

Kodifikation der ‚Einzelfallgerechtigkeit‘? - oder von Geist und (Re-)Form der Zeit

ABSTRACT: One of the areas in which philosophical questions become practically relevant concerns the relationship between form and substance. In the pursuit of the sorcerer's stone called "justice" legal scholarship today primarily tends to focus on substantive issues: Did the judge get the substantively right result in a particular case or not? Concerns about form on the other hand, designing sufficiently precise workable rules, are thought to be secondary. Those who invoke such concerns are prone to charges of historically backward anti-progressive formalism. Of course there are good reasons against formalism. But only form without substance is formalism. Substance without form on the other hand is arbitrariness. Any substance gets its own form and no one can "catch clouds in a basket" – nor can the judge. If not provided with clear guidance in the form of a reasonably clear, conceptually carefully crafted rule that determines what the law is, a judge is frequently left with no choice but make up the law as he goes along on a case by case basis. Perhaps sometimes he finds the sorcerer's stone in a particular case – perhaps he doesn't. The problem is further accentuated by the fact that under a regime emphasising the achievement of justice in the individual case the law no longer provides guidance to actors *ex ante* in determining their respective substantive rights and duties. Without form there is no predictability, there is only an "anything goes". It was once widely believed that it is the main task of jurisprudence to give the substance of law an appropriate form. The purpose of legal scholarship was to work and to struggle with the body of law like a sculptor struggling to perfect the form for the sake of transforming the substance. But for contemporary German jurisprudence that time has long gone by. Just over a century ago the treasure of Roman Law was infused by the spirit of Kantian legal philosophy to receive a new systematic shape in the famous German Civil Code. Today, after the "Great Reform" of Contract Law, the heart of the civil law edifice, there is a proliferation of substance but there is no judicially manageable form anymore. And this is not only the German "death of contract", this is the "death of codification" as it is traditionally understood. Does it all matter? Whether it does or not, it is in keeping with the Zeitgeist: Let's reform without form!

„In der Zivilrechtspflege verlangen wir die unverbrüchliche Anwendung des Gesetzes und nehmen die etwaigen Härten und Unbilligkeiten mit in den Kauf. Die Sicherheit der formalen Gerechtigkeit des Richters steht uns höher als die Vorteile einer unberechenbaren materiellen Gerechtigkeit, hinter der sich nur allzu leicht die Willkür verbergen kann“

Rudolf v. Jhering, 1884¹

I. Proteus, Äolos und Schuldrechts(re-?)form

In der griechischen Sagenwelt gibt es einen weisen Wassergott, der die Fähigkeit besitzt, sich in alle erdenklichen Formen zu wandeln und sich hierdurch dem Zugriff der nach Klarheit und Weissagung Strebenden zu entziehen. Wie immer man zur Mythologie stehen mag, an einem kommt man nicht vorbei: Mythen sind archetypischer Ausdruck menschlicher Erfahrungen und mithin symbolisches Abbild der Erscheinungen dieser Welt. Und insoweit steht die Gestalt Proteus für das Wandelhafte und Unbeständige aber eben auch das Unbegreifliche und Unfaßbare, das uns auf dieser Erde begegnet; sei es das Wetter, die Natur, der Mensch, die Gesellschaft, die Regierungen oder: das Recht. So ist das nun einmal: *panta rei*, nichts bleibt wie es ist, nichts ist wie es scheint und Wandel muß sein. So nimmt es nicht Wunder, daß es - unter dem Motto: „Wer zu spät wandelt, den bestraft die Bedeutungslosigkeit.“ - immer wieder Vertreter fortschrittlicher Gesinnung gibt, die ein Gespür für Wandel haben und diesen darum tatkräftig antizipieren; die nicht gemäß dem Bismarck-Wort auf den „Wind der Geschichte“ warten mögen, sondern diesen vorsorglich gleich selber verursachen, sei es auch - um ein weiteres mythologisches Bild zu gebrauchen - der Schlauch des Äolos, der in Ungeduld geöffnet werden muß: Hauptsache „Wind“.

Das verstaubte reichsdeutsche Zivilrecht mußte endlich fit gemacht werden für das 21. Jahrhundert. Recht des 19. Jahrhunderts kann nichts mehr taugen für eine gewandelte Welt

* Herzlich zu danken habe ich den Studenten meines „Kolloquiums zu aktuellen Problemen des Schuldrechts“ im Sommersemester 2001 für die engagierte und kritische Diskussion zu Grundfragen kodifizierten Rechts, meinem Kollegen Dr. Olaf Deinert für kritische Lektüre und Präzisierung des Titels, sowie Prof. Mattias Kumm (NYU) für die aus- und ergiebigen Dispute, die zur Begründung der „Warnemüntik“ in eben jenem Sommer geführt haben.

¹ *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 2. Aufl. (1884), 434; noch in der 1. Aufl. (1877), 425 stand sogar zu lesen: „wir ziehen im Civilrecht das ungerechte oder unbillige Gesetz der über das Gesetz sich erhebenden Billigkeit oder Gerechtigkeit vor“

- das leuchtet ein: „Die Juristen haben das Recht nur unterschiedlich interpretiert, es kommt aber darauf an, es zu verändern.“ Oder um beim Bild zu bleiben: „The wind of change blows straight into the face of ...“ law. Und so ist denn auch der „Wind“ immer ein Bild für den Geist, das Streben und Treiben zu einem Punkt, an dem die Widersprüche behoben und ausgeglichen sind; einem Punkt, wo das erstrebte Ideal, wenn nicht endlich erreicht, so doch ihm nahegekommen wird („Der Wind hat mir ein Lied erzählt ...“). Der Geist ist das befruchtende Agens, das die gestaltende Kraft in sich birgt, das Chaos in eine Form zu zwingen. Geist und Form sind so zwei Elemente ein und derselben Sache. Jener ist die Kraft, die diese schafft. Daher: treibend und ungestalt ist eine Zeit, die viele Winde entfesselt. Sie wirft mit einer Hand die Formen fort, die sie mit der anderen festzuhalten sucht und bringt doch keine neuen hervor. Die Winde im Schlauch des Äolos, das sind die geistigen Motivationen, die, zugleich entbunden, bald hierhin, bald dahin treiben: rastlos, haltlos, formlos.

Wohin weht er nun, der juristische Geist des 21. Jahrhunderts, der immerhin Reformen die Fülle an den Anfang stellt?² Es ist uns gesagt: „An ihren Früchten sollt ihr sie erkennen!“ Und so impliziert zumindest der Begriff der „Re-form“, daß eine durch Irrungen und Wirrungen verloren gegangene Form wieder hergestellt werden soll. Das ist ein interessanter Gedanke; denn in der Tat wurde das Schuldrecht im Geiste des 20. Jahrhunderts von allerlei Wucherungen heimgesucht, welche zumindest die im BGB *form*-ulierte *ratio scripta* doch merklich entstellten.³ Das BGB als Frucht des 19. Jahrhunderts atmete einst den Geist der liberalen Aufklärung: „liberal“ im Sinne kantischer Freiheitsethik mit dem Verständnis vom Inhalt des Rechts als Grenze der individuellen Freiheit⁴ und „auf-klärerisch“ im Sinne von „Klarheit“ über den konkreten Verlauf eben dieser Grenzen:

*„Der Zivilrichter kann nur diejenigen Interessen schützen, welche die Gestalt fester Körper an sich tragen; wo sie diese Form abstreifen und in den luftförmigen Zustand übergehen, sich ins völlig Unbestimmte verlieren, hört seine Macht auf - man kann Wolken nicht in einen Sack oder eine Kapsel fangen -, der Richter aber muß die Sache fassen und greifen können, um sie mit Sicherheit zu beurteilen, es gilt für ihn dasselbe, was Cicero von den Gesetzen sagt: *tolunt astutias, quatenus manu tenere possunt*.“⁵*

Das 20. Jahrhundert mag man hingegen auch dermaleinst das „soziologische“ nennen. Womit die beiden Geister dieser Zeit in einem Wort benannt sind: der Geist vom Inhalt des Rechts, seinem Gerechtigkeitsgehalt, einerseits („sozial“) und der von der Form des Rechts,

² Im Mittelpunkt des Interesses steht hier aus zivilrechtlicher Sicht zunächst die Schuldrechtsreform (I. – IV.). Eine Analyse der mit dieser manifestierten Wandlungen provoziert dann allerdings einen Blick auch auf die ZPO-Reform und schließlich die Juristenausbildungsreform (unten V.).

Zu den Geistern („Hintergründen“) der Schuldrechtsreform: Reinhard Zimmermann, Schuldrechtsmodernisierung?, in: Wolfgang Ernst/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, 2001, 1 ff.; Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke, Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, in: dies. (Hrsg.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 2001, 1 ff.; Barbara Dauner-Lieb, Einführung, in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, *Das Neue Schuldrecht*, 2002, 1 ff.; Stephan Lorenz/Thomas Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, 1 ff. m.w.N. Es sind im Grunde zwei Geister: ein *extern politischer* und ein *intern wissenschaftlicher*. Der politische Geist ist motiviert durch die europäische Privatrechtsvereinheitlichung, das Streben nach Angleichung an „moderne internationale Standards“, um das deutsche Vertragsrecht „europatauglich“ zu machen. Die wissenschaftliche Werthaltigkeit dieses Geistes hängt ab allein von der Bewertung jener „internationalen Standards“ im Verhältnis zu den Standards des BGB. Dem soll hier nicht umfänglich nachgegangen werden. Nachgegangen wird im Folgenden dem intern wissenschaftlichen Geist: den grundlegenden Brüchen und Verwerfungen der zivilrechtlichen Dogmatik. Denn dieser Geist ist nicht wirklich allein ein deutsches Phänomen, sondern nur konkretes Produkt tiefer liegender Fragestellungen, die schließlich auch bei der Schaffung eines europäischen Privatrechts zu beantworten sein werden.

³ Vgl. nur Dieter Medicus, *Probleme um das Schuldverhältnis*, 1987; ders., *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht*, 1994; Wolfgang Zöllner, Metamorphosen des Privatrechts, in: Kitagawa, u.a. (Hrsg.), *Das Recht vor den Herausforderungen eines neuen Jahrhunderts*, 1998, 111 ff.

⁴ „Der Mensch steht inmitten der äußern Welt, und das wichtigste Element in dieser seiner Umgebung ist ihm die Berührung mit denen, die ihm gleich sind durch ihre Natur und Bestimmung. Sollen nun in solcher Berührung freye Wesen neben einander bestehen, sich gegenseitig fördernd, nicht hemmend, in ihrer Entwicklung, so ist dieses nur möglich durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht.“ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1. Bd. (1840), 331 f.

⁵ Rudolf v. Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Bd. 3, 4. Aufl. (1888), S. 354. Zur Bedeutung der klaren konstruktiven Form des Rechts in Abgrenzung zur „Morgenröte des Freirechts“ bei Jhering, vgl. Okko Behrends, in: ders. (Hrsg.), *R. v. Jhering, Ueber die Entstehung des Rechtsgefühls*, 1986, 179 ff., und zum programmatischen Rang des Cicero-Wortes (*de officiis* III 17,68: *Aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intelligentia*.) schon im klassischen römischen Recht ebenfalls Okko Behrends, *Die *fraus legis*: zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngehalt in der römischen Gesetzesinterpretation*, 1982, 38 ff.

dem, was Recht originär sei („soziologisch“) andererseits. „Sozial“, weil mit dem Geist der sozialen Gleichheit, der formalen Konzeption liberaler Autonomie eine so genannte „materiale“ Komponente beizumengen gesucht wurde;⁶ und „soziologisch“, weil der Geist gesellschaftlicher Vielfalt und Evolution das *a-priori* Form-gebende der so genannten „Begriffsjurisprudenz“ als unbrauchbar zu erweisen vermeinte: „An die Stelle von Präformation tritt Evolution“.⁷ Beide Aspekte haben durchaus unterschiedliche und komplexe Gründe. In ihrem Verbund aber führten sie notwendig zu einer Erscheinung, die uns heute ganz selbstverständlich dünkt: *Generalklausel und Einzelfall*.

Einerseits: Die Suche nach klaren Grenzen, in denen Freiheit sich entfaltet, wurde verdrängt vom Gesichtspunkt einer bunten Vielfalt der Verhältnisse und Gestaltungen ... im Einzelfall. Nicht mehr die weise Vorausschau menschlicher Vernunft ist in der Lage, Rechtsverhältnisse zu gestalten, sondern allein die ad hoc Entscheidung ... im Einzelfall. An die Stelle der Begriffsjurisprudenz praxisferner gelehrter Wissenschaft inthronisierte die Frei-⁸ und Prinzipienrechtsbewegung⁹ den recht und billig fühlenden Richter im praxisnahen ... Einzelfall.

Andererseits: Freiheit und Gleichheit sind (als materiale Gerechtigkeitskomponenten) Antagonismen, die zu einem *allgemeingültigen* Ausgleich zu bringen, wie es für eine gesetzliche Regelung notwendig wäre, trotz aller Gedankenexperimente in der praktischen Philosophie bisher nicht wirklich gelungen ist.¹⁰ Neben der Kodifikation der Freiheit wuchsen so Rechtsinstitute zur Kompensation von Ungleichheiten: unklar umrissene Institute der Inhaltskontrolle und Schutzpflichtkreatoren, die in ihrer Weite auf alle Fälle passten. Da nun diese neuen Institute unbehelligt neben den originären Instituten der Privatautonomie und Vertragsfreiheit Geltung beanspruchten, konzentrierte sich notwendig alles auf den ... Einzelfall. Dogmatische Konstruktion und richterlicher Voluntarismus waren - jetzt erst recht - die zentralen Komponenten der Rechtsfindung im ... Einzelfall.

Kurz: Auf der einen Seite die kodifizierte Form liberaler Aufklärung als Frucht des 19. -, auf der anderen Seite eine Phalanx unförmiger Institute als Produkt sozialogischer Billigkeitsjurisprudenz des 20. Jahrhunderts. In welchem Geist steht also die (Re-?)Form des 21. Jahrhunderts, die unser Privatrecht endlich fit machen soll für die Herausforderungen einer neuen Zeit: dem des Liberalismus oder dem des Sozialismus, dem der Unförmigkeit oder dem der Klarheit?

Jeder, der das notwendige Bemühen inhaltlicher und formaler Durchdringung des „neuen Rechts“ auf sich nimmt, mag sich sein Urteil hierzu redlich erarbeiten. Und diejenigen, die sich ihr Urteil schon gebildet haben, mögen immerhin konstatieren: „Nichts wird wirklich

⁶ Die bereits von Anton Menger (*Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 3. verb. Aufl. 1904) vorgebrachte sozialistische Kritik an der fehlenden Chancengleichheit beim Gebrauch der eingeräumten Gestaltungsfreiheit wurde zur zentralen Triebkraft in der Rechtsfortbildung; vgl. nur Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967; Fritz v. Hippel, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, 1957, insbes. S. 22 ff.; zuletzt die Bestandsaufnahme von Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP) 200 (2000), 273 ff., und die grundsätzliche Analyse bei Graf-Peter Callies, *Prozedurales Recht*, 1999.

⁷ Apodiktisch Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1999, 75: „Seit dem 19. Jahrhundert besteht kein Zweifel mehr darüber, daß das Recht mit der Entwicklung der Gesellschaft sich ändert. Rechtswandel und gesellschaftliche Evolution korrelieren. Die Vielzahl der verschiedenartigsten Rechtsnormen, die irgendwo jemals gegolten haben oder in Zukunft gelten werden, lassen sich nicht auf eine Präformation in der menschlichen Natur zurückführen; sie variieren mit dem historischen Prozeß der Entwicklung einer zunehmend komplexen Gesellschaftsordnung. Bisher geltende Rechtsnormen werden obsolet oder ändern ihren Sinn und ihre Funktion, und neue Rechtsnormen treten hinzu, wenn die Gesellschaft sich ändert. So viel ist anerkannt.“

⁸ Grundlegend Eugen Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, 1903; zum eigentlichen ‚harten Kern‘ werden gezählt: Hermann Kantorowicz alias Gnaeus Flavius mit der Programmschrift von 1906 „*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*“; Ernst Fuchs, *Schreibjustiz und Richterkönigtum*, 1907; ders., *Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz*, 1909 und Herrmann Isay, *Rechtsnorm und Entscheidung*, 1929. Darüber hinaus vgl. die gute Übersicht zu den Angehörigen der frühen Freirechtsbewegung bei Hans Reichel, *Gesetz und Richterspruch. Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, 1915; Andreas Gängel/Karl A. Mollnau (Hrsg.), *Gesetzesbindung und Richterfreiheit. Texte zur Methodendebatte 1900-1914*, 1992. Aus der umfangreichen Sekundärliteratur etwa Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, 579 ff.; Luigi Lombardi Vallauri, *Geschichte des Freirechts*, 1967; Klaus Riebschläger, *Die Freirechtsbewegung: Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, 1968.

⁹ Grundlegend wohl Ernst Rudolf Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, 5 Bände, 1894-1917; deutlich kürzer und deutlich einflussreicher: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970; ders., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 4. Aufl. (1990).

¹⁰ Vgl. nur Bernd Ladwig, *Gerechtigkeit und Verantwortung. Liberale Gleichheit für autonome Personen*, 2000, mit Synthesversuchen der grundlegenden Konzepte von John Rawls („*A Theory of Justice*“, 1971); Robert Nozick („*Anarchy, State, and Utopia*“, 1974) und Ronald Dworkin („*Taking Rights Seriously*“ 1977); zur „Hochkonjunktur“ aktueller „Gerechtigkeitstheorien“ zuletzt der Literaturbericht von Jan-R. Sieckmann im *ARSP* 87 (2001), 134 ff.

schlechter“. Doch ganz unabhängig von den Bewertungen dogmatischer Umstrukturierungen und der Frage, „Was wird wirklich besser?“¹¹, das, woran es dem neuen Schuldrecht definitiv gebricht, ist eine klare Form. Geschaffen wurde ein Konglomerat aus interpretationsfähigen Offenheiten. Nicht eine Re-, sondern eine Deformation endlich auch des Kernstücks des BGB wurde mit der überstürzten Zwangskorporation von 19. und 20. Jahrhundert vollführt. Das, was mit einzelnen Novellen über die Jahre hin punktuell begann:

- „Die Verheerungen, die die moderne Gesetzgebungstechnik, wenn man überhaupt von einer solchen sprechen kann, im BGB verursacht hat, sind dort inzwischen überall zu besichtigen (...) Das BGB ist auf dem besten Wege, zu einer in raschem Tempo sich wandelnden Loseblattsammlung zu verkommen. Eine respekt- und verantwortungslose Regelungswut in Verbindung mit einer degenerierten Gesetzessprache richtet verhängnisvolle Wirkungen an.“¹² -

mit dem aktuellen Eingriff ist die Deformation eine endgültige. Darin liegt sicher nicht der „Untergang des Abendlandes“, aber der kodifizierte Abschied von der Kodifikation BGB.

Warum? Weil die zwei zentralen Aspekte einer Kodifikation preisgegeben sind: ein stimmiges inhaltliches System von Rechtsregeln einerseits, und eine faßliche transparente Form dieser Regeln andererseits.

II. Removal „from contract to status“?

Zugegeben: Der Gedanke des Verbraucherschutzes muß kein Fremdkörper in einem liberalen Vertragsmodell sein, wenn man den „Verbraucher“ als besondere Spezies des vermindert Geschäftsfähigen begreift. Eine Spezies, die angesichts des Rausches, den der Tanz ums Goldene Kalb, der Kultus des „Habens“ gegenüber dem „Sein“ verursacht, zu einer überlegten Entscheidung generaltypisch nicht in der Lage ist, und die deshalb zwar nicht von vornherein einen Betreuer erhält, aber eine geschützte Rechtsposition, wenn die anfängliche Ekstase betroffener Ernüchterung weicht. Dazu paßt dann immerhin auch, daß der Status „Verbraucher“ gar nicht an der typisierten Beschränktheit der Person, sondern allein an dem Zweck des intendierten Geschäfts (Rausch) anknüpft. Daneben bleibt auch noch Platz für die Vermutung, daß i.d.S. der „Unternehmer“ eine Art verführerischer Schamane, ein typisierter Betrüger ist, der mit allen Mitteln und Tricks seine Gaukeleien vollführt und rücksichtslos seine Produkte abzusetzen sucht.

Wie dem auch sei: Lag eine große Etappe der Entfaltung der Gerechtigkeitsidee einstmals darin, der Justitia die Augen zu verbinden, nämlich in dem „movement from status to contract“¹³, so liegt die Enthüllung der Gerechtigkeit nun offenbar in einem fortwährenden „removement from contract to status“¹⁴. Nicht mehr der vereinbarte Vertragsinhalt ist es primär, der über die Rechte und Pflichten der Parteien entscheidet, sondern das Gefälle im sozialen und kognitiven Status der Beteiligten souffliert sie. Und dabei macht die zivilistische Rechtswirklichkeit auch nicht davor halt, dem im Rausche Befangenen schließlich doch seinen ‚Betreuer‘ in Gestalt des Vertragspartners oder eines Dritten zuzuteilen. Wann genau das der Fall ist, läßt sich freilich nicht klar prognostizieren: alles hängt ab vom ... Einzelfall. Wenn z.B. ein minderbemittelter Käufer ohne nachzurechnen vermeint, er sei auch clever und hätte die Regeln des Kapitalismus durchschaut: Immobilienbesitz gäbe es ab jetzt nämlich zum Nulltarif, weil sich die Finanzierung durch Mieteinnahmen und Steuerersparnis

¹¹ Zu den zentralen dogmatischen Kritikpunkten am alten Schuldrecht vgl. nur Dieter Medicus, Dogmatische Verwerfungen im geltenden deutschen Schuldrecht, in: Schulze/Schulte-Nölke (Fn. 2), 33 ff.

¹² Hans Herrmann Seiler, Bewahrung von Kodifikationen in der Gegenwart am Beispiel des BGB, in: Okko Behrends und Wolfgang Sellert (Hrsg.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, 2000, 104/109

¹³ Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, 1861, 5. Kap.: „we may say that the movement of the progressive societies has hitherto been a movement from Status to Contract.“ (5th. ed., 1874, 170).

¹⁴ Mit dem Bezug auf Maine zuerst wohl Ronald Harry Graveson, *The Movement from Status to Contract*, *Modern Law Review* 4 (1940), 261 ff.; ders. Status in the Common Law. 1953; kritisch zur Diagnose von einer „Rückkehr“ Manfred Rehbinder, Status – Kontrakt – Rolle, in: *Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, 141 ff.; ders., *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. (2000), 84 ff.; denn es handele sich nicht wirklich um eine „Rückkehr“ zu den sozialen Gegebenheiten des alten Statusrechts. Das ist richtig aber auch ohne soziologische Strukturanalyse banal. Es geht bei diesem dualistischen Bild auch nicht um eine soziologische, sondern eine juristische Zustandsbeschreibung; denn jeweils wird für die Bestimmung von Rechtsfolgen an soziale „Ungleichheiten“ angeknüpft: ehemals in Manifestation eines „gottgewollten hierarchischen Ordnungssystems“, heute zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen, welcher Art auch immer. Die Problematik findet sich freilich allgemein unter dem Gesichtspunkt der „Vertragsfreiheit“ (ausführlich Patrick S. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979; und zum „return“ seit den 80’er Jahren F. H. Buckley (ed.), *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, 1999) bzw. in Deutschland vorrangig unter dem Gesichtspunkt der „Privatautonomie“ diskutiert (hier nur Wolfgang Zöllner, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996; und zuletzt Petra Peuker, *Sozialrechtliche Grenzen der Privatautonomie*, 2002).

von selbst trägt, wie ihm ‚sein Freund‘ der Verkäufer (oder Vermittler) verraten hat,¹⁵ so wird das vermutlich anders bewertet als bei einer nicht minder cleveren Person, die das gleiche Geschäft nur deshalb zu vollführen sucht, weil deren Immobilien noch nicht hinreichen, die Steuer sattsam zu senken¹⁶. So gibt es denn nicht mehr nur den *vertragstypischen* Status des Käufers, Arbeitnehmers, Mieters usw., sondern auch den *sozialtypischen* Status der Bank, Versicherung, des Verbrauchers, AGB-Verwenders, Familienangehörigen, Autoverkäufers, Fondmanagers, Prospektverantwortlichen ..., kurz: den typisierten Status des „Schwachen“ und des „Starken“.¹⁷ Neben der Entwicklung und Überflutung spezieller Rechtsmaterien und endloser Kasuistiken hängt hier alles am ... Einzelfall. Das letztinstanzliche Rechtsgefühl erfaßt verbindlich das soziale, das kognitive, kurz: das typisierte Sympathiegefälle. Da die Facetten und Kombinationsmöglichkeiten der diesbezüglichen Ungleichheiten so vielfältig wie das Leben selbst sind, kann es auch keine kodifizierten „formalen Lösungen“ geben, alles hängt am ... Einzelfall.

Die ‚kodifizierte‘ Grundlage derartiger Billigkeit und Unberechenbarkeit findet sich in den neuen Generalklauseln¹⁸, und dabei vorzugsweise - oder im Zweifel immer - in der Vielgestaltigkeit der ex-post zu konstruierenden Pflichtverletzungen gem. § 241 II BGB n.F., der kodifizierten Krone aktueller Generalklausulitis:

„Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zu besonderer Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten“

III. Kodifikation der „unmittelbaren Drittwirkung“?

Die Sprengkraft dieser Generalklausel scheint bisher völlig unterschätzt, wenn selbst Ulrich Huber, bekanntlich einer der vehementesten Gegner der Schuldrechtsdeformation, die Vorschrift beiläufig als inhaltsleeres, lehrbuchartiges Regelungsfragment abtut, weil ein Schuldverhältnis nicht nur zur Rücksicht auf die Rechte des anderen verpflichten „kann“, sondern dies eben notwendig tut.¹⁹ Diese Sicht ist leider etwas zu einfach; denn in dieser ‚Norm‘ ist in der Sache eine - wenn nicht gar *die* - zentrale sozial-dogmatische Errungenschaft des 20. Jh. verklausuliert: die *Doktrin von den Schutzpflichten*.²⁰

Hieran ist zunächst bemerkenswert, daß man das Kind nicht deutlich beim Namen nennt, scheinbar nicht wirklich Schutz-, sondern Rücksichtnahmepflichten kodifiziert wurden. Doch im Zeitalter der Abkehr von Begriffsklarheit will das nicht viel heißen. Denn inhaltlich sollte damit keine Abkehr von der bisher geführten Schutzpflichten-Diskussion verbunden sein: *„Durch die Betonung der ‚besonderen Rücksicht‘ wird angedeutet, daß die gemeinten Schutzpflichten nicht dem entsprechen, was schon nach allgemeinem Deliktsrecht geboten ist“*.²¹ Die bisher als Schutzpflichten erkannten Pflichten sind also von nun an aus der Pflicht zur „Rücksichtnahme“ zu deduzieren: Es ist die Pflicht zur Rücksicht, die alle bekannten (und noch unbekannten) Verkehrssicherungs-, Obhuts-, Loyalitäts-, Treue-, Aufklärungs-, ... usw. Pflichten hervorspriessen läßt.²²

¹⁵ Vgl. nur: BGH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998, 302; 1998, 898.

¹⁶ So: BGH, *NJW* 2000, 2352 (Geschäftsführer einer Wohnungsgenossenschaft); BGH, *NJW* 2001, 2021: „Jedermann darf grundsätzlich davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft hat. Eine Aufklärungspflicht besteht nur dann, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalls davon ausgegangen werden muss, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet ist und die Verhältnisse nicht durchschaut.“

¹⁷ Versuch einer Kategorisierung etwa bei Herrmann Weitnauer, *Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, 1975; Eike v. Hippel, *Der Schutz des Schwächeren*, 1982.

¹⁸ Vgl. z.B. die Schuldnerereinrede in § 275 II: „Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht.“; die Entbehrlichkeit einer Mahnung beim Verzug gem. § 286 II Nr. 4: „Der Mahnung bedarf es nicht, wenn (...) 4. Aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzuges gerechtfertigt ist.“; oder die ‚Bestimmung‘ des Übergangs zum Schadensersatz auch ohne Fristsetzung gem. § 281 II: „... wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen.“

¹⁹ Ulrich Huber, Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Ernst/Zimmermann (Fn.2), 139 f.

²⁰ Hierzu zuletzt umfangreich: Peter Krebs, *Sonderverbindung und außerdeltische Schutzpflichten*, 2000.

²¹ So schon die Begründung des ursprünglichen Kommissionsentwurfs (*Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992, 113 f.); wortgleich die Begründung des Regierungsentwurfes *BT Drucksache 14/6040*, 125.

²² Derzeit wird ein wenig plausibler Streit darum geführt, ob denn überhaupt auch „Informationspflichten“ von § 241 II n.F. BGB erfasst seien (zuletzt *pro*: Däubler, *NJW* 2001, 3729/3733; *contra*: Zimmer, *NJW* 2002, 1/7, jeweils mit w. Nachw.)

Der Wechsel in der Begrifflichkeit ist aber vielleicht doch nicht allein von dem Gedanken getragen, über den deliktsrechtlichen Schutz mit der Postulation einer Rücksichtnahmepflicht deutlich hinauszugehen. Denn die terminologische Abgrenzung erfolgte schon seinerzeit ohnehin mit dem Begriff „Schutzpflichten“, während man für das Deliktsrecht von „Verkehrspflichten“ sprach.²³ Aber die Dinge erhalten eine besondere Kraft, wenn es gilt, sie verbindlich beim Namen zu rufen. Und spätestens, da man das neue dogmatische Gewächs zu benennen hatte, dürfte zweierlei (wenigstens intuitiv) deutlich geworden sein:

Zum einen bedürfte es wohl keiner allzu großen Phantasie, beim Terminus „Schutzpflicht“ von einer begrifflichen auch auf eine inhaltliche Parallele zu stoßen. In nur unwesentlicher Abwandlung von Art. 1 I GG wäre nämlich heute in § 241 II BGB unverkennbar die „zivilrechtliche Menschenwürde“ formuliert:

„Rechte, Rechtsgüter und Interessen sind unantastbar. Sie zu achten und schützen ist Verpflichtung des einen wie des anderen Teils.“

Nicht umsonst findet sich in § 241 II BGB denn wohl auch das laue „kann“ einer solchen Verpflichtung, was zwar mit der Idee von einem kategorischen „gesetzlichen Schutzpflichtverhältnis“²⁴ nicht ganz zusammen passt, so aber immerhin ein Novum gesetzestechnischer Regelung offenbart: einen offiziellen Ermessensspielraum auf der Tatbestandsebene (*sic!*).

Zum zweiten leuchtet es sprachlich auch sehr viel eher ein, daß „Schutz“ doch mehr bedeutet als „Rücksicht“, und es in der Sache vielleicht etwas zu weit ginge, jeden Teil darauf zu verpflichten, die Rechte usw. des anderen Teils wie ein „Überwachungsgarant“ gegen alle möglichen Gefahren zu *schützen*.²⁵ „Rücksicht“ bedeutet an sich schon, daß man selbst *voran* geht - anderenfalls könnte man ja nicht *zurück*-sehen. Anzunehmen, daß das nun heißt, jeder habe dafür Sorge zu tragen, daß der andere Teil nicht gar zu kurz, sondern immer noch hinterher kommt, geht aber vermutlich zu weit. Ebenso verfehlt wäre es wohl auch, wollte man daraus nun noch den Schluß ziehen, eine „Rücksichtnahmepflicht“ könne folglich *nur* dort bestehen, wo Rechte usw. des anderen tatsächlich und deutlich in *Sicht* sind. Das nämlich wäre das Ende des bisher so leicht hingeworfenen Fahrlässigkeitsvorwurfs. Der Vorwurf „*hätte erkennen müssen*“ forderte ja gerade eine *Voraus*-sicht, die mit einer bloßen *Rück*-sicht schwerlich verlangt sein kann. Sonst stünde am Anfang jenes ‚Rücksichtnahmeverhältnisses‘ zunächst die Obliegenheit, einander über die nicht offenkundig bestehenden Rechte usw. aufzuklären; die heute so hoch im Kurs des dogmatischen Interesses stehenden „Aufklärungspflichten“²⁶ folgten also erst nach Erfüllung von Aufklärungsobliegenheiten ...

Aber all das dürfte zu weit gehen. Der heutige Gesetzgeber besitzt nicht mehr die sprachliche Sensibilität die man ihm hier unterstellte. Übertriebene Begrifferei bei einer Norm, von der doch alle Eingeweihten wissen, was ihr Inhalt ist: kodifizierte Ermächtigungsklausel für gefühlte Unbilligkeiten im ... Einzelfall. Über ihren Inhalt zu spekulieren wäre so, als wollte man „*Wolken in einen Sack fangen*“. Was immer auch mit „Rücksicht“ im Gegensatz zu „Schutz“ anderes gemeint sein mag, der Fokus auf den sie

²³ Vgl. nur Christian von Bar, *Verkehrspflichten*, 1980; Claus-Wilhelm Canaris, *Schutzgesetze - Verkehrspflichten - Schutzpflichten*, in: 2. *Festschrift für Karl Larenz*, 1983, 27 ff.

²⁴ Trotz einiger gewichtiger Gegenstimmen ist diese Ansicht im Anschluß an Claus-Wilhelm Canaris, Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen, *Juristenzeitung* (JZ) 1965, 475 ff. zur herrschenden Auffassung avanciert (vgl. die Nachweise bei Claus-Wilhelm Canaris, Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 1, 2000, 129/147). Zur Neuregelung nur Lorenz/Riehm, Fn. 2, Rn. 355: „Diese kodifikatorische Rückführung der Rechtsinstitute „pFV“ und „c.i.c.“ auf eine einheitliche Anspruchsgrundlage bringt zutreffend den Grundgedanken zum Ausdruck, der in der Literatur bisher unter dem Stichwort des „*einheitlichen gesetzlichen Schutzpflichtverhältnisses*“ zusammengefasst wurde“.

²⁵ In diesem Sinne aber Peter Krebs, (Fn. 20), 505: „Pflicht zum aktiven Schutz der Gegenseite“; und auch die allgemeinen Vorbemerkungen des Regierungsentwurfs (S. 125): Die Schutzpflichten gehen hinsichtlich der Intensität „über die allgemeinen deliktischen Verhaltenspflichten hinaus. Sie verpflichten die Beteiligten zu einem gesteigerten Schutz der Rechtsgüter des jeweils anderen.“

²⁶ Das Schrifttum hierzu ist kaum mehr zu überschauen; vgl. statt aller den gekürzten und zur Lektüre empfohlenen (Michael Stolleis, Die juristischen Bücher des Jahres – eine Leseempfehlung, *NJW* 2002, 3593, 3594) Folianten (1054 Seiten!) von Holger Fleischer: *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht. Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten*, 2001.

verpflichten soll, ist immerhin benannt: „auf *Rechte, Rechtsgüter und Interessen*“. Eine so fixierte Pflicht ist dogmatisch aufregend genug:

Bekanntlich definierte sich nämlich bisher ein Rechts-*verhältnis* dadurch, daß in ihm die Rechte und Pflichten der sich zueinander *verhaltenden* Parteien als relative Rechte mit Tatbestand und Rechtsfolge ausgestaltet waren. Zur offensten Regelung für Schuldverhältnisse entwickelte sich bisher § 242 BGB mit der Postulation von aus „Treu und Glauben“ entspringenden leistungsbezogenen Verhaltenspflichten.²⁷ Geht man nun aber von diesem tradierten Verständnis aus, Rechte i.S. des § 241 II BGB seien relative Rechte zwischen den Parteien des Schuldverhältnisses, wie das auch der systematische Kontext nahe legt, so ergibt sich in der Tat folgendes merkwürdige Bild: Soweit man auf die Haftungsfigur der „positiven Forderungsverletzung“ (Ausgangspunkt jetzt: §§ 280, 241 II, 311 I n.F. BGB) innerhalb eines *vertraglichen* Schuldverhältnisses abstellt, ließe sich wie eh und je annehmen, es gibt vertragliche Rechte und Pflichten aus *dem* Schuldverhältnis („nach seinem Inhalt“). Nun gut. Damit lassen sich für die p.F.V. jedenfalls keine neuen ungeschriebenen Pflichten deduzieren, an die dann § 280 I n.F. BGB eine Haftung knüpfen könnte. Wozu dann überhaupt diese Regelung? Bei diesem Verständnis mag man in der Tat mit *Ulrich Huber* die Vorschrift als inhaltsleeres, lehrbuchartiges Regelungsfragment bezeichnen.

Die Merkwürdigkeit und Konsequenz dieser Deutung tritt aber deutlicher vor Augen, wenn man auf die *culpa in contrahendo* abstellt und also das (vorvertragliche!) „Schuldverhältnis“ aus § 311 II, III BGB mit ins Spiel bringt. Diese Vorschrift verweist auf § 241 II BGB und verpflichtet mithin die Parteien sowie „Dritte“ im Rahmen von vor- bzw. außervertraglichen Vertrauensverhältnissen zur Rücksicht auf die „Rechte“ des jeweils anderen Teils. Aber welche Rechte sollen das sein? Es gibt gerade noch keine legitimierende Vereinbarung. Wenn es aber keine vertraglichen Rechte in dieser Phase gibt, ebensowenig wie es einfachgesetzliche Rechte in dieser Phase gibt (wo wären die fixiert?), so bleibt nur der Rekurs auf *Grund - Rechte* (sic!). Wenn nun aber jeder Teil zur Rücksichtnahme auf die Grundrechte des anderen Teils endlich explizit verpflichtet wird, so ist auf leisen Sohlen in das Zivilrecht eingezogen, was noch vor der Hand immer wieder und immer öfter als allgemeingültige Unmöglichkeit proklamiert wurde und angeblich „heutzutage keiner näheren Ausführung mehr bedarf“²⁸: *Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte*.

In der Phase, da es noch keine ausdrücklichen Rechte gibt, ist mithin jeder Teil bei Meidung von Schadensersatzansprüchen verpflichtet, auf das Leben, die Gesundheit, die Selbstbestimmungsfreiheit etc. Rücksicht zu nehmen. Die zusätzliche Verpflichtung zur Rücksicht auch auf „Rechtsgüter“ und „Interessen“ ist damit jedenfalls dann redundant, wenn man den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG mit der allgemeinen Auffassung nur genügend weit versteht. Die oben gefundene Parallelität zu Art 1 GG ist also durchaus nicht nur eine semantische Zufälligkeit, sondern vermittelt in der Tat eine inhaltliche Offenbarung.

Allerdings müssen die von der Vorschrift fokussierten „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ gar nicht notwendig in jenem herkömmlichen relativen Verständnis von Schuldverhältnis interpretiert werden. Denkbar ist auch, daß zur Rücksicht auf alles sonst denkbare verpflichtet wird. Auf Rechte etwa, die nicht originär, sondern erst über die Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf sie, Inhalt des Schuldverhältnis‘ werden. Damit wäre dann nicht nur das durch sämtliche relativen und absoluten Rechte definierte Vermögen der Parteien, sondern alle Schuld-, Sachen-, Erb- und Familienrechte aber auch die sonstigen Urheber-, Patent-, usw. sowie alle öffentlich- rechtlichen Rechte, Persönlichkeitsrecht und

²⁷ Die gegenwärtige Instrumentalisierung und leichtfertige Inflation dieser Formel wird anschaulich, wenn man sich ihren begrifflichen und historischen Kern vor Augen führt: Okko Behrends, *Treu und Glauben*. Zu den christlichen Grundlagen der Willentheorie im heutigen Vertragsrecht, in: Dilcher/Staff (Hrsg.), *Christentum und modernes Recht*, 1984, 255 ff.; Ralph Weber, *Entwicklung und Ausdehnung von § 242 BGB zum „königlichen Paragraphen“*, *Juristische Schulung (JuS)* 1992, 631.

²⁸ So zuletzt Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, 1999, 34 f. Auf die spitzfindigen Abgrenzungsbemühungen zu Robert Alexy (*Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 484 ff.) braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Jedenfalls war es in der Tat schon immer zweifelhaft, von einer „unmittelbaren Drittwirkung“ nur dann reden zu wollen, wenn die Grundrechte unmittelbar *inter partes* verpflichten, während die Bindung der Gerichte, derartige Verpflichtungen zu erkennen und auszusprechen lediglich als „unmittelbare Geltung“ betitelt werden sollte. Wer sollte denn eine „unmittelbare Drittwirkung“ konstatieren, die Parteien selbst? Mit § 241 II BGB ist nun diese Spitzfindigkeit sprachlich aufgehoben, weil die Parteien selbst als die Verpflichteten ausdrücklich benannt sind.

informationelle Selbstbestimmung, bis hin zu sonstigen Grundrechtspositionen und grundrechtsinspirierten Rechtskreationen (von den vielfältigen *Interessen* ganz zu schweigen)²⁹ erfaßt.³⁰ Es bedarf an dieser Stelle wohl nicht der ausdrücklichen Vermutung, daß hier sehr viel mehr kodifiziert wurde als es die bisherigen, ohnehin umstrittenen Fallgruppen der c.i.c. oder p.F.V. nahe gelegt hätten. Daneben bleibt es bei dieser Lesart rechtsdogmatisch ein sicherlich nicht leicht nachvollziehbares Novum, daß sich ein ‚gesetzliches‘ Schuldverhältnis über unbestimmte externe Rechte usw. willkürlich qua „richterlichen Gestaltungsakts“ definieren soll.

Die Spekulation über die richtige Lesart braucht an dieser Stelle nicht weiter fortgeführt zu werden. Das Spektrum, die Rücksichtnahme auf „Rechte, Rechtsgüter und Interessen“ interpretieren zu können ist jedenfalls so groß, wie es das Spektrum an denkbaren Rechten und Interessen nur überhaupt sein kann. Und es macht jedenfalls für das voluntativ gefundene *Ergebnis* keinen sehr großen Unterschied, ob der Richter mit „Vertragsparität“ und „Selbstbestimmungsfreiheit“ oder mit „Vertrauensschutz“ und „Pflichtverletzung“ argumentiert.³¹ In jedem Fall wird deutlich, daß er originär legislative Aufgaben übernimmt, die ihm so oder so in der Ermächtigungsnorm des § 241 II BGB kurzer Hand blanko übertragen wurden. Wer die dogmatischen Wucherungen allein des „vagabundierenden Irrwischs“³² genannt „*culpa in contrahendo*“ kennt und diese Kenntnis mit der dogmatischen Simplizität zukünftiger schuldrechtlicher Rechtsfindung genannt „Pflichtverletzung“ multipliziert, der erhält vielleicht eine annähernde Vorstellung davon, wie überflüssig die ganze ausdifferenzierte Dogmatik des deutschen Schuldrechts geworden ist: „*contract is being reabsorbed into the mainstream of tort*“³³. Knapp 30 Jahre nach Grant Gilmore's Diagnose vom amerikanischen „Death of Contract“ – nun endlich auch das deutsche Schuldrecht: ein dogmatischer Friedhof.³⁴

IV. Evolution des Rechts: Vom BGB zum Ordal

Unabhängig von allen Querelen zum übereilten Prozedere dieser „Schuldrechtsmodernisierung“, den damit verbundenen dogmatischen Bedenklichkeiten und dem Autoritätsverlust des Gesetzgebers ... - mit dem Verlust der klaren Bindung an einen definierten Inhalt und der Blankoermächtigung des Richters in einem ganz zentralen Bereich des Zivilrechts verliert vor allem die Kodifikation eines: ihre Autorität für die Rechtserkenntnis. Die Methodendebatte zum Anfang des 20. Jh. und die nachfolgenden wissenschaftlichen Scharmützel um das Verhältnis von Gesetzes- und Richterrecht³⁵ sind endlich zugunsten des letzteren entschieden: Der Richter ist die ultimative Rechtsquelle. Die eigentliche Errungenschaft der Schuldrechts(de)form ist mithin nicht primär eine dogmatische („death of contract“), sondern vor allem eine methodologische („Richterkönig“). Der Geist des 21. Jh. weht hinweg von den Ufern der Rechtssicherheit, hin zum legalisierten

²⁹ Nostalgisch Dieter Medicus, Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt, in: *Festschrift für Max Keller*, 1989, 205/219: „Und zweitens ist die Grundregel der Privatautonomie zu respektieren: nämlich daß jeder in erster Linie Hüter seiner eigenen Interessen ist und nicht der Interessen des Verhandlungspartners.“ Diese Zeiten sind mit § 241 II BGB definitiv vorbei.

³⁰ In diesem Sinne will offenbar Claus-Wilhelm Canaris (Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499) § 241 II BGB gedeutet wissen, wenn er von „Rechten und Rechtsgütern i.S. von § 823 Abs. 1 BGB“ spricht. Aus § 241 II BGB selbst geht dieser Bezug freilich nicht hervor, und damit geht neben der fehlenden Anknüpfung an die „benannten“ Güter und Rechte in § 823 I BGB auch jede in der Norm selbst angelegte Eingrenzbarkeit von vornherein verloren.

³¹ Dogmatisch macht es hingegen einen ganz gewaltigen Unterschied: 1.) Wie leichtfertig wird ein Ergebnis gefunden?: Das Bewusstsein beiderseits involvierter Grundrechtspositionen ruft die gesamte Grundrechtsdogmatik auf den Plan, erfordert eine eingehende Verhältnismäßigkeitsprüfung und erhöht so die Möglichkeit richterlicher Besinnung und Beschränkung; 2.) Ist die Regelung überhaupt verfassungskonform?: Stichwort: „Wesentlichkeitstheorie“!; 3.) Ist jetzt für jeden Einzelfall auch das BVerfG zuständig?: Stichwort: „Superrevisionsinstanz“!

³² Manfred Lieb, Grundfragen der Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327/333

³³ Grant Gilmore, *The Death of Contract*, 1974, 87

³⁴ Spätestens mit der Einführung des neuen § 253 II BGB (Schmerzensgeld auch bei außerdeltischer Pflichtverletzung) durch das „Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz“ ist auch die differenzierende Dogmatik des Deliktsrechts endgültig überflüssig; treffend Gerhard Wagner, NJW 2002, 2049 ff.: auf die §§ 823 ff. kommt es überhaupt nicht mehr an.

³⁵ Zu dieser „Ewigkeitsproblematik“ nur: Jörn Ipsen, *Richterrecht und Verfassung*, 1975; Fritz Ossenbühl, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, 1988; Giovanni Biaggini, *Verfassung und Richterrecht: verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, 1991. Katja Langenbacher, *Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht: eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht*, 1996; Andreas Heldrich, 50 Jahre Rechtsprechung des BGH - Auf dem Weg zu einem Präjudizienrecht?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 2000, 497.

Voluntarismus. Alles hängt an der Dezision des Richters im Einzelfall. Doch: Legalisiertes Freirecht und Gefühlsjurisprudenz - wie konnte es in dieser Eindeutigkeit dazu kommen?

Tradierte Formen sterben nicht von heute auf morgen. Formen brechen in sich zusammen, wenn die Wertschätzung der sie tragenden Idee verloren geht. Insoweit sind die hier zu betrachtenden Destruktionen notwendig grundsätzlicher Natur und sie basieren auf einer allgemeinen und nur selten noch ernsthaft reflektierten *opinio iuris* zu den zwei Hauptproblemen einer Kodifikation: ihrer inhaltlichen Lückenhaftigkeit (Stoffproblem) und der Möglichkeit einer transparenten Formulierung des Rechtsstoffs (Formproblem). Hier besteht seit langem die Überzeugung, das Konzept einer „abschließenden und erschöpfenden“ Aufzeichnung des Rechts in einem Gesetz sei, wenn nicht gar überflüssig, so doch eine Utopie,³⁶ weil sie die Beschränktheit der juristischen Begriffe gar nicht erlaube.³⁷

Diese zersetzende Doktrin hat mehrere Wurzeln. Sie stützt sich zum einen auf unreflektierte Autoritäten: Savigny's Zweifeln an der Berufung seiner Kollegen zur Gesetzgebung³⁸ und die nachhaltige und bis heute einseitig interpretierte Kritik Jhering's an der Begriffsjurisprudenz³⁹. Sie basiert auch auf einem einseitigen Resümee der ausgiebig geführten Methodendebatte Anfang des 20. Jh. gepaart mit einer unnachahmlichen rechtsvergleichenden Anhänglichkeit ans anglo-amerikanische Case Law.⁴⁰ Aber sie basiert vor allem auf einem: der Frage nach dem Sinn von Zivilrechtswissenschaft überhaupt.

A. Gerücht von der Lücke?

Das überstrapazierte Dogma von der Lückenhaftigkeit des BGB basiert in seinem Grunde nämlich nicht wirklich auf der Einsicht in die Schwierigkeit einer erschöpfenden Erfassung und transparenten Formulierung des Rechtsstoffs, sondern vor allem in einem grundsätzlichen Bedeutungsverlust, den eine ernst zu nehmende Kodifikation für das wissenschaftliche Engagement notwendig mit sich bringt. Denn die Kodifikation soll die Quintessenz wissenschaftlicher Bemühungen sein, und kein ernst zu nehmender Schriftsteller, der noch auf Qualität und nicht auf Quantität seiner Publikationen schaut, wird sogleich beginnen, ein eben publiziertes Buch neu zu schreiben, weil er es für mißlungen oder für wesentlich unvollständig hält.⁴¹ Die Sache wird aber bei einem Buch komplizierter, das allen nachfolgenden Rechtswissenschaftlern die hermeneutische

³⁶ Vgl. nur Barbara Dauner-Lieb, Kodifikation von Richterrecht, in: Ernst/Zimmermann (Fn.2), 306 m.N.; Peter Schlechtriem (*Schuldrechtsreform*, 1987, 57) meint exemplarisch „daß die Komplexität der zur Entscheidung anstehenden Sachverhalte sich kodifikatorisch nicht ausreichend einfangen läßt.“ Lediglich Karsten Schmidt (*Die Zukunft der Kodifikationsidee*, 1985, 21) versucht relativierend einzulenken, indem er die Methode der lückenschließenden Rechtsfindung sogleich mit zum Inhalt jeder Kodifikation erklärt und somit das „selbstgesteckte“ Ziel des kodifizierenden Gesetzgebers deutlich moderater formuliert: „Nicht Gesetzeslücken auszuschließen, wohl aber ... ‚Rechtslücken‘ zu verhindern“ sei Sinn einer Kodifikation.

³⁷ Peter Schlechtriem, aaO, 57: „Insbesondere läßt sich das verwendete Instrumentarium juristischer Begriffe weder für abgrenzbare Sachverhalte so scharf und eindeutig zurichten, daß tatsächlich stets zweifelsfreie Subsumtionen möglich sind, noch läßt sich - viel weniger - in Begriffen von großer Abstraktionshöhe die Lösung für eine Vielzahl nicht völlig deckungsgleicher Sachverhalte verschlüsseln.“ Besonders eigenwillig hat dies zuletzt Eugen Bucher, Rechtsüberlieferung und heutiges Recht, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEUP)* 8 (2000), 394 ff. als Prämisse für eine umfängliche Begründung der „Rechtsüberlieferung“ als Rechtsquelle ausgeführt: dem Gesetz sollen nur jene Schlussfolgerungen zugerechnet werden, „die sich unmittelbar aus dessen Textverständnis“ durch Auslegung ergeben. Da nun der Gesetzestext das Ergebnis „resümierender Abstraktion“ ist, können Kodifikationen von vornherein keinen „juristisch-präzisen Text“ liefern (S. 405). Die „Masse der Lücken“ wird so als „unendlich“ dem endlichen „kodifikatorisch erfassten Normbereich“ (S. 403, Fn. 9) gegenübergestellt. Auf einen Nenner gebracht: Die Kodifikation sei „unendlich lückenhaft“, weil sich nicht alle potentiellen „Einzelfälle“ explizit dem „Textverständnis“ der Kodifikation entnehmen lassen. Aber Bucher selbst nimmt das nicht wirklich ernst, wenn er später konstatiert, daß an Hand des Kodifikationstextes eine „nicht zu überschauende, unendliche Vielzahl“ von Fragen beantwortet werden (S. 447).

³⁸ *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814

³⁹ Vor allem „Im juristischen Begriffshimmel“, in: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884, 245 ff.

⁴⁰ Deutlich zuletzt Christian v. Bar, A New Jus Commune Europaeum and the Importance of the Common Law, in: Basil S. Markesinis (ed.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, 2000, 67/69: „With only little overstatement, it can be said that the common law set the methodological example followed by post-war comparative law.“

⁴¹ Prototypisch souverän insoweit immer noch Werner Flume's Vorwort zur 4. Auflage (1992) seines Lehrbuchs zum Rechtsgeschäft (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2), wo er konstatiert, daß sich seit der Voraufgabe (1979) „nichts ergeben“ hätte, „was eine Neubearbeitung erfordern würde.“ Die Beurteilung aktueller wissenschaftlicher Publikationspraxis sei dem Leser anheimgestellt. Für die Gesetzgebung ist der beklagenswerte Zustand jedenfalls offenbar: „Wir haben es aufgegeben“, so wird offen zugestanden „Gesetze mit Beständigkeits- oder Nachhaltigkeitsanspruch wie das BGB zu schaffen. Wir produzieren – so heißt es wörtlich – ‚Wegwerfgesetze‘.“ (vgl. Hans Herrmann Seiler, oben Fn. 12, S. 110, mit dem kennzeichnenden Fazit: „Man senkt den Qualitätsmaßstab und schafft - strafrechtlich gesprochen – mit dolus indirectus oder mindestens mit bewußter Fahrlässigkeit mangelhafte Gesetze“).

Kommentierungsleuchte gleichsam in die Hand zwingt. Die wissenschaftliche Frustration bei den Diadochen ist nicht etwa vor allem deshalb verständlich, weil die geistige Höhe und inhaltliche Tiefe des Buches von den schier unerreichbaren Giganten der Pandektistik (*Savigny, Puchta, Jhering*) in Stoff und Form vorbereitet und von den Besten der Zeit (*Planck, v. Thur, Windscheid usw.*) im Bewusstsein einer wissenschaftlichen Idee und Aufgabe in zweiundzwanzig Jahren asketischer Redaktionsarbeit mit Akribie und Präzision abschließend formuliert wurde.⁴² Die Frustration ist nicht etwa vor allem deshalb verständlich, weil es für die eigenen „wissenschaftlichen“ Erfolgserlebnisse und die eigene Selbstdarstellung mühsam und riskant ist, erst den Rechtsstoff in seiner Fülle, Komplexität und Tiefe völlig zu durchdringen, bevor ernstzunehmende neue Erkenntnisse sich formulieren lassen („Ach Gott! Die Kunst ist lang; Und kurz ist unser Leben“). Nein, die Armseligkeit des eigenen Daseins und der verbleibenden wissenschaftlichen Aufgabe ergreift die Hermeneutik, wenn das, was *Jhering* einst bei der Beschreibung der „Aufgabe“ dogmatischer Rechtswissenschaft als die weite Philosophie praktischer Jurisprudenz glorifizierte,⁴³ fortfällt oder nur noch gering geachtet wird. Die *Entphilosophisierung* und *Enthistorisierung* des Zivilrechts führte geradezu zwangsläufig zu zweierlei: Zur *panta rei - Soziologisierung* in der Prämisse vom ewigen Wandel und der Unsinnigkeit gesetzten Rechts, sowie einer immer langweiligeren *Dogmatisierung* in konstruierten Prämissen und blutleeren Syllogismen.⁴⁴

Kurz: Wo der Glaube an die einzig noch Sinn und Erlösung verheißende wissenschaftliche Aufgabe allmählich zum Gemeingut wird, da wird er sich nicht nur die methodisch-dogmatischen Voraussetzungen schaffen, sondern dann läßt auch die Verheißung selbst nicht lange mehr auf sich warten: die „Entdeckung“ von Gesetzeslücken. Es ist in diesem Sinne symptomatisch, daß eine Zeit, in der auch diese Aufgabe zweifelhaft geworden ist, geradezu als Ritual der Selbstvergewisserung immer wieder neu „juristische Entdeckungen“ als Glaubensbekenntnis ihrer Wissenschaftlichkeit feiern muß.⁴⁵ Die letzte Konsequenz des Lückendogmas liegt mittlerweile jedenfalls auf offener Hand: schleichende aber totale Verrechtlichung des gesellschaftlichen Lebens.⁴⁶ Recht hört auf, lediglich „ethisches Minimum“ zu sein; denn es gibt kein schlicht sozial adäquates Verhalten mehr, sondern jeder „soziale Kontakt“ wird notwendig zum rechtlich relevanten Kontakt, wenn nur ein klagendes „Opfer“ ins Spiel kommt. Gerade aber der Opferstatus ist derzeit der verbreitetste.⁴⁷ Der Abschied vom *casus* führt so zur unendlichen Kasuistik.

⁴² „Niemals, denke ich, ist so viel an erstrangiger geistiger Kraft in einen Akt der Gesetzgebung gesteckt worden.“, so das Urteil eines „erstrangigen“ zeitgenössischen englischen Kollegen: Frederic W. Maitland, *The Making of the German Civil Code*, in: H.A.L. Fisher (Hrsg.), *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, Bd. III, 1911, 474/484 (zitiert bei Reinhard Zimmermann, Fn. 2, 2). Zum internationalen Rang jedenfalls der deutschen Pandektistik vgl. nur Matthias Reimann, *Historische Schule und Common Law*, insbes. S. 103 ff. Es ist hingegen ein vor allem trauriges Zeugnis politischer Schönrederei, wenn die (Ex-)Justizministerin das aktuelle Elabarat wahlkämpferisch selbst als nämliche Meisterleistung feiert: „Das neue Schuldrecht hat schon heute den internationalen Ruf, ein Musterbeispiel für ein modernes Zivilrecht zu sein. Das verwundert nicht, baut es doch auf den mittlerweile jahrzehntelangen Diskussionen der Zivilrechtswissenschaft im Rahmen der Schuldrechtskommission, auf den Vorarbeiten nationaler und internationaler Experten und auf einer bisher beispiellos guten intensiven Beratung von Wissenschaft, Politik und Praxis auf.“ (Herta Däubler-Gmelin, Für eine zukunftsfähige Rechtsordnung, ZRP 2002, 357)

⁴³ Rudolf v. Jhering, *Unsere Aufgabe, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* (später nur kurz „Jherings-Jahrbücher“) 1 (1857), 1 ff, insbes. S. 19 f.

⁴⁴ Überhaupt wäre es eine interessante Aufgabe, die wissenschaftssoziologische Wechselwirkung zwischen dem Glauben und der Hingabe an eine Rechtsidee auf der einen und den Ergebnissen in der Rechtsdogmatik auf der anderen Seite genauer zu beschreiben. Es ist sicher kein Zufall, dass „mit den Klassikern verglichen fast alle diese Rechtserneuerer als Rechtsdogmatiker zu den ‚Kleinen‘ zählen.“ (Luigi Lombardi Vallauri, *Geschichte des Freirechts*, 1967, 33). Die ‚Bodenhaftung‘ ging mehr und mehr dadurch verloren, dass die einen dem unerquicklichen („Kultus des Logischen“) und unergiebigem Geschäft „Rechtsdogmatik“ („hermeneutische Kommentierungsleuchte“) in die abgehobenen Sphären der Rechtstheorie und Rechtssoziologie entflohen, während den Verbliebenen bei diesem Geschäft die notwendigen, weil befruchtenden Impulse aus der Gesamtschau und den Grundlagen des Rechts immer mehr abhanden kamen. Eine Belebung setzte dann vor allem mit dem verschärften „Kultus der Rechtsvergleichung“ ein: Jede dogmatische Figur aus Übersee konnte nun als dogmatische Inspiration gefeiert werden. Die eigene Rechtstradition wird egalisiert, und das obwohl man gerade vorgibt, im Rahmen der europäischen Rechtsvereinheitlichung eine eigene starke Position einzubringen (Welche war das noch gleich?).

⁴⁵ Zuletzt Thomas Hoeren (Hrsg.), *Zivilrechtliche Entdecker*, 2001.

⁴⁶ Hierzu nur Wolfgang Zöllner, *Die Privatrechtsgesellschaft im Gesetzes- und Richterstaat*, 1996; Graf-Peter Callies, *Prozedurales Recht*, 1999, 60 ff. jeweils m.w.N.

⁴⁷ Treffend schon Wolfgang Grunsky, *AcP* 183 (1983), 326: „Der ‚Marsch ins Selbstmitleid‘ ist in vollem Gange“. Grundsätzlich hierzu die eindringliche Analyse der allgemeinen Opfermentalität bei Pascal Bruckner, *Ich leide also bin ich: Die Krankheit der Moderne*, 1997. Vgl. Adolf Laufs, *Unglück und Unrecht: Ausbau oder Preisgabe des Haftungssystems*, 1994; Heinz-Peter Mansel, Eigen- und Fremdverantwortung im Haftungsrecht, in: *Festschrift für Dieter Henrich* 2000, 424 ff. Kulturhistorisch lässt sich das Phänomen durchaus als Auswuchs moderner Säkularisation deuten: Zunächst ist es eine allgemein geübte Form religiöser Sinndeutung, erlittenes Unglück als (göttliche) ‚Strafe‘ für eigene oder entfernte (Sippenhaft)

Sollte es wirklich ein bloß sprachlicher Zufall sein, daß die moderne Haftung für *culpa in contrahendo* schließlich in der einfallsreichen „Lehre vom sozialen Kontakt“⁴⁸ eine ratlose Begründung fand? Oder daß die lückenausfüllende „dritte Haftungsspur“ zwischen Vertrag und Delikt vorsichtshalber gleich auf ein Phänomen rekurriert, das die Basis letztlich jeglicher menschlichen Handlung und mithin auch jeglicher sozialen Interaktion ist: „Vertrauen“?⁴⁹ Ich glaube nein: Die Hybris moderner Rechtsschöpfung wird erst durch Sprachverwässerungen in einer „Rechtsethik“ verschleiert, bei der der ganze historische und philosophische Ballast ethischer und dogmatischer Diskurse mittels der Entdeckung „rechtsethischer Prinzipien“ leicht abgehängt wird,⁵⁰ und sie offenbart sich endlich ganz naiv in dem Satz: „Mit Moral hat das nichts zu tun, mit Gerechtigkeit sehr viel.“⁵¹ Es gibt keinen Freiraum („Lücken“) für individuelle Moral mehr, den das Recht nach herkömmlicher liberaler Vorstellung schützen könnte. Moral wird mittels der alles zerschmetternden rhetorischen Keule „totaler Gerechtigkeit“ juristisch verordnet und Freiheit verbleibt als „Einsicht in die Notwendigkeit“. Die letzten Lücken („Freiräume“) individueller Moral werden von den wachsamen Augen juristischer „Entdecker“ mit Recht aufgefüllt. Scharfsichtig konstatierte schon Karl Bergbohm, daß die behauptete Lücke regelmäßig „in dem nach Recht Forschenden, nicht im Recht“ selbst liegt.⁵²

Doch Ursachen beiseite: In der Sache sind die zwei Probleme einer Kodifikation strikt auseinander zu halten. Das inhaltliche Problem ist vom formellen Problem zu unterscheiden. Denn „ob“ alle rechtlich relevanten Fallkonstellationen in einer Kodifikation erfaßt sind, ist nicht primär ein Problem beschränkter Begrifflichkeit und Ausdrucksmöglichkeit, sondern allenfalls und allein ein Problem beschränkter „gesetzgeberischer Voraussicht“ für das, was Recht sein sollte ... im Einzelfall. Genau dieses Problem ist aber bekanntlich lösbar, indem der zu regelnde Rechtsbereich mit genügend weiter Begrifflichkeit formuliert wird. So wäre die ‚Kodifikation‘ des Schuldrechts mit einer einzigen Generalklausel durchaus denkbar. Diese einzige Vorschrift müßte nach dem heutigen Stand von Rechtsprechung und Wissenschaft etwa so lauten:

„Wer sich nicht angemessen und zumutbar rücksichtsvoll gegenüber den Rechten, Rechtsgütern und Interessen anderer verhält, hat nach Treu und Glauben den Schaden zu ersetzen, den der in seinem berechtigten Vertrauen Enttäuschte hierdurch erleidet.“

Läßt sich jetzt noch ein Fall denken, der nicht unter diese Vorschrift zu ‚subsumieren‘ wäre? Man mag hier die ganze Entscheidungssammlung des BGH durchforsten oder einen Preis für den abstrusesten Phantasiefall ausloben, an der Omniscienz einer solchen ‚Kodifikation‘ läßt sich schwerlich rütteln: weitere „zivilrechtliche Entdeckungen“ leider ausgeschlossen.

Verfehlungen zu begreifen; nach Theodizee-Problem (Gibt es sinnloses Leiden?, klassisch behandelt im Buch *Hiob* und in der Neuzeit von Leibniz, *Die Theodizee von der Güte Gottes, der Freiheit des Menschen und dem Ursprung des Übels*, 1747) und Aufklärung blieb zunächst der nackte Blick auf das eigene Selbst, die eigene Freiheit und die damit einhergehende Selbstverantwortung. Während die Freiheit als positive Seite der Medaille von allen begehrt und als suggestiver oberster Wert der Moderne inthronisiert wurde, wird die unangenehme Zwillingschwester „Verantwortung“ wo es nur immer geht geleugnet und anderen zugeschoben. Der abstruseste und imaginierteste Kausalbeitrag „der anderen“ genügt, sich selbst als Opfer zu sehen. Die aktuelle Rechtsentwicklung folgt diesem psychologischen Fatalismus, indem aus sozialen Gesichtspunkten heraus ein neues ‚quasireligiöses‘ Sündenbockritual zelebriert wird: der vermeintlich „Stärkere“ wird für nachteilige Entscheidungen des vermeintlich „Schwächeren“ verantwortlich gemacht.

⁴⁸ Prägend Hans Döle, Außergesetzliche Schutzpflichten, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (ZStW)* 103 (1943), 67 ff.; und zuletzt Wolfgang Däubler, *NJW* 2001, 3729/3733.

⁴⁹ Vgl. die ausführliche Kritik zu diesen Begründungsansätzen bei Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung „zwischen“ Vertrag und Delikt, *AcP* 183 (1983), 369/410 ff.; und die Verteidigung zuletzt bei Claus-Wilhelm Canaris, (*Festgabe BGH*, Fn. 24), 129/191 ff.

⁵⁰ Vgl. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl. (1991), 421 ff. „Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip“: „Was Döle eine ‚juristische Entdeckung‘ genannt hat, ist wohl nichts anderes als die erstmalige Formulierung eines solchen Prinzips“.

⁵¹ So die schlagende Quintessenz zum geplanten „Antidiskriminierungsrecht“ bei Susanne Baer, „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtlich fundierte Rechtsetzung, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)*, 2002, 290/294.

⁵² *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Kritische Abhandlungen*, Bd. 1 (1892), 382; vgl. auch Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, 100 ff./101: „Die sogenannte ‚Lücke‘ ist somit nichts anderes als die Differenz zwischen dem positiven Recht und einer für besser, gerechter, richtiger gehaltenen Ordnung. Nur dadurch, daß man eine solche an die positive heranbringt und so an diesen Mängel feststellt, kann so etwas wie eine Lücke behauptet werden.“; und in diesem Sinne auch Hans-Joachim Koch/Helmut Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, 254: „Genau betrachtet ist ‚Lücke‘ ein zweistelliger Relationsbegriff, der mit der Einsetzung von Gesetz auf der einen Seite noch gar nicht verständlich ist. Es bedarf der Einsetzung einer zum Vergleich herangezogenen Ordnung auf der anderen Seite ...“

Daß hiermit alle Verstöße gegen das Verbot des „*neminem laedere*“ erfaßt sind, leuchtet unmittelbar ein. Erfaßt werden aber auch alle individuell vereinbarten vertraglichen Pflichten. Oder ist ein Verstoß gegen den Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ etwa keine Rücksichtslosigkeit gegenüber den Interessen des auf die Erfüllung vertrauenden Vertragspartners? Bedenken mögen sich regen mit Blick auf die Rechtsfolge. Hier könnte sich der Einwand erheben, unser modernisiertes BGB sei doch noch vollständiger; denn es kennt immerhin auch Erfüllungsansprüche. Das ist auf den ersten Blick wohl wahr. Jedoch kennt auch das gute alte Zivilrecht einen Erfüllungsanspruch nur der zivilrechtlichen Theorie nach; das Recht der Zwangsvollstreckung lehrt da anderes: die „specific performance“ ist auch im deutschen Recht der praktisch seltene Sonderfall.⁵³ Die Einklauselkodifikation ist also sogar transparenter, ehrlicher und mit rechtsvergleichendem Blick ist sie insoweit auch sehr viel kompatibler. Im Übrigen kann der Schaden sich natürlich auf die Erfüllung beziehen, durch diese ausgeglichen werden (Naturalrestitution) oder aber deutlich über das Interesse an derselben hinausgehen - je nach der Fokussierung des Vertrauens und der Interessenlage im Einzelfall. Wenn nach allgemeiner Ansicht schon der Vertrag an sich ein Schaden sein kann,⁵⁴ so wird man dies für die Nichterfüllung ebenso wenig leugnen dürfen wie für den Nicht-zustande-gekommenen-Vertrag. Aber alle diese gewollten Kategorien und Konstruktionen sind bei jener Einklauselkodifikation endlich überflüssig. Welch ein Sieg des Freirechts und der Einzelfallgerechtigkeit: Der Richter allein entscheidet über die Anspruchsvoraussetzungen und über die angemessene Rechtsfolge ... im Einzelfall.

Wissenschaftlich mag immerhin zugegeben werden, daß es vielleicht lohnte, noch trefflich darüber zu streiten, ob die hier in Vorschlag gebrachte Klausel mittels eines Zusatzes modifiziert werden sollte, ob und wann dem Enttäuschten ein Anspruch auf den Vertrauensschaden (Vertrauensinteresse) oder die Vertrauensentsprechung (Erfüllungsinteresse) einzuräumen ist. Um Streitigkeiten von vornherein auszuräumen, wäre vielleicht auch erwägenswert, ob es nicht lohnte, den Inhalt der Einklauselkodifikation durch einen Wandel in eine Zweiklauselkodifikation etwas zu konkretisieren: In der ersten Klausel wären die Ansprüche auf Erfüllung und in der zweiten die auf Ersatz von Schäden präzisiert. Vielleicht wäre es darüber hinaus auch gar sinnvoll, die schutzwürdigen Interessen im sozialen Verkehr und die daraus folgenden Rücksichtnahmepflichten und Vertrauenstatbestände in konkreten Schuldverhältnissen zu präzisieren? Man könnte dann sogar einen besonderen und einen allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse bilden und so zu differenzierten Rechten und Pflichten der Parteien und differenziert angemessenen Rechtsfolgen gelangen ...

Aber wo kommen wir denn dann hin? So eine Kodifikation ähnelte doch zu sehr der, die wir gerade hatten, und die war bekanntlich ausgesprochen lückenhaft. Wo immer man beginnt zu differenzieren, beginnt man auch zu selektieren. Definieren heißt bekanntlich nicht nur eingrenzen, sondern auch ausgrenzen. Das führte nur wieder zu ehrgeizigem Entdeckungsfieber und dogmatischem Streit, ob eine Lücke wirklich vorliegt oder nicht und ob sie gegebenenfalls mittels Analogie zu schließen oder mittels Umkehrschluß als solche zu belassen ist.

Was spricht dann aber gegen jene ‚Einklauselkodifikation‘? Die fehlende Transparenz? Vielleicht. Doch wäre nicht schon viel gewonnen, wenn wenigstens die Intransparenz des Rechts transparent wird? Wie viel klarer ist der allein stehende Satz: „*Seid rücksichtsvoll!*“ gegenüber den Bibliotheken an Kasuistik, Kommentierungs- und Konstruktionsliteratur, in denen die Rücksichtspflichten spezifiziert sein sollen? Nein, der entscheidende Punkt ist ein anderer:

Die Generalklausel ist nämlich entweder Herausforderung oder sie ist das Ende von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Sie ist Herausforderung, wenn es darum geht, den

⁵³ Die Durchsetzung eines Primäranspruches ist weder bei vertretbaren (vgl. § 887 ZPO) noch bei unvertretbaren (vgl. § 888 III ZPO) Handlungen erzwingbar. Neben den Zahlungsansprüchen sind mithin lediglich Herausgabeansprüche dem theoretischen Anspruch nach durchsetzbar, praktisch aber auch nur bei Liegenschaften; hierzu ausführlich demnächst Jörg Benedict, *Zwangsvollstreckung. Graue Theorie und grausame Praxis*; zum Vergleich mit der Problematik im Common Law nur Zweigert/Kötz, *Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, 477 ff.

⁵⁴ Die Ansicht, daß aufgrund eines „etwas naiv verstandenen § 249 qua Naturalrestitution die Aufhebung eines Vertrages aus c.i.c. verlangt werden kann“, wird offenbar lediglich noch von Manfred Lieb in Zweifel gezogen (vgl. dens. in: Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring, Fn.2, 141).

bisher nur in groben Konturen umschriebenen Rechtsbereich der Generalklausel zu präzisieren. Und sie ist das Ende, wenn sie das willenlose Ziel unendlicher Abstraktion der Rechtsverhältnisse ist. Eine Rechtswissenschaft, die nur noch Sätze aufstellt, die in ihrer Allgemeinheit weder greifbar noch falsifizierbar sind, hört ebenso auf Wissenschaft zu sein, wie ein Gesetzgeber aufhört Gesetzgeber zu sein, wenn er die maßgeblichen Interessenkonflikte nicht mehr entscheidet, sondern mit vieldeutigen Formeln zukleistert. Es ist schon eine merkwürdige Ironie, wenn die Programmschrift des Freirechts ausgerechnet als „*Kampf um die Rechtswissenschaft*“ firmierte. Denn die Delegation der Rechtsfindung an den Richter im Einzelfall ist nichts anderes als eine Suspendierung der Rechtswissenschaft von ihrem Beruf und ihrer Verantwortung für das Recht – in jedem Einzelfall.

Damit die „Wertlosigkeit der Jurisprudenz“ also nicht allzu augenfällig werde, ist es in der Tat viel besser, man lasse methodologisch alles beim Alten und schreibe noch eine Vielzahl kleinerer, sich sicherheitshalber inhaltlich überschneidender Generalklauseln ins Gesetz. So vermeidet man nicht nur die suspendierende Simplität der ‚Einklauselkodifikation‘, sondern auch ein konsistentes System an Rechtsregeln. Im Interesse einer umfassenden ‚Lückenlosigkeit‘ bewahrt sich der Reiz dogmatischer Rabulistiken bei ungeklärten Abgrenzungs- und Konkurrenzproblemen einzelner Institute und Regelungen.

Die methodologische Phantasie ist dabei doppelt herausgefordert, weil man einerseits als ‚Willen des Gesetzgebers‘ „im Grunde nur noch den erkennen [kann], wiedergewählt zu werden“⁵⁵ und weil andererseits der hermeneutische Spielraum noch durch die Vielgestaltigkeit neuer ‚Rechtsquellen‘ erweitert wurde: Das neue Schuldrecht ist in seiner Grundstruktur am UN-Kaufrecht (CISG), den „Principles of European Contract Law“ der sog. Lando-Kommission und den „Principles of International Commercial Contracts“ (Unidroit-Prinzipien) angelehnt, es basiert auf der Umsetzung einer Vielzahl verschiedenster EG-Richtlinien, die als „doppelter Boden“ für die sog. „richtlinienkonforme Auslegung“ und „Vorlagepflichten“ zum EuGH ebenso präsent sind, wie natürlich auch das europäische Primärrecht. Und neben alles tritt die „Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte“. Der Methodenanarchismus im „Anything goes“ eines *Paul Feyerabend*⁵⁶ zelebriert im aktuellen Zivilrecht permanenten Feiertag. Alles läuft auf Dezisionismus und die Frage hinaus: „Who is the final arbiter?“⁵⁷

Das zentrale Problem lückenfüllender Methodologie ist dabei aber gar nicht die neue Vielgestaltigkeit juristischer Konstruktions- und Argumentationsmöglichkeiten, sondern die Variabilität schon des klassischen Methodenkanons ... im Einzelfall. Nur ein augenfälliges Beispiel zur modernen Flexibilität der an sich unumstrittenen Regel „*lex specialis derogat legi generali*“: Einst war der Satz „*pacta sunt servanda*“ ein klar definierter Grundsatz. Wenn ein Vertrag endlich zustande gekommen war, so konnte ein „Motivirrtum“ im Interesse des Verkehrs- und Vertrauensschutzes insbesondere nur dann noch beachtlich werden, wenn der Irrtum durch Drohung oder Täuschung der anderen Seite vorsätzlich gesetzt war. So steht es noch heute in § 123 BGB. Unter Geltung der §§ 280, 241 II, 311 II, III, 276 BGB n.F. „*kann*“ sich jedoch jeder „Motivirrtum“ in „schutzwürdiges Vertrauen“ wandeln. Eine kleine rhetorische Wendung mit großer Wirkung: Jeder Teil haftet jetzt für leichte Erklärungsfahrlässigkeit (*culpa levis*) und wird – wenn er meinte durch Schweigen sich der Haftungsgefahr zu entziehen – im Zweifel über die *ex post* Konstruktion von Aufklärungspflichtverletzungen zum Garanten für die Motive der anderen Seite. Soviel Hinterlist konnte sich nicht einmal der „Entdecker“ der *culpa in contrahendo* für grobe Fahrlässigkeit (*culpa lata*) vorstellen:

„Wohin würde es führen, wenn Jemand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen *dolus*, auch wegen *culpa lata* in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Äußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, ... kurz, alles und jedes würde bei vorhandener *culpa lata* trotz aller *bona fides* zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichten, und die *act. de dolo* würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs

⁵⁵ Götz Schulze, Grundfragen zum Umgang mit modernisiertem Schuldrecht – Wandel oder Umbruch im Methodenverständnis?, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001, S. 167/178.

⁵⁶ *Wider den Methodenzwang: Skizze einer anarchistischen Erkenntnistheorie*, 1976

⁵⁷ Zu den damit verbundenen Problemen bei der Rechtsfindung, unten Fn. 96 und Text; grundsätzlich zur Letztentscheidungskompetenz: Matthias Kumm, Who is the final arbiter of constitutionality in Europe, *Common Market Law Review*, 36 (1999), 351 ff.

und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick.“⁵⁸

Heute wissen wir immerhin wohin das führt: „death of contract“. Auf dogmatischer Ebene wird so der oben angesprochene inhaltliche Konflikt zwischen 19. und 20. Jh. durch die Konkurrenz inkompatibler Rechtssätze ausgetragen. Und dieser Konflikt wird durch die abstrakte Weite der gegenläufigen *lex generalis* kaschiert, die dann von Fall zu Fall ganz freimütig die verbliebenen „*legi speciali*“ derogiert. Das Problem der Kodifikation BGB war eben zu keiner Zeit wirklich eine vermeintliche Lückenhaftigkeit, sondern vorrangig eine inhaltliche Unzufriedenheit bei den hermeneutischen Interpreten. Über Inhalte und das „richtige Recht“ mag man denn ja auch getrost streiten. Das Eingreifen des Gesetzgebers ist aber doch nur dann legitim, wenn dieser den Streit tatsächlich entscheidet.

Das Problem der aktuellen ‚Kodifikation‘ ist jedenfalls dank Generalklauseln und Methodenpluralismus nicht ‚mehr‘ die inhaltliche Lückenhaftigkeit, sondern die inhaltliche Widersprüchlichkeit ihrer Regelungen. Oder um noch einmal Jhering zu zitieren: die offene Konkurrenz und Widersprüchlichkeit der Normen bedeutet nichts anderes als „*in anderer Form dasselbe geben, was man in der einen versagte*.“⁵⁹ Wann aber das eine und wann das andere der Fall ist, hängt ab allein vom ... Einzelfall. Die zum Gewohnheitsrecht erstarkte Volksweisheit „zwei Juristen, drei Meinungen“ wurde sicherheitshalber in entsprechend variablen „Anspruchsgrundlagen“ ohne „Methodenzwang“ kodifiziert. Alles läuft auf Pflichtverletzungen der einen oder eben der anderen Seite hinaus. Und so kann sich jede Ansicht in der neuen Kodifikation wiederfinden - nur eine nicht: die noch redet von dem „Blick ins Gesetz“, der angeblich die „Rechtskenntnis fördert“. Allein noch der letztinstanzliche Richter findet die richtige Konstruktion als „*Ergebnis - ihres Ergebnisses*“⁶⁰ im ... Einzelfall.

B. Publizität und Transparenz?

Spricht also das Lückenargument im Interesse juristischer ABM eine deutliche Sprache für Generalklausulitis und Konstruktion, so bleibt nur noch - man muß es schon fast schamhaft ausdrücken - der schale Hinweis auf die Rechtssicherheit. Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, keiner hat diesen Gesichtspunkt mit Blick auf die Wohlfahrt des Gemeinwesens wohl besser auf den Punkt gebracht als seinerzeit *Friedrich der Große* in einer Cabinetsordre von 1780:

„Wenn ich ... meinen Endzweck ... erlange, so werden freylich viele Rechtsgelehrten bey der Simplifikation dieser Sache ihr geheimnißvolles Ansehen verlieren, um ihren ganzen Subtilitäten-Kram gebracht, und das ganze Corps der bisherigen Advokaten unnütz werden. Allein ich werde dagegen ... desto mehr geschickte Kaufleute, Fabrikanten und Künstler gewärtigen können, von welchen sich der Staat mehr Nutzen zu versprechen hat.“⁶¹

Mag man auch die wirkmächtige (und berechtigte!⁶²) Aversion Friedrichs gegen Juristen immer mit bedenken, der aufklärerische Gedanke, der hier eindringlich zum Ausdruck kommt, läßt sich weder in seiner Aktualität (ist nicht diese Aversion heute *vox populi*?⁶³) noch in seiner grundsätzlichen Werthaltigkeit ernsthaft leugnen. Hinzu tritt ein zweites: „Denn im

⁵⁸ R. v. Jhering, *Culpa in Contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, *Jherings Jahrbücher* 4 (1861), 12 f.

⁵⁹ *Jherings Jahrbücher* 4 (1861), 18.

⁶⁰ Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. Aufl. (1964), 166. Das Original findet sich bei Hermann Kantorowicz, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, S. 22: Die juristische Konstruktion „ist nämlich nichts als der Nachweis, daß nur die Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe die *gewollten* Rechtsfolgen gewährt, so daß die Konstruktion die Konsequenz ihrer eigenen Konsequenzen ist.“

⁶¹ Zitiert bei Friedrich Carl v. Savigny, (Fn. 38), 88, Fn. 1.

⁶² Zu der bisher doch sehr einseitigen Interpretation des Eingriffs in den Prozess des Müllers Arnold durch den preußischen König unter dem alleinigen Gesichtspunkt „Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit“ deutlich Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, 2. Aufl. 2001, 405 ff.: „Eins jedenfalls ist sicher: Der Meilenstein auf dem Weg zur Unabhängigkeit der Justiz lag ziemlich weit entfernt von Recht und Gerechtigkeit.“

⁶³ Übrigens auch im ‚vorbildlichen‘ Amerika, wo das Ansehen der Juristen sehr niedrig, Juristenwitze hingegen hoch im Kurs stehen: „Q: What are five lawyers at the bottom of the sea? A: A good start.“; vgl. Richard A. Epstein, *Simple Rules for a Complex World*, 1995, S. 1 ff.: „Too Many Lawyers, Too Much Law“.

Grundgesetz steht, alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Also muß das Volk auch kontrollieren können. Es kann aber nicht kontrollieren, wenn es nicht verstehen kann. Und die Justiz ist eine Staatsgewalt. Das Demokratiegebot bedeutet für das Recht ein *Verständlichkeitsgebot*.⁶⁴

Und dennoch: selbst die letzten Streiter für die Kodifikationsidee zählen den Gedanken der „Publizität des Rechts“ zu ihren „überholten geschichtlichen Grundlagen“. ⁶⁵ „Die Welt ist ein Chaos“, so geht die Metapher, „machen wir daraus nicht die Illusion einer Idylle, die im Frieden einer für alle verständlichen Legalität badet.“⁶⁶

Dazu wäre einiges zu erinnern: rechtstheoretisches, rechtsphilosophisches, rechtsgeschichtliches und neuerdings vor allem linguistisches.⁶⁷ Interessant ist im vorliegenden Zusammenhang aber vor allem ein rechtssoziologischer Gesichtspunkt. Denn es ist genau betrachtet doch nur ein sehr vordergründiges Argument: „das Recht sei gar nicht mehr erfaßbar und einfach darstellbar.“ Das Recht ist schon noch erfassbar, und genau das führt dazu, daß diejenigen, die es erfassen, es sich auch zu Nutze machen. Das gilt nicht nur für die Materie, die für den Deutschen zur intellektuellen Lieblingsbeschäftigung kurz nach „Wer wird Millionär?“ geworden ist, obwohl alle die Intransparenz des Steuerrechts schelten. Die „*Rationalisierung von Verhaltenserwartungen*“ durch publiziertes Recht ist nicht nur abstruse Theorie, die auf der Basis des anglo-amerikanischen „Behaviorismus“ in der Vorstellung vollständiger rechtlicher Determinierbarkeit menschlichen Verhaltens bei Theoretikern der „ökonomischen Analyse“ ihre aktuelle rechtswissenschaftliche Moderne feiert, sondern sie provoziert tatsächlich empirisch nachweisbar die merkwürdigsten und kompliziertesten rechtlichen Gestaltungen. Aus dem Wirtschafts- und Steuerrecht ist die Problematik der „Umgehungsgeschäfte“ hinreichend bekannt.⁶⁸ Dort ist ohne Spitzenjuristen in der Tat kein Blumentopf mehr zu gewinnen. Es gibt keinen besseren Nährboden für „gute Juristen“ als das komplizierte, unüberschaubare und unverständliche Recht. Es ist der Markt der „Expertise“ und der Gutachten. Egal ob es gilt, den Gewinn steuerfrei auf den „Cayman-Islands“ einzufahren oder dem EuGH die Flucht vor dem heimischen Gesellschaftsrecht als Ausübung rechtlich geschützter Freiheit plausibel zu machen,⁶⁹ immer gilt es, „auf überraschende Weise Sachverhalte von der Anwendung bestimmter Normen ausnehmen und Konstruktionen finden, um bestimmte Konsequenzen zu erreichen oder zu vermeiden ... Die kunstgerechte juristische Konstruktion von Sachverhalten bewegt sich auf der kaum zu bestimmenden Linie, welche die Gesetzesumgehung und die Gesetzesbeugung von der Rechtsbefolgung trennt.“⁷⁰ Dieses Phänomen ist denn auch als die „*bad man theory*“ in der angelsächsischen Diskussion nicht wirklich unbekannt.⁷¹ Und es ist sicherlich kein Zufall, daß

⁶⁴ So der moderne ‚Populismus‘ bei Uwe Wesel, Selbstverständlich, *Rechtshistorisches Journal* (RJ) 20 (2001), 727/729; ders., *Fast alles was Recht ist*, 1991, S. 36; Peter Häberle, Das Verständnis des Rechts als Problem des Verfassungsstaates, RJ 20 (2001), 601: „Der Bürger muß seine Grundrechte wahrnehmen und die Demokratie verstehen können.“; vgl. auch Wolfgang Däubler, Recht für den Bürger?, NJW 2000, 2250; auf etwas abstrakterer Ebene Daniel Oliver-Lalana, Die kommunikative Bedingtheit des Rechts, ARSP 87 (2001), 542/553: „Nicht rechtlich genehmigte Geheimnisse können kein Recht sein ... Die Kommunikation ist heutzutage dazu berufen, und dies sollte unbedingt für demokratische Rechtssysteme gelten, den Maßstab der Qualität des Rechts schlechthin zu bilden. Genau darin liegt das Vermächtnis der Aufklärung: Nicht im Panzerschrank, sondern ‚im Lichte‘ entfaltet sich das Recht (Carl von Rottek).“ Und zuletzt bemerkte auch Paul Kirchhof zur rechtsstaatlichen Geltungsbedingung von Gesetzen: „Grundsätzlich soll das Gesetz so verfasst sein, dass die Aussage und der Geltungsgrund eines Rechtssatzes für alle Sprachfähigen in derselben Bedeutung verstanden werden kann.“ (Sprachstil und System als Geltungsbedingung des Gesetzes, NJW 2002, 2760).

⁶⁵ Karsten Schmidt, (Fn. 36), 35 ff.: „Nur auf der Ebene des Trivialen - etwa der Straßenverkehrsordnung - ist das aufklärerische Publizitätsmodell als Bestandteil der Rechtswirklichkeit akzeptabel.“ (37). An anderer Stelle räumt er dann aber doch ein, daß kodifiziertes Recht „als Mittel der Generalisierung und *Rationalisierung von Verhaltenserwartungen* ... in einer komplizierten Gesellschaftsordnung nicht deplaziert, sondern nur noch mehr vonnöten“ sei (43).

⁶⁶ Beltz, Mehr Literatur wagen!, RJ 20 (2001), 485/489.

⁶⁷ Zur Frage der ‚Verständlichkeit‘ von Recht und Gesetz zuletzt die teils unterhaltsamen, teils informativen Essays in der „Arena“ des (leider) letzten Rechtshistorischen Journals (RJ 20 [2001], 479 – 729); und vor allem das Projekt der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften zur Verständlichkeitsforschung „Sprache und Recht“ (www.bbaw.de): „Mit dem Interesse einer Verbesserung der Verständlichkeit von Rechtstexten, erforscht die AG Sprache des Rechts deren Entstehung, Auslegung und Anwendung interdisziplinär und mit empirischen Methoden.“; hierzu etwa: Dietrich/Klein (Hrsg.), Sprache des Rechts, Themenheft der ‚Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik‘, 30 (2000); Ulrike Haß-Zumkehr (Hrsg.), Sprache und Recht, 2002.

⁶⁸ Vgl. nur Arndt Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962; Rudolf Westerhoff, Gesetzesumgehung und Gesetzeserschleichung, 1966; Susanne Sieker, Umgehungsgeschäfte, 2001.

⁶⁹ EuGH, v. 9.3.1999, Rs. C-212/97, *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*

⁷⁰ Alexander Somek, Juristische Expertise, RJ 20 (2001), 698/700.

⁷¹ Vgl. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, 1990; Leo Katz, *Ill-Gotten Gains. Evasion, Blackmail, Fraud, and Kindred Puzzles of the Law*, 1996; Neil Duxbury, Law and Prediction in Realist Jurisprudence, ARSP 87 (2001), 402.

nach allen neuzeitlichen Beschwörungen des ‚guten Menschen‘ die „law and economics“ Schule mit dem „homo oeconomicus“ auch die unangenehme Seite des neo-liberalen Zeitgenossen wieder zu Tage fördert. Statt einer Evolution im Recht also doch die „ständige Wiederkehr des Gleichen“?:

„Die gleiche Zeit, die der klassischen Nationalökonomie den ‚sehr klugen und sehr eigennützigen Menschen‘ zum Ausgangspunkte gab, hat gelehrt, daß der Gesetzgeber sich eben diesen nur aus Klugheit und Eigennutz ohne ein Quentchen Güte zusammengesetzten Menschen als Adressaten seiner Rechtsnormen denken müsse. Aber während die klassische Nationalökonomie sich später einwenden lassen musste, ihre Sätze entsprächen nicht der Wirklichkeit, da die Menschen in der Tat nicht durchweg klug und eigennützig, sondern meist dumm, bequem und gutmütig seien, hat die Gesetzgebung an der Klugheits- und Eigennutzpsychologie ihres Adressaten festhalten können. Denn für sie kam es nicht darauf an, wie der Mensch im Durchschnitt, sondern wie er im schlimmsten Falle ist: so eigennützig, daß er keines fremden Gutes schonte, wären ihm nicht Schranken gesetzt, und so klug, daß er jede Lücke dieser Schranken sofort erkennen würde.“⁷²

Wenn man nun endlich fragt, worauf die Komplexität und Unklarheit jener vom Recht gezogenen „Schranken“ beruht, dann ist der Hinweis auf die Komplexität und Unklarheit auch der damit einhergehenden Freiheit der Verhaltensmöglichkeiten nur die eine Hälfte der Antwort. Ein Teil der anderen wird deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß die Umgehung und der Mißbrauch des Rechts gerade keine Erscheinung lediglich der aktuellen Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse oder etwa der Globalisierung ist, sondern eine feste rechtsgestaltende Größe in der Evolution des Rechts von Beginn an.

Es war zuerst wohl wieder einmal *Rudolf v. Jhering*, der mit der Beschreibung der „*Schleichwege des Lebens*“ eben jenes Phänomen als Ursache der Rechtsfortbildung schon im alten römischen Recht analysierte, weil „*eins der schwierigsten Probleme, die an den Gesetzgeber überhaupt herantreten können, darin besteht, sein Gesetz gegen Umgehungen sicher zu stellen, und daß alle Kunst, die er aufbietet, es zu schützen, derjenigen, die das Leben anwendet, es zu durchlöchern, zu untergraben, zu stürzen, kaum gewachsen ist.*“⁷³ Da dem bis heute so ist, darf man sich getrost darauf verlassen, daß ein guter Teil der Komplexität des Rechts auf eben dieses Phänomen zurückzuführen ist. Was aber bleibt dem Gesetzgeber, wenn er auf der einen Seite müde oder unfähig ist, ständig mit Einzelgesetzen und Novellen die „Schleichwege“ immer wieder transparent zu verstopfen („*tollunt astutias, quatenus manu tenere possunt*“), auf der anderen aber auch den nur vereinzelt Mißbrauch im Interesse der „Einzelfallgerechtigkeit“ nicht tolerieren mag? Richtig: Intransparenz und Delegation des Problems an das richterliche Rechtsgefühl in jedem ... Einzelfall.⁷⁴

Das Problem des Missbrauchs transparenten Rechts wird besonders transparent dort, wo das Recht für jeden sichtbar förmlich und damit auch besonders einfach und klar hervortritt. Paradigmatisch ist hier die bekannte Diskussion um Formnichtigkeit und „Treu und Glauben“.⁷⁵ Eine besondere rechtsgeschäftliche Formvorschrift soll – bei einem Grundstückskauf etwa - eigentlich für Rechtsklarheit und Bedachtsamkeit und mithin Endgültigkeit der Entscheidung sorgen. In dem Moment aber, da die vorgeschriebene Rechtsform nicht gewahrt wird - sei's weil Zahlungen nicht mitbeurkundet werden, man sich mit Handschriftlichem oder dem „Edelmannswort“ begnügt -, erhält der treuwidrige Teil ein Reurecht, weil er sich auf die Nichtigkeit der Vereinbarung berufen kann (§ 125 BGB). Der Nutzen und die offenbare Unbilligkeit dieses Reurechts wurde insbesondere in der Zeit der Inflation ganz augenfällig: die spätere Berufung auf die Formnichtigkeit gewährte dem Verkäufer nach Entwertung des Kaufpreises die Möglichkeit, sich mit der Rückübereignung des zumindest wertkonstanten Grundstücks schadlos zu halten. Das Reichsgericht (RGZ 107, 357 ff.) hat dieser Praxis einen Riegel vorgeschoben; damit aber freilich Verwerfungen

⁷² Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 11. Aufl. (1964), 107 f.

⁷³ *Geist des römischen Rechts*, Bd. 3, 4. Aufl. (1888), 264.

⁷⁴ Lediglich für das Strafrecht ist dieser Weg noch durch Art. 103 II GG versperrt: *nulla poena sine lege* (Zu den Auflösungserscheinungen im politischen Strafrecht aber plastisch Günter Bertram, *NJW* 2002, 111: „Der Gesetzgeber schiebt seiner Justiz ein diffuses und von ihr durchaus unerbetenes Auslegungsermessen zu: nicht aus übermäßigem Vertrauen in die Gerichte, sondern aus eigener Unsicherheit ...“).

⁷⁵ Vgl. nur Werner Flume, *Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl. (1992), 263 ff.; Reinhard Singer, *Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens*, 1993, 86 ff.; und zuletzt BGH, *NJW* 1996, 2503; BGHZ 138, 339.

in der Dogmatik und bis heute nicht befriedigend gelöste Unsicherheiten und Willkürlichkeiten im Einzelfall provoziert.

Die Option eines Reurechts aufgrund gesetzlichen Formzwangs besitzt ihre Aktualität bis heute.⁷⁶ Das Phänomen selbst macht freilich bei den rechtsgeschäftlichen Formvorschriften nicht halt, sondern begegnet bei der Ausnutzung, der Abbedingung und sonstigen Umgehung, kurz: der *Instrumentalisierung* von „transparentem“ Recht von einfachen bis verzwickten Sachverhaltsgestaltungen. Einfach beschrieben: der Wissende weiß das Recht sich zunutze zu machen oder es zu meiden, um in jedem Fall seine wirtschaftlichen Interessen gegenüber dem weniger - oder gar Unwissenden durchzusetzen. Es ist also keineswegs so, daß das Recht nicht publik wäre. Es ist vielmehr lediglich eine Frage des Interesses und der Information, und wer sich die Mühe macht, sie sich in welchem Umfang zu verschaffen. Und eben hier begegnen uns seit jeher die angeblichen Antagonismen: „Einzelfallgerechtigkeit“ und „Rechtssicherheit“. Die Bewährung des klar formulierten Rechts hier und seine stete Wiederauflösung zur Kompensation von Ungleichgewichtslagen dort. Und es schließt sich der Kreis im eingangs benannten Konflikt um die Gerechtigkeitsidee: Freiheit und Selbstverantwortung für die „Klugen und Eigennütigen“ auf der einen, Gleichheit und Schutzpflichten für die „Dummen, Bequemen und Gutmütigen“ auf der anderen Seite.

Vom aufklärerischen Standpunkt ließe sich durchaus konstatieren: Wer das Recht nicht zur Kenntnis nimmt, den schützt das Recht auch nicht. Ein Rechtsirrtum ist eben grundsätzlich ein unbeachtlicher Motivirrtum, und zwar insbesondere deshalb, weil die Möglichkeit zur *richtigen* Motivbildung bestand. Bei einer einigermaßen annehmbaren Transparenz des Rechts ginge dieser Standpunkt sicherlich an, und man hätte nicht nötig, den „Motivirrtum“ oder die „Bequemlichkeit“ als „schutzwürdiges Vertrauen“ zu deklarieren oder die Aufklärung über die Rechtsfolgen der informierten Seite als heimliche Rechtspflicht aufzuerlegen. Doch eben jener oben beschriebene Vorgang, die „Schleichwege“ immer wieder zu verbauen hat frühzeitig eingesetzt. Die damit verbundene stete Ausdifferenzierung des Rechts hat so zu der von Wolfgang Zöllner kritisierten „*Ausziselierung der Dogmatik*“ mit Regel, Ausnahme, Rückausnahme etc.⁷⁷ und mithin zur Komplexität schon des gesetzten Rechts, das selbst Durchschnitts- und Prädikatsjuristen in seinen Zusammenhängen kaum mehr durchschauen, durchaus einen eigenständigen Beitrag geleistet. Im sozialologischen 20. Jh. wurde dieser Vorgang durch wissenschaftliches Entdeckungsfieber und erstarktes richterliches Selbstbewußtsein weiter forciert: Die verstärkte Sympathie für den schutzbedürftigen „good little man“, der sich ob des vermeintlichen Wohlstandes in immer mehr rechtsgeschäftliche Bereiche vorwagte und dort scheiterte, sann in immer mehr Konstellationen auf Abhilfe. Diese Abhilfe ging die zwei klassischen Wege: (1) *Wettkampf der juristischen Konstruktionen* und (2) *Generalklausulitis*. Im ersten Fall wurde (und wird) mit selber Münze zurückgezahlt und mittels transparenter Rechtssätze pseudodogmatisch konstruiert; ein Vorgang, der den Reiz dogmatischer Zivilistik ausmacht oder ihn vergelt, weil er sich in Folgekonstruktionen und Folge-Folgekonstruktionen verselbständigt, bei denen dann nicht nur der inhaltliche Kern der Materie sehr schnell aus dem Blick verschwindet, sondern auch eine konsistente Systematik des Rechts verloren geht („*Kultus des Logischen*“).⁷⁸ Die Alternative zum Konstruktivismus ist die freie Rechtsschöpfung aus dem weiten Ermächtigungspool der Generalklauseln im zweiten Fall: „stillschweigende Willenserklärungen“, „Treu und Glauben“, „culpa in contrahendo“, „Vertrauenshaftung“ und „unmittelbare Drittwirkung“ der Grundrechte und Interessen, kurz: Billigkeitsjurisprudenz im ... Einzelfall („*Kultus des Orakels*“). Die Summe von alledem liegt mittlerweile endgültig vor: intransparentes Recht.

⁷⁶ Vgl. etwa die nette Konstellation bei BGH, NJW 1996, 2503: Eine Bauträgergesellschaft hatte einen ungünstigen Vertrag geschlossen, den sie offenbar nicht mehr erfüllen wollte. Darum wird eine Vertragsübernahme konstruiert und nachdem der originäre Schuldner der Vertragserfüllung (eine GmbH) abgewickelt ist, verweigert die Neuschuldnerin mit Hinweis auf die Formunwirksamkeit der Vertragsübernahme die Erfüllung.

⁷⁷ Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 188 (1988), 85 ff.

⁷⁸ Dieser Vorgang ist für die Zivilistik geradezu kennzeichnend, und er hat einen zentralen Beitrag zur oben angesprochenen „Entphilosophisierung“ des Zivilrechts geleistet: vgl. nur Gnaeus Flavius, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906, 20 ff.; Ernst Fuchs, *Die Gemeinschädlichkeit der Konstruktiven Jurisprudenz*, 1909, 1 ff.

Noch einmal: Nicht das Recht *per se* meidet die Transparenz, sondern diejenigen, die für seine Transparenz verantwortlich zeichnen. Und das ist auch – aber nicht primär – die Rechtsprechung. Die nimmt nur die Freiräume willig oder notgedrungen wahr, die ihr rechtswissenschaftliche und legislatorische Willenlosigkeit oder Ohnmacht überlassen. Bereits *Gnaeus Flavius* alias *Hermann Kantorowicz* hat 1906 zur Begründung seines freirechtlichen Standpunktes den gegenwärtigen Rechtszustand zynisch seherisch antizipiert: „... die staatlichen Gerichte selbst beziehen sich immer mehr auf Treu und Glauben, auf gute Sitten, auf die Anschauung des Verkehrs, auf billiges Ermessen und andere *Gesetzessurrogate*. Freilich: ‚dem ausdrücklichen, staatlichen Befehle folgend‘, sagt der beliebte Einwand, – *der demnach staatlichen Willen noch in seiner Selbstverneinung zu erkennen vermag*.“⁷⁹

Wahrlich, wahrlich, es ist nicht die Materie des Rechts an sich ungeeignet, transparent gestaltet zu werden. Der fehlende Wille zur Gestaltung ist es, der von vornherein von der Unmöglichkeit transparenten Rechts reden läßt. Wie völlig anders klingen doch die Worte *Friedrichs* in jener Cabinetsordre. Auch wenn man am preußischen Landrecht einiges kritisieren kann – muß man nicht wenigstens das Unmögliche versuchen, um das Mögliche zu erreichen?: „*Den lob' ich, der Unmögliches begehrt*.“⁸⁰ Voraussetzung für einen Willen zur Transparenz ist freilich eine klare Antwort auf die beiden Grundfragen der Kodifikation: Inhalt und Form. Und insoweit bedarf es erstens einer sicheren Vorstellung vom Inhalt dessen, was Recht sein soll. Nur die Klarheit über den Inhalt kann auch zur Klarheit in der Form führen: „Die kompliziertesten juristischen Probleme lassen sich einfach und verständlich beschreiben. Wenn man sie selbst verstanden hat. Selbstverständlich.“⁸¹ Und man muss zweitens vor allem eine Vorstellung von Interesse und Auffassungsgabe desjenigen haben, dem man die Inhalte verständlich machen will: „allen Sprachfähigen“, dem mündigen Bürger, dem eher skeptischen oder dem eher naiven „Durchschnittsverbraucher“, dem mit Hauptschul- oder dem mit Realschulabschluß, dem studierten Juristen oder demjenigen, der die Gesetze sowieso nicht liest?“⁸² Wer sich *verständlich* machen will, muss auch eine Vorstellung haben von dem *Verstand* desjenigen, an den er sich richten möchte. Selbstverständlich.

Aber beides – Klarheit über den Inhalt, wie über den zu erreichenden Adressaten – fehlt der heutigen kurzatmigen Gesetzesagonie; denn beides setzt bereits in der Motivation mehr voraus als die gemütlliche Protektion der These von der „Unmöglichkeit“ transparenten Rechts, und die Beruhigung in der Delegation des unerquicklichen „muddling through“ auf den Richter im ... Einzelfall.

Mit welcher Vordergründigkeit das Lamento wider die Publizität und Transparenz des Rechts bemäntelt ist verdeutlicht vor allem ein Blick in die Materie, in der es ebenso vordergründig noch Sache des Privaten sein soll, seine Rechtsverhältnisse selbst zu gestalten. Dort ist das seit Jahren als Mittel der Inhaltskontrolle gehegte „*Transparenzgebot*“ mittlerweile tatsächlich Gesetz geworden: § 307 I 2 n.F. BGB. Vom Verwender Allgemeiner

⁷⁹ Gnaeus Flavius, aaO, 39.

⁸⁰ J. W. v. Goethe, *Faust II*, 2. Akt, Vers 7488.

⁸¹ Uwe Wesel, Selbstverständlich, *RJ* 20 (2001), 727/729. Aus eben diesem Grunde halte ich auch den aktuellen „interdisziplinären“ Schulterschluss von Linguisten und Juristen für modernen Aktionismus. Juristen mögen ihre sprachlichen und stilistischen Fähigkeiten schulen, aber einen verständlichen Text abzufassen, setzt vor allem ein klares Verständnis von den zugrundeliegenden Verhältnissen und Regelungsbedürfnissen und eine klare Vorstellung von ihrer verbindlichen Lösung voraus. Für die Idee eines von Linguisten entworfenen und zu sanktionierenden „*Handbuchs der Rechtsförmlichkeiten*“ (Empfehlungen des Bundesministeriums der Justiz zur einheitlichen rechtsförmlichen Gestaltung von Gesetzen und Rechtsverordnungen nach § 38 Abs. 3 GGO II, Bundesministerium der Justiz 2., neubearb. Aufl. Bundesanzeiger-Verl. 1999) gilt noch immer das Gleichnis von den zwei Blinden, die einander führen sollen: Werden sie nicht beide in die Grube fallen? Man sollte die Notwendigkeit des Rechtsformalismus nicht dadurch zu überwinden glauben, daß man das Problem dem Formalismus der „Sprachkritikaster“ anheim stellt (zur Kritik der Kritiker: Willy Sanders, *Sprachkritikasterien*, 2. Aufl. 1998).

⁸² Im Adressatenkreis unterscheiden sich etwa schon das ALR und das BGB ganz maßgeblich. Während jenes von vornherein durchaus den aufgeklärten und aktiven Bürger als Adressaten anvisierte, zielte dieses vom intellektuellen Anspruch auf den ausgebildeten Juristenstand. So soll *Windscheid* in seinen Vorlesungen klar ausgesprochen haben: „Gesetzbücher werden nicht für den Laien gemacht, sondern für den Richter. Der Wert eines Gesetzbuches liegt darin, daß es für den Richter verständlich ist. Der Laie braucht es nicht zu verstehen.“ (vgl. Louis Günther, *Recht und Sprache. Ein Beitrag zum Thema vom Juristendeutsch*, 1898, S. 157, Fn. 224; weitere Nachweise bei Kent Lerch, Vom Bemühen, die Gesetze verständlicher zu machen, *RJ* 20 [2001], 634 ff.). Insoweit geht jede Kritik an der Technizität und Abstraktheit des BGB ins Leere. Zur aktuellen wissenschaftlichen Suche nach dem intellektuellen Niveau des „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ zuletzt: Stefan Niemöller, *Das Verbraucherleitbild in der deutschen und europäischen Rechtsprechung*, 1999.

Geschäftsbedingungen wird nunmehr also ausdrücklich Unmögliches verlangt: eine *transparente* Fassung der Vertragsbestimmungen. Wann genau diese Anforderung erfüllt ist bleibt natürlich intransparent.⁸³ Vertragsfreiheit wird mithin ausdrücklich unter einen nicht erfüllbaren Vorbehalt im Einzelfall gestellt. Und es überrascht denn auch gar nicht, wenn mittels dieser Generalklausel selbst klare und inhaltlich nicht zu beanstandende Regelungen zu Fall kommen.⁸⁴ Was soll man eigentlich von einem Gesetzgeber halten, der den Rechtsunterworfenen etwas abverlangt, was er selbst als Unmöglichkeit begreift? Das begreife wer will!

„Der eigentliche Adressat der Kontroverse, der Gesetzgeber, schreibt zwar mehr denn je anderen vor, sich einfach und verständlich auszudrücken, nimmt sich aber um so deutlicher von dieser Verpflichtung aus. Erst recht kommt es darauf an, noch schärfer und nachhaltiger als bisher zu fragen, wann fehlende Klarheit wirklich ein Sprachproblem ist und wann Unverständlichkeit nur Regelungsunwilligkeit verhüllt und rationalisiert. Genau dies offen zu legen und sich nicht in eine ebenso verfehlt wie müßige Debatte über die Sprache des Rechts abdrängen zu lassen, ist daher mit die wichtigste Aufgabe einer Verständlichkeitsdiskussion.“⁸⁵

In der Sache freilich wird erneut deutlich, was das eigentliche Agens regelungsunwilliger Rechtsverwirrungen ist: Recht darf für den ‚Rechtskundigen‘ nur soweit kalkulierbar bleiben, wie die richterliche Gerechtigkeitskontrolle zu akzeptieren bereit ist ... im Einzelfall.

Die „Selbstverneinung“ von Wissenschaft und Gesetzgeber und der Sieg des Freirechts werden besonders deutlich im schon benannten § 241 II BGB n.F. Das, was anerkanntermaßen Aufgabe des Gesetzgebers ist: die divergierenden Parteiinteressen in klaren Rechtsnormen zum Ausgleich zu bringen und Interessengegensätze zu entscheiden, wird mit spitzen Fingern an die Parteien höchstselbst delegiert. Das nennt man vorderhand „Privatisierung von Staatsaufgaben“, hinter der Hand zuweilen auch ein „legislatorisches Armutszeugnis“. Doch trifft das tatsächlich den Kern dieser Norm? Ich glaube nein; denn das, was das „Transparenzgebot“ für den Geschäftsverkehr mit AGB, war die *culpa in contrahendo* und ist der neue § 241 II BGB für den Gemeingebrauch. Ob das Deliktsrecht versagt, ein Vertrag am Vertragsschluß scheitert oder unwirksam ist, ob es unerwünschte Pflichten zu beseitigen oder erwünschte Pflichten zu begründen gilt: § 241 II BGB legitimiert endlich, was entweder nur durch künstliche Konstruktion zu erreichen oder doch zuweilen mit Unbehagen als willkürliches Richterrecht beäugt ward. Warum hat ein Jahrhundert nicht gelangt, die ‚entdeckten‘ Lücken des BGB mit klaren Regelungen zu schließen?⁸⁶ Richtig: „Billigkeit“ läßt sich nicht kodifizieren, sondern nur praktizieren. Klare Regeln führten doch wieder nur dazu, daß ein Teil der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einzurichten wüßte, während der andere Teil so wie bisher - bald dies, bald jenes wollend - ein Opfer seiner Unwissenheit und unbedachten Motive würde. Darf man den Richter nun der Instrumente berauben, derer er bedarf für die „Gerechtigkeit“ des ... Einzelfalls. Das sei ferne. Man führe sich den fatalen und unmöglichen Zustand einer angeblich klar differenzierten Rechtsordnung noch einmal vor Augen: der Richter müßte dogmatisch *konstruieren*, dem Kultus der Scheinlogik sich ergeben, er müßte Willen fingieren, pseudophilologisch und teleologisch Prinzipien deklamieren, um endlich das billige Ergebnis teuer aus einer Kodifikation ‚herauszulesen‘, die von diesem Ergebnis nichts weiß. Bestünde angesichts derartiger (schein)methodologischer Hürden nicht die Gefahr, daß der judikative Voluntarismus für die „gerechte Sache“ sich als ähnlich schwach erweist, wie der legislative?

Nein, der Kampf um den Einzelfall muß zwangsläufig einhergehen mit dem subtilen Streben nach Unkalkulierbarkeit. Was wäre da schädlicher als die Publizität dessen, was „Im Namen des Volkes“ *ex post* als „Recht“ erkannt wird!?

⁸³ In der nunmehr Gesetz gewordenen Fassung findet sich sicherlich nicht ganz zufällig die bereits bei § 241 II BGB verwandte originelle „tatbestandliche Ermessenskonstruktion“ wieder: „Eine unangemessene Benachteiligung *kann* sich auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist“.

⁸⁴ Hierzu Jörg Benedict, Beschränkte Privatautonomie bei Barterverträgen – oder zur „Intransparenz“ richterlicher Inhaltskontrolle, *NJW* 2000, 190 ff. m.w.N.

⁸⁵ So das zutreffende Fazit bei Spiros Simitis, Verständlichkeit des Rechts – Illusion oder konkrete Utopie, *RJ* 20 (2001), 686/696 f.

⁸⁶ Vgl. immerhin den differenzierten und selektiven Vorschlag von Dieter Medicus zur Kodifizierung der *culpa in contrahendo*, in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bd. 1 (1981), 479 ff.

Ist es tatsächlich noch immer rechtshistorisches Gemeingut, daß die Tat des *Gnaeus Flavius* ein Meilenstein in der Entwicklung des Rechts gewesen sei? Weit gefehlt! Denn die Publikation dessen, was die Pontifices bisher wohlweislich geheim gehalten hatten, führte nicht nur zu jener fatalen Spaltung im Volke, die wir heute als Ungleichheit zwischen Wissenden und Unwissenden als Übel begreifen, sondern setzte auch jene von *Jhering* beschriebene Spirale in Lauf, bei dem die säkularisierten Nachfahren der römischen Priester, die man bis auf den heutigen Tag argwöhnisch als Juristen bezeichnet, in einen unendlichen Wettbewerb um die Verkomplizierung des Rechts eingetreten sind. Doch das Ziel der Rechtsevolution ist endlich in Sicht: Die Publikation verliert ihre Brauchbarkeit im „anything goes“ der Generalverkläusulitis, und Rechtsfindung wird wieder eine die kognitive Ungleichheit nivellierende Geheimwissenschaft für den ... Einzelfall.

Doch noch einen Schritt weiter zurück auf der Zeitachse der Rechtsevolution: Ist es tatsächlich immer noch rechtshistorisches Gemeingut, daß das altgermanische Ordal⁸⁷ eine irrationale und unsinnige prozessuale Einrichtung gewesen sei? Ebenfalls weit gefehlt! Denn das Gottesurteil war seinerzeit ebenso wie heute die Generalklausel ein notwendiger Fortschritt im Rechtsgang. Bis zur Etablierung Gottes als streitentscheidende Instanz war nämlich der Ausgang eines Rechtsstreits für den Kläger viel zu berechenbar: Eides- oder Zeugenschelte führten immer zum Gerichtszweikampf.⁸⁸ Der Mißbrauch des Rechtsgangs wurde ob seiner diesbezüglichen Kalkulierbarkeit zwangsläufig unerträglich. Schon damals schützte das so transparente Recht vor allem den „*bad man*“, den Starken und Wissenden.

Von Gerichtszweikampf und Ordal, dem Geheimnis des Rechts und seiner Publizität führt eine kontinuierliche Linie zur aktuellen Intransparenz des Rechts. Zwischen dem Ordal und der aktuellen Generalklausulitis besteht hinsichtlich der Kalkulierbarkeit des Rechtsgangs lediglich ein kleiner Unterschied: dort entschied das Vertrauen auf Gott, hier das Vertrauen in den Richter.

V. ZPO-Reform und der Richter als „Superman“

Daß nun aber das Vertrauen in die Justiz mehr und mehr verloren gegangen ist, war ein offenes Geheimnis auch schon bevor der Wind von Hamburg her sich populistisch „rechtsstaatlich offensiv“ erhob:

„Der Zivilprozess muss bürgernäher, effizienter und durchschaubarer werden. ... Eine Reform des Zivilprozesses muss die strukturellen Rahmenbedingungen dafür verbessern, dass die Prozeßparteien schnell zu ihrem Recht kommen und eine Entscheidung erhalten, die sie verstehen und akzeptieren. Dadurch wird die Zufriedenheit der Bürgerinnen und Bürger mit dem materiellen Recht erhöht und der Rechtsfrieden nachhaltig gestärkt.“⁸⁹

Aber wie kann ein Zivilprozeß „durchschaubarer“ werden, wenn es das materielle Recht nicht ist? Wie soll ein Richter zügig „Rechtsfrieden“, „Verständnis“ und „Akzeptanz“ schaffen, wenn ihm das materielle Recht Steine statt Brot reicht? Wie soll die „Zufriedenheit“ mit einem materiellen Recht erhöht werden, das in sich selbst uneins ist?

Wer immer über eine Reform des Zivilprozesses nachdenken will, darf den Zustand des materiellen Rechts nicht aus dem Blick lassen. Er kann dort schwerlich mehr Form geben als sie hier zugelassen ist. Das Missverständnis ist freilich kein Zufall: Seit der Trennung der prozessrechtlichen *actio* vom materiell-rechtlichen Anspruch Ende des 19. Jh.⁹⁰ geriet der Zusammenhang zwischen transparenter Rechtsordnung und transparenter Rechtsfindung immer mehr aus dem Blick: Materialisten hier, Prozessualisten dort⁹¹ - nur eines der Opfer

⁸⁷ Vom Begriff „Ordal“ (afrs. *ordel*, *urdel*, ags. *ordal*): das „Erteilte“, leitet sich bis heute das Wort „Urteil“ her. Zu den Ordalien vgl. Richard Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. (1894), 42; Felix Dahn, *Studien zur Geschichte der germanischen Gottesurteile*, 1857; Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts*, 2. Aufl. (2001), Rn. 27.

⁸⁸ Heinrich Siegel, *Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens*, 1857; Heinrich Brunner, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, 8. Aufl. (1930), 23.

⁸⁹ Begründung des Regierungsentwurfs zum „Zivilprozessreformgesetz - ZPO-RG, BT-Dr 14/3750, Begr. Teil A I, S. 35 (auch Beilage zu NJW 2000, Heft 40, 15).

⁹⁰ Grundlegend Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts: vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1857.

⁹¹ Zur Vernachlässigung des Vollstreckungsrechts eindringlich Christoph G. Paulus, Die Privatisierung der „Zwangsvollstreckung“ - oder: Wie der Rechtsstaat an seinem Fundament erodiert, ZRP 2000, 296 f.

immer weiter forcierter Spezialisierung im Recht. Doch spätestens seit *Dietrich Dörners* „Logik des Mißlingens“⁹² dürfte es sich herumgesprochen haben: Entscheidungen in einer komplexen Welt können nur dann zweckmäßige Entscheidungen sein, wenn in ihnen alle maßgeblichen Konstanten und Variablen in ihrem Zusammenwirken berücksichtigt werden. Das, was sich als „beklagenswertes Schicksal“ experimentell in „Tanaland“ und „Lohhausen“ einstellt, findet seine erbarmungslose Realität auch auf dem Gebiet, auf dem derzeit eine besondere Experimentierfreude in deutschen Landen herrscht: dem des Rechts. Die Eindimensionalität steht vor den Problemen des Rechtsstaates wie der verstockte Pharao vor den ägyptischen Plagen. Und dabei ist der Zusammenhang zwischen materieller Rechtsklarheit und sozialem Prozeßverhalten ein so komplexer wahrlich noch nicht. Wo die primäre *Rechtsklarheit* weicht, entsteht erhöhter *Rechtsklärungsbedarf* in jedem ... Einzelfall⁹³:

In dem Moment, da etwa die höchstrichterliche Rechtsprechung den „formalen“ Gesichtspunkt „*pacta sunt servanda*“ mit dem „materialen“ Hinweis auf die „krasse Überforderung des Bürgen“, die „gestörte Vertragsparität“, „Aufklärungspflichtverletzungen“ usw. preis gibt, ist der Damm gebrochen und die Flut der Prozesse und Revisionen ebbt erst in dem Moment wieder ab, in dem klare Pflöcke zur Definition jener Ausnahmen transparent geworden sind. Durch die Intransparenz jener Ausnahmen und gegebener Rückausnahmen usw. hat sich das (auch potentielle) Prozeßaufkommen aufgrund eines zusätzlichen materiell-rechtlichen Streitpunktes und seiner Folgeprobleme erhöht.

Wo das materielle Recht immer stärker auf die ‚Gerechtigkeit‘ im Einzelfall abzielt und diese zu finden dem Richter anheimstellt, da kann es nicht ausbleiben, daß immer mehr „Bürgerinnen und Bürger“ diese auch einzufordern suchen. Oder ist nicht die These von den „Schutz-“ und „Rücksichtnahmepflichten“ geradezