vernetzungsvarianten in system- oder lebensweltliche Betrachtungsweisen sowie ihrer Auswirkung auf die ihnen als Objekte begegnenden Gegenstände des Rechtsverkehrs zu behandeln (p. 15). Analyse von Gesetz und Recht sei nicht auf diese Materien isolierbar, sie habe die Schlüsselbegriffe in eine Analyse der Gesellschaft einzubeziehen. Ebenso seien Rechtssubjekt und Rechtsobjekt nicht voneinander zu trennen. Die Lebenswelt des Rechts verwirkliche sich im (Rechts-)Verhältnis, in der Zu-Ordnung von Handlungen und Zuständen, welche „am Ende des Prozesses“ sich nicht kraft innewohnender Rechtsidee von selbst entfalteteten, sondern „mit staatlichen Zwangsmitteln sanktioniert werden“ (p. 16, 21).

In diesen nüchternen, klaren Aussagen findet der Rechtspraktiker sich ohne weiteres. Sie verdienen seinen Beifall. Es ist nicht blinder Konservatismus der Juristen oder eine ihnen nicht völlig fremde Phobie gegen sich empirisch nennende Nachbarwissenschaften, die ihn daran festhalten lassen, daß das positive Recht die unentbehrliche Grundlage zur Erfüllung seiner Aufgabe ist, die Systemwelt „Recht“ in die Lebenswelt des Alltags zu übertragen. Die Festlegung einer jüngst erschienenen Schrift, deren Autor nicht im Verdacht steht, ein Juristen-Chauvi zu sein, daß nämlich der festgefügte Rahmen der Einheit von Staat und Recht allen theoretischen Versuchen, ihn zu brechen, standgehalten habe und daß „die ganze ruhelose Dekonstruktion“ des Rechts nur ein einziges Ergebnis gebracht habe: „no consequences“ (Teubner, Des Königs viele Leiber, 1996, zitiert nach FAZ Nr. 100 vom

30.4.1997, S. N 5), ist nichts anderes als die Reverenz vor der Knieper'schen These. Zweifellos ist „Gesetz und Geschichte“ nicht nur ein Plädoyer für eine am positiven Recht orientierte Analyse der gesellschaftlichen Realitäten, sondern auch für eine Rechtsanwendung im strikten Bewußtsein der Maßgeblichkeit der in bestandssichernder Absicht gesetzten Normen. Damit fordert Knieper nicht die Rückkehr zu einem abgehobenen Gesetzespositivismus. Sind die Normen des positiven Rechts Geltungsgrund aller Rechtsgestaltung, so muß die Norm „lebendig“ bleiben, wenn auch nicht im Sinn eines gesellschaftswissenschaftlich belangvollen Textes, sondern als ein mit normativen Vorstellungen zweckrational ins Leben gesetzter, bewußt vom Wandel der Lebenswelt nicht freigehaltener, letztlich nicht nur bekränzter, sondern mit den Narben der Zeit (und der Rechtspraxis) daherkommender gesellschaftlicher Willensakt – mithin: Gesetz und Geschichte.

III.

Die These vom Vordringen des externen Gesetzesbefehls auf das Feld des brüchig gewordenen idealistischen Freiheitsbegriffs und der auf ihn ausgerichteten Privatautonomie belegt Knieper in vielfältiger Weise. Sie wird vorgestellt mit den Schilderungen des Wegs vom Streit der Jahre nach 1814 über den Beruf der Zeit zur Zivilrechts-Kodifikation bis zur Verabschiedung des BGB (p. 26, 28) und der Kontroverse über die Internationalität des aus einem „großartigen Austauschgeschäft“ (Jhering, p. 17) entstandenen westeuropäischen Zivilrechts, einer Weltsicht, der sich in einer Zeit, in der „das Nationalgefühl reizbarer ist . . ., wo Nationalitätenhaß die Welt verwirrt und jedes Volk seine individuelle Eigentümlichkeit selbst in den gleichgültigsten Dingen hervorzuheben bestrebt ist“ (Zitelmann, p. 29), der wortgewaltige Provinzialismus der Schule um Otto v. Gierke entgegenstellte, der sich in der „Rückkehr“ zu den Quellen des germanischen Rechtsempfindens die Stiftung nationaler Einheit durch ein einheitlichen Bürgerliches Gesetzbuch erträumte (p. 29 s.). Knieper stellt der Wirklichkeit des BGB die Bilder gegenüber, die der vor allem von A. Menger formulierten Kritik der „besitzlosen Volksklassen“ und den Angriffen Gierkes gegen das „Kaufmanns-Gesetz“ zugrunde liegen. Es wird gezeigt, wie stark diese Bilder von der Realität abweichen, wie wenig das BGB als Kapitalisten-Gesetz konzipiert war (p. 32, 42 ss.) und daß es dennoch nicht die Kritiker für sich einnehmen konnte, weil diese die Vereinigung der Staaten des Deutschen Bundes zum Reich mit der

Erwartung verbunden hatten, ein „neues Recht“ werde die Deutschen verbinden, ein Recht, das den Volksgeist, auf den die Historische Schule gesetzt hatte, zum Siege und die Nation zur Einheit führt. Man ist geneigt zu sagen, Knieper habe den „Traum der Deutschen“ beschrieben, die ewig unerfüllte Hoffnung auf die Wiedergeburt des Volkes in der Gerechtigkeit seines Rechts. Ihr ist im Gefolge der Verwerfungen der deutschen Wiedervereinigung allenthalben zu begegnen, sei es in der fehlgeschlagenen Erwartung eines mit dem Öl sozialer Grundrechte gesalbten Grundgesetzes, sei es in der vom rechtsstaatlichen Formalismus des positiven Rechts enttäuschten Hoffnung auf „Gerechtigkeit“. Hinter dieser Hoffnung steht die tiefe Abneigung gegen den „antivitalistischen, heute würde es wahrscheinlich heißen antilebensweltlichen Formalismus des positiven Rechts und das Bedürfnis nach einem sozialen und sozialetisch engagierten Naturalismus“ (p. 35). Die Hoffnung auf ewigen Frieden durch gerechtes Recht hat sich die Legende von dem durch das seelenlos-formalistische römische Recht verdrängten Recht der germanischen Volksgemeinschaft (p. 32) ebenso gewoben, wie sie dabei ist, der in einem enormen Umfang positiv und damit objektiv gewordenen Rechts-Welt des individualistischen Marktes mit der Legende „vom guten Recht der alten Zeit“ zu begegnen, wobei mit „alter Zeit“ eher selten die Jahre zwischen 1949 und 1989 gemeint sind.

IV.

In hohem Maß erhellend sind die (Haupt-)Teile des Buches, in denen Knieper das Spannungsfeld abschreitet, das er begrenzt durch das Diktum Savignys, daß „alles Recht vorhanden sey, um der sittlichen Freyheit willen“, weswegen der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjekts zusammenfallen müsse mit dem Begriff des Menschen (p. 58), und die nüchterne Feststellung Max Webers, der Begriff der juristischen Person sei „eine Tautologie, denn der Rechtsbegriff der Person ist stets ein juristischer“ (p. 63 s.). Es ist dies der dialektische Spannungsbogen zwischen der „Theorie und Meta-Dogmatik“ vom freien und gleichen Menschen als dem Urgrund allen Rechts und der sich der Rechtspraxis und Dogmatik aufdrängenden Erkenntnis, „nicht konkrete Lebensbeziehungen, sondern abstrakte Vermögensverhältnisse, die Abstraktion von Warenproduktion und Marktverkehr, die Objektivierung der Geldbeziehungen bestimmen die Struktur der bürgerlichen Gesellschaft und somit ihres Rechts“ (p. 65). Knieper

schildert dabei den Weg des bürgerlichen Zivilrechts als den der Externalisierung der Person und ihrer Rechtsbeziehungen. Die Standes-Person des Feudalstaats mutiert zu der mit Rechten und Pflichten begabten Person der individualistisch-naturrechtlichen Vernunftgesellschaft (p. 75, 77), zur juristischen Person, die ihre Existenz als ausschließlich verstandesmäßig faßbare moralische Person der Aussage Kants verdankt, daß für das Recht als „reiner praktischer Vernunftbegriff der Willkür unter Freiheitsgesetzen“ a priori nicht erkennbar und damit irrelevant sei, ob hinter dem empirischen Gegenstand noch eine „Sache an sich“ stehe (p. 76, 232). Die damit eingeleitete, ablösende Objektivierung des Rechtssubjekts vom konkreten Menschen stellt Knieper neben die Entwicklung des Hausvatermodells des BGB (p. 42). Er erkennt darin den Prototyp der Jahrhundertwende und damit auch der Väter des BGB, eine Idealperson im Sinne eines ökonomisch uninteressierten, dem ökonomischen Liberalismus und der Teilhabe an politischer Gestaltung eher abgeneigten Mitgliedes des bürgerlichen Beamtenstandes, einem Menschen männlichen Geschlechts mit Wurzeln in der christlichen Caritas, in der Sozialromantik und auch im Sozialismus (p. 43), mit naher Verwandtschaft zu dem Kunstgebilde der juristischen Person als gedachtem Marktmitglied, der die verobjektivierten Regelungsansätze betreffend Freiheit und Bindung des Rechtssubjekts entsprechen. Hinter diesen Vergleichswelten verbirgt sich die Tragödie der sittlichen Freiheit. Sie war der Ausgangspunkt der bürgerlichen Gesellschaft. In diese konnte der „alte Adam“ aus seiner „viehischen Abhängigkeit von der Willkür der Triebe und Lüste“ (p. 71) nur entlassen werden, weil er sittlich frei geworden – und zivilisatorisch in seinen Affekten weitgehend gebändigt (dazu p. 70 s., 73, 86 s.) – „das Gesetz aus eigenem Antrieb zu tun wünscht“ (Jhering, p. 71), um insbesondere als Rechtssubjekt deutscher Nation in den Jahren nach 1932 befähigt zu sein, aus eigenem Antrieb das Böse schlechthin zu wollen und zu tun.

Den Trend zur Trennung des Rechtssubjekts vom konkreten Menschen (p. 113), von der bestimmten Sache zum Rechtsobjekt, von der Sache „Geld“ zur abstrakten Liquidität (p. 237), zum Austausch brüchig gewordener verinnerlichter Pflichten gegen externe Rechtsregeln sieht Knieper in der Folge wirkmächtiger Tatsachen, insbesondere dem Geld als der Grund-„Einheit aller diesseitigen Wesen“ mit seiner die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen transzendierenden Kraft (p. 79). In diese Welt des positiven, von Menschen mit konfligierenden Interessen gesetzten Rechts, außerhalb dessen die bürgerliche

Gesellschaft am Ende des 20. Jahrhunderts keinen Maßstab und keine Orientierung finde (p. 139), fügt Knieper den Schuldvertrag. Diesen akzeptiert er nicht als selbständigen Rechtsgrund, sondern nur als Tatsache, an welche Rechtsnormen anknüpfen. Die Verbindlichkeit eines Vertrags sei nicht aus dem Wesen der Privatautonomie zu begründen. Die Unmöglichkeit zu beweisen, warum ein Vertrag eingehalten werden *muß*, rechtfertige nicht, das Bindungsprinzip in den Rang eines kategorischen Imperativs zu erheben (p. 130). *Pacta sunt servanda* versteht Knieper mithin als schlichten Appell der vorsorgenden Rechtspflege an die praktische Vernunft. Dem Satz Savignys, die Obligation begründe Herrschaft über einzelne Handlungen einer Person, sei der in das Jahr 1851 zu datierende Satz entgegenzustellen, daß die Obligation nicht selbst Macht sei, sondern nur Anspruch auf staatliche Macht gebe (p. 174 s.).

Kniepers These vom positiven Recht als dem alleinigen Geltungsgrund aller Aussagen über die „großen Freiheiten und Gebundenheiten der bürgerlichen Gesellschaft“ ist kaum zu widersprechen. Zu sehr hat der festgefügte Rahmen der „Einheit von Staat und Recht“ (Teubner, s. o.) den Versuchen widerstanden, die Stelle des positiven Rechts anderen „Inhabern“ zu übertragen. Dennoch ist die These in ihrer Sollens-Dimension nicht unbedenklich, ja gefährlich. Der Befund ist bedrohlich vor allem im Hinblick auf die festgestellte Tendenz zur Herstellung objektiv gewogener Durchschnittlichkeit (p. 111, 190) und der Externalisierung der objektiven Standards (p. 152 oben). Unbedenklich erscheinen zwar die Feststellungen, daß dann, wenn der Vertrag nicht selbst Recht schafft, sondern nur nach Maßgabe der Anerkennungsbereitschaft des positiven Rechts gilt, dieses mit der Definition der Bindungsgrenzen die Schwelle zwischen Haftung und Handlungsfreiheit bestimmt. Die Aussage, der einzelne Vertrag werde eingefügt in den Kosmos der Rechtsordnung, sollte gleichfalls nicht erregen, zumal von daher sich das Altproblem der Drittwirkung der Grundrechte nicht als eine Frage des Zivilrechts, sondern eines zu eng auf den Staats-Abwehraspekt begrenzten Grundrechtsverständnisses ergibt, so daß die Rechtsprechung des BVerfG zur Bindung an Bürgschaftsversprechen sich nicht systemfremd auf das Selbstbestimmungsrecht der Person, sondern auf externe, objektivierte Regelungsgesichtspunkte stützen kann (p. 162, 143). Allerdings nimmt die Anerkennung der Positivität als alleiniger Geltungsgrund des Rechts immer auch hin, daß das positive Recht Ergebnis „politischer Dezision“ (p. 245) ist. Diese mag zwar nicht auf ewig den der Struktur der

Gesellschaft gemäßen außerrechtlichen Gesetzmäßigkeiten entgehen (p. 245). Es werden – die jüngste Geschichte beweist es – sich letztlich auch „hochfliegende Gerechtigkeitsvorstellungen“ und „die Hoffnung auf wahre Menschlichkeit“ nicht durchsetzen können gegen die Freiheiten und Zwänge der Waren-Geld-Beziehung und ihre Prägekraft auf die Strukturen von Gesellschaft und Recht (p. 138). Diese Chance des Scheiterns ist indessen ein schwacher Damm gegen den Versuch, die Gesellschaft *per decisionem* auf den Weg „zu Tugend und Licht“ zu bringen. Die Stimmen sind ernst zu nehmen, die ein Überbetonen des positiven Rechts mit der Warnung vor dem Übergang des Schutzes des Individualwillens hin zu einer Verfolgung „kollektiver Zwecke“ verbinden (p. 216). Es trifft zwar zu, daß die Fixierung des positiven Rechts nicht die „Konstruktion des unabhängigen Individuums hin zur Konstruktion eines ‚sozialen Körpers‘“ und dort die Vollständigkeit der Rechte durch die der Pflichten (p. 216) ablöst. Sie ebnet indes demjenigen, der das will (vgl. dazu p. 31 s., 20 und oben III a. E.), die Bahn dorthin. Ist die Ideologie einer „überhistorischen, überpositiven, natürlichen Geltung von subjektiven Rechten und Privateigentum“ als solche erkannt (p. 127), kann zwar das positive Recht Ansprüche auch unabhängig davon verleihen, wie weit es dem Privateigentum Raum läßt. Es muß damit aber nicht am Privateigentum festhalten und kann sich darauf besinnen, daß § 903 BGB nicht einen „zeitlosen Naturrechtssatz“ deklariert (p. 203). Knieper ist zuzugeben, daß die Erkenntnis des positiven Rechts als Geltungsgrund von Privatautonomie und Vertragsbindung nicht das Rechtssubjekt zum „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ (L. Raiser, p. 174) macht – nicht notwendig. Gewiß kann der Staat keine Kinder säugen (p. 138; mit der Erziehung verhält es sich da schon anders). Er kann aber, wenn Waren zum Tausch gegen Geld nicht zur Verfügung stehen, doch über eine durchaus nicht unbeträchtliche Zeit hinweg mit Ideen den Markt beschicken (p. 164). Schließlich bannt allein die richtige Erkenntnis, daß der Versuch, mit dem Staat den „Übermenschen“ (p. 128) zum Handeln zu bringen, einen Schritt hin zur gewaltbereiten Ausgrenzung anders Denkender bedeutet (p. 138), nicht die Gefahr des Dennoch. In gleicher Weise wenig kann das Wissen um die Kraft gesellschaftlicher Zwänge davor beruhigen, daß Mißtrauen am Platz ist, wenn in der bürgerlichen Gesellschaft „Nähe, Einordnung, Gemeinschaft, Konkretetheit eingefordert werden“ in Verfolgung von Ideen, die sich früher oder später an der Tatsachenwelt der gesellschaftlichen Strukturen – „meist unter Hinterlassung von sozialen, kulturellen und

materiellen Opfern“ – brechen (p. 177). Die brüchig gewordene Freiheit im Sittengesetz wird daher so lange als internalisierte Vernunft unentbehrlich sein, als nicht sicher gestellt ist, daß die zur Setzung positiven Rechts befugten Stellen das Sittengesetz zumindest insoweit respektieren, daß nicht wieder die Radbruchsche Formel als immanenter Bestandteil in das geschriebene Recht hineingelesen werden muß. Jedenfalls erscheint die These von der (moderaten) Funktionalität allen Rechts, insbesondere auch der Vertragsfreiheit, dem Rechtsstaats- wie dem Demokratieprinzip weitaus angemessener als ein System von in ihren jeweils lebensweltlichen Diskursen vereinten Individuen, welche „in einer Art von sozialem Determinismus der ihnen zugewiesenen Rolle entsprechend fungieren – oder richtiger funktionieren“ (p. 12).

V.

Die Grundthese Kniepers, im Lauf der Geschichte des Gesetzes sei die brüchig gewordene Freiheit als internalisierte Vernunft zunehmend ersetzt worden durch den externen Rechtsbefehl (p. 224), bedarf besonderer Erklärung hinsichtlich ihrer Geltung für das Sachenrecht als einem Zivilrechtsgebiet mit von vornherein strukturell hoher positiver Regelungsdichte. Anders als die mit dem historischen Verständnis übereinstimmende herrschende Dogmatik betrachtet Knieper die Sache als Rechtsobjekt nicht in der Statik der Einseitigkeit des Verhältnisses des Rechtssubjekts zum Objekt seiner Sachherrschaft als dem dinglichen Recht. Knieper stellt das Sachenrecht in die Dynamik des Marktgeschehens und in die Gestaltungskraft des Vertrags, in welchem bereits Hegel das Eigentum entstehen sah (p. 204). Das Eigentum tritt aus seiner schlichten Dinglichkeit heraus in die Ware-Geld-Beziehung der Marktgesellschaft und damit des Schuldrechts (p. 209, 223 s.). Die für den Geltungsgrund des Schuldvertrags und die Objektivierung der Standards getroffenen Aussagen werden mithin auf das Sachenrecht übertragbar. Das Prinzip der internalisierten Vernunft sieht Knieper in § 903 BGB verwirklicht. Dort wurde trotz großer Bedenken – die völlige Dispositions-Freigabe an die Privatautonomie schließe für das Eigentum „die größten Gefahren“ in sich, sie enthalte den Ruin des wahren Eigentums (Jhering, p. 205) – das Eigentum in das Verfügungsbelieben des Rechtsinhabers gestellt und dem in ein Nutzungs- und Verfügungseigentum gespaltenen Recht (für das es historische Vorbilder gab, und das im System des zentralisierten

Eigentums der sozialistischen Gesellschaftsordnungen sich erneut entfaltet hat) zugunsten des Vollrechts eine Absage erteilt und zwar in gewollter Übereinstimmung mit den neueren bürgerlich-rechtlichen Privatrechtskodifikationen. Diese Entscheidung war einerseits wegen der gerade im Umgang mit dem (Grund-)Eigentum innerlich verfestigten Sittlichkeit gerechtfertigt, andererseits gebot sie das Marktgesetz schon wegen der Abschöpfung der von A. Smith entdeckten wohl-tätigen Wirkung der „unsichtbaren Hand“ als einem das Einkommen der Gesellschaft vermehrenden Nebeneffekt individuellen Strebens nach wirtschaftlichem Erfolg (p. 207 s.). Auch insoweit sieht Knieper die Vernunft in der Freiheit brüchig geworden. Werde das Eigentum nicht mehr nach Kräften in produktive Erwerbstätigkeit eingebracht, sei zum Erhalt der Gesellschaftlichkeit die in der inneren Bindung mögliche Freiheit, definiert als Einsicht in die Notwendigkeit von Erwerbshandeln, durch äußere Bindung zu überlagern und zu ersetzen (S. 208). Das damit Gemeinte veranschaulicht Knieper am Beispiel der Zwangslizenz nach § 24 BPatG. Er sieht sich mit seiner Meinung, die Sozialpflichtigkeit des Eigentums umschließe mit dem Gebot zu „vernünftigem“ Vermögens-Umgang die Obliegenheit, die „unsichtbare Hand“ der gesellschaftlichen Zweckrationalität nicht auszuschlagen, durchaus in der Tradition des idealistischen Freiheitsbegriffs. Denn die „Idee des Eigentums“ könne nichts mit sich bringen, was im Widerspruch steht zur „Idee der Gesellschaft“ (Jhering, p. 221). Das „Gegenmodell der öffentlich-rechtlichen Inpflichtnahme“ bezieht Knieper auf die Statik des Sachenrechts als einer – wenngleich sich immer mehr verkürzenden – Ruhezone der Rechtsobjekte (p. 226 oben). Er vergleicht es mit dem hausväterlichen Modell des Grundeigentums als zu bewahrender Existenzbasis der Familie, welches „bereits im Moment der BGB-Verkündung weder den ökonomischen noch den sozialpsychischen Umständen“ der Zeit entsprach, weil „die Strukturelemente der kapitalistischen Warenproduktion und Geldwirtschaft sich nicht mit der Konkretheit der patriarchalischen Familienbeziehungen und Bodenbindung sowie der ihnen zugeordneten Vernunft einfangen“ ließen (p. 225). Das Modell der öffentlich-rechtlichen Inpflichtnahme stellt Knieper in den Zusammenhang der als richtig erachteten Begrenzung des BGB-Sachenrechts auf die körperlichen Sachen unter Ausschluß der Immaterialgüterrechte (p. 221 ss.). Der Begrenzungsstrategie des BGB widerspreche allerdings der Weg der herrschenden Rechtsdogmatik, „schuldrechtliche Positionen zu verdinglichen und Eigentum zu schaf-

fen, wo bisher keines war“ (p. 226). Ein auf Dynamik angelegtes interpersonales Rechtsverhältnis in gleicher Weise zu behandeln wie den Konflikt zweier Sachen (p. 228) entspreche den Strukturelementen der Geldwirtschaft ebensowenig wie der bewußten Entscheidung des BGB für ein enges Sachenrecht und gegen ein weites Vermögensrecht (p. 230). Richtiger sei eine die innere Sachgerechtigkeit des Regelungsgegenstandes aufnehmende Rechtsnorm (p. 228). Dazu gehöre die Erkenntnis, daß „eine allgemeine gesellschaftliche Bewegung zur theoretischen und praktischen Auflösung der Statik ‚ewiger‘ Güterordnungen“ dränge. Die der herrschenden Dogmatik folgende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verkenne, daß angesichts der von der Ware-Geld-Kategorie der Marktgesellschaft ausgehenden Infektionsgefahr „weder das in der Familie vererbte Sacheigentum noch die darauf gegründete patriarchalische Familie existentielle Sicherheit“ versprechen und deswegen nicht geeignet seien zur modellhaften Fortführung in die Bereiche interpersonaler Verhältnisse (p. 231).

Schon bei Tocqueville (Über die Demokratie in Amerika, dtv-klassik-Ausgabe 1976, p. 56 ss.) ist nachzulesen, wie sehr nicht speziell das Marktgesetz als das auf das Prinzip der Gleichheit gegründete Erbrecht sowohl das Schicksal des Eigentums prägt, als auch die Seele der Bürger verändert, indem Grund und Boden nicht mehr als „ein unzerstörbarer Zeuge der Vergangenheit und ein kostbares Pfand künftigen Bestehens“ empfunden, sondern als Ware behandelt werden. Die Konkretheit der patriarchalischen Familienbeziehung und die emotionale Bindung des Bodeneigentums haben daher strukturell einen schweren Stand, weil ihnen ein Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft widerstreitet, dem sie „im Ernstfall“ unterliegen müssen. Dies legt in der Tat nahe, die vom BGB verdinglichten Rechtsverhältnisse nicht in ihrer strukturellen Besonderheit anzuerkennen, sie nicht auszudehnen in die durch zahlreiche personale und rechtliche Abhängigkeiten diffus werdenden Bereiche des Vermögensrechts bis hin zum „voraussetzungslosen Hedonismus“ eines eigentumsgleichen „Anspruch(s) auf steuerliche Freistellung des der persönlichen Lebensgestaltung dienenden Vermögens“ (BVerfG, p. 244) und die für schutzbedürftig erachteten interpersonalen Verhältnisse nicht lediglich deswegen dem Eigentum gleich zu behandeln, weil mit Art. 14 GG eine Schutznorm des positiven Verfassungsrechts zur Verfügung steht. Von hier aus läßt sich ohne weiteres anknüpfen an die Feststellung Kniepers, je weniger das Modell der herrschenden Dogmatik den

Voraussetzungen des Gesellschaftssystems entspreche, desto repressiver werde es von seinen Verfechtern als Institution verteidigt (p. 225).

VI.

Wenn die Väter des BGB die Kodifikation bewußt der Fortbildung durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft anvertraut haben und wenn dies für so zentrale Gebiete geschehen ist wie der Abgrenzung des strikten Gesetzesrechts zur privatautONOMEN Gestaltung von Vertragsinhalten und der Zuordnung der Schlechterfüllung vertraglicher wie vorvertraglicher Pflichten zum Vertrags- oder Deliktsrecht (p. 36 s., 196), dann ist der praktische Jurist geneigt, dies als Vertrauensvorschuß zu würdigen. Er studiert ein Werk wie „Gesetz und Geschichte“ nicht zuletzt auch darauf, wie der Verfasser meint, daß sein Stand „mit dem Zins gewuchert habe“. Knieper geht zwangsläufig auf diese Fragen ein. Er stellt zunächst klar, daß er nicht einer „verbreiteten Überzeugung von der Marginalisierung des Gesetzgebers“ folgen will (p. 19). Er teilt damit auch nicht „eine allgemeine Stimmung jedenfalls in der deutschen juristischen Literatur“, daß „das Heil von der Rechtsprechung komme“ (p. 19). Das macht das Buch für den Praktiker eher angenehm. Freilich sind die der Rechtsprechung gemachten Komplimente nicht immer unverfänglich und frei von Absichten. Dies belegen die von Knieper eingeholten Stimmen zu dem auf dem Kontinent weithin als vorbildlich berufenen Case-law des anglo-amerikanischen Rechtsraums (p. 19 s.). Knieper weist der Rechtsprechung einen wichtigen Platz als Quelle der Rechtsentwicklung zu, siedelt sie jedoch sehr bewußt im Kernbereich des „Rechtzentralismus“ (p. 20) an, den er gegen die Bestrebungen dezentraler Rechtsfindungs-Beliebigkeit außerhalb des Staats-Sektors stellt. In diesem System der positiv-rechtlich bestimmten Rechtswelt erhalten die staatlichen Gerichte die Funktion eines Wirksamkeitsgaranten des Prinzips der freien Gestaltung privatrechtlicher Beziehungen nach Maßgabe der extern gewordenen Standards. Letztlich verbürgen erst sie die Verbindlichkeit des Grundsatzes von der Vertragstreue. In dieser Position sichern die Gerichte die Verbindlichkeit des Rechts und stabilisieren das System insgesamt. So gesehen weist Knieper der staatlichen Justiz mit der Aufgabe der Anwendung und Fortbildung des positiven Rechts eine Schlußstein-Funktion zu. Will die rechtssprechende Gewalt ihre Tragfähigkeit wahren, muß sie die Druck- und Zugkräfte aushalten, die auf einen Schlußstein ständig einwir-

ken. Das kann den Richtern nur gelingen, wenn sie sich des Systems und der ihnen darin zugewiesenen Rolle bewußt sind und wenn sie sich system- und funktionskonform verhalten. Die Analyse des Gesetzes „BGB“ mit und in seiner Geschichte muß dazu Erkenntnisse liefern.

Eine der Hauptaufgaben der Rechtsprechung im Umgang mit dem „neuen Zivilrecht“ war, den unbestimmten Rechtsbegriffen des BGB Struktur und Kontur zu geben. Gemeinhin geschieht das mittels eines Leitbildes projizierter „Schatten“. Auf die Wand der Generalklauseln des BGB, vor allem seines § 242, fielen wohl kaum die Schatten des Leitbildes „liberale Gesellschaft des Besitzbürgertums, insbesondere der Handel treibenden oder Waren produzierenden Art“. Das BGB steht nicht ohne Grund im Ruf, „von Anbeginn an Privatrecht ohne Privatrechtsgesellschaft“ zu sein (Brüggemann, p. 44). Leitbild für das BGB war der gerecht und billig denkende Mann, der ordentliche Hausvater, das patriarchalische, die Existenzgrundlagen der Familie mit Umsicht verwaltende Familienoberhaupt oder „der richtige deutsche Durchschnittsphilister, der keine Seitensprünge macht, pünktlich die Steuern zahlt, ... die Schlüsselgewalt der Hausfrau in weitestem Umfang anerkennt und die Hauskinder wohlwollend verzieht“ (Liszt, p. 43 unten), schließlich trug § 242 BGB problemlos, zuletzt in der Mutation des § 15 Abs. 2 ZGB-DDR, die Grundsätze der sozialistischen Gesetzlichkeit und Moral. Es war das nicht nur ein abstraktes Leitbild, selbst wenn Max Weber übertrieben hat, indem er die „Väter des BGB“ (Richter, Beamte, Professoren) als selbstherrliche, besserwisserische Bürokraten charakterisiert, die mehr Wert auf logische Widerspruchslosigkeit und lückenlose Geschlossenheit legten und sich wenig interessierten „für die Bedürfnisse des Lebens, etwa der bürgerlichen Interessen nach einem berechenbaren Recht“ (p. 43). Ob Max Webers Alternative, ein „formlos empirisches, an Präjudizien gebundenes Recht“, die Situation verändert hätte, ist zu bezweifeln. Denn die Rechtsanwender hätten sich auch vor 100 Jahren in ihrem Psychogramm kaum von ihren Kollegen unterschieden, die als Gesetzesredaktoren das BGB zustande gebracht hatten. Deswegen ist Knieper darin zuzustimmen, daß mit dem BGB keine „Usurpation“ des Zivilrechts durch das Besitzbürgertum stattgefunden hat (p. 43 ss.). Daß die Rechtsprechung in einem solchen Sinn das BGB hätte umgestalten wollen, läßt sich gleichfalls nicht belegen. Zwar hat sie durch eine vom BGB trotz der offenen Formulierung des § 305 wohl nicht so gewollte Freigabe der privatautonomen Vertragsgestaltung ein Terrain erschlos-

sen, in dem alsbald sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen etablieren konnten (p. 36) und das in der Konsequenz der formalen Vertragsfreiheit wettbewerbsbeschränkende Verträge zuließ (p. 142), die sich als Eingriff in die Vertragsfreiheit der Marktbürger auswirken mußten. Die Freigabe der inhaltlichen Vertragsgestaltungs-Autonomie hat zweifellos die dem BGB zugrunde liegenden Muster der Risiko- und Gewinnzuteilungen zugunsten der Waren-Anbieter verschoben. Von der Freigabe des Zivilrechts zur kapitalistischen Usurpation kann indessen keine Rede sein.

Wenn sich die Hoffnungen der Aufklärungsphilosophie und der Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts nicht erfüllten, daß der Mensch „alles daran setzen werde, auch moralische Person zu werden“ (p. 111), weil der Versuch fehlgeschlagen ist, mit dem Staat die Sittlichkeit zu verewigen (p. 110 s.), und wenn deswegen „die externe Normativierung des Rechtssubjekts (selbst und in seinen Rechtsverhältnissen) auf der Tagesordnung steht“ (p. 111), fragt es sich, wie die von der Rechtsprechung gesehenen und vielfach nutzbar gemachten Wertesysteme zu externalisieren sind. Daß die Rechtsprechung sich in der Zuwendung zum positiven Recht objektivieren muß, scheint außer Frage zu stehen. Wenn am (vorläufigen) Ende der Utopien die Aussage zulässig ist, daß „über dem positiven, von Menschen mit ihren konfligierenden Interessen gesetzten Recht nichts ist“, kein Maßstab, keine Orientierung, kein ewiger Gott, keine anthropologische Vernunft (p. 139), können – solange ein Ende der Geschichte nicht erreicht ist – die Werte-Ordnungen der Rechtsprechung sich aus nichts anderem als aus dieser Grundlage des positiven Rechts legitimieren. Nüchterner gesehen: Wenn „der Schlüssel für eine konsistente Erklärung der Zivilrechts-Modernisierung“ darin liegt, daß „die Risiko- und Gewinnzuordnung standardisiert, daß Durchschnittlichkeit normiert wird“ (p. 111), darf in der Tat die Rechtsprechung sich nicht als Moderator eines lebensweltlichen Diskurses verstehen. Sie muß dem Trend folgen. Hier stellt Knieper Defizite fest. Er verlangt von der Rechtsprechung, die Rechtsfortbildung durchaus wahrzunehmen (p. 140 s.), sie jedoch wesentlich stärker an den Vorgaben des positiven Rechts auszurichten und dabei auf die Strukturen der bürgerlichen Marktgesellschaft zu achten, welche trotz aller Not keine Arbeitsmarkt-Gesellschaft ist. Als Sündenfälle, in denen „Entscheidungsbefugnisse contra legem bei Problemen beansprucht werden, die das Gesetz bewußt entschieden hat“, nennt Knieper (p. 142 ss.): die Freigabe des wettbewerbsbeschränkenden Vertrags (RGZ 38, 155); die Zulassung von durch § 455 BGB nicht

gedeckten Sonderformen des Eigentumsvorbehalts und von Sicherungsübertragungen (im Widerspruch zu den vom Gesetzgeber im Zusammenhang mit der volkswirtschaftlichen Notwendigkeit der Kapitalbeschaffung gesehenen und abgestimmten Grundsätzen des Sachenrechts); die Ausdehnung der Bürgschaft aufgrund „immer verwegener Konstruktionen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen“; die in der Tat kaum mehr nachvollziehbare, zumindest „den bürgerlichen Interessen nach einem berechenbaren Recht“ (s. o.) strikt widersprechende Rechtsprechung zu § 812 BGB; die contra legem auf § 812 BGB gestützte Zuerkennung einer Lizenzgebühr bei Schutzrechtsverletzung (p. 145, 213 s.), die Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen nach Persönlichkeitsrechtsverletzungen gegen den Wortlaut der §§ 253, 847 BGB. Im Prinzip ist Kniepers Kritik kaum zu bestreiten. Indessen liegt ein gewisses, von ihm nicht erwähntes Dilemma der Rechtsprechung – jedenfalls in einigen Fällen – darin, daß der Gesetzgeber die an sich nötige parlamentarische Debatte nicht angenommen hat und daß er den „Billigkeits-Vorverständnissen“ der Richter nicht immer ungerne folgte. Außerdem ist das, was Knieper unter der Notwendigkeit zu objektivierender Normativität des positiven Rechts versteht, Rechtssätzen keinesfalls stets ohne weiteres zu entnehmen. Die zur Externalisierung der brüchig gewordenen Vernunft-Freiheit erforderlichen positiven Rechtsbefehle sind nicht selten das Resultat einer Zusammenschau des vorliegenden Rechtsbestandes mit den ihn prägenden Gesellschaftsstrukturen. Daß dabei die Wertungsakzente in verschiedener Weise gesetzt sind, liegt auf der Hand. Es ist so nicht zwingend die Folge eines den Strukturen der Arbeitsmarkt-Gesellschaft nicht angepaßten Vorverständnisses, wenn sieben Mitglieder eines BVerfG-Senats die „Statik des Vermögens der Dynamik der Investition, eine abstrakt gesetzte ‚Privatnützigkeit des Erworbenen‘ der gesellschaftlichen Funktion des Erwerbens vorzuziehen“ (p. 243 unten).

VII.

Knieper läßt so den Richter um wichtige Einsichten bereichert und mit der beruhigenden Zukunftserwartung zurück, daß er sein Geschäft, das positive Recht zur Geltung zu bringen, weiterführen muß. Er kann dies bei Anwendung des Privatrechts tun in der Gewißheit, sich in weiten Teilen auf das BGB stützen zu können, zwar einem von den Rechtsbürgern ungeliebten Gesetz (p. 39), bei seiner Geburt schon berufen als

„müder Greis, der auch als Jüngling und Mann nicht an einem Überschuß an Kraft“ gelitten hat (F. Mehring, p. 39), einem Gesetz indessen, das „Modell und Kopie, Vorbild und Epigone und eine für die Dauer der bürgerlichen Gesellschaft dauerhafte Leistung“ ist (p. 248).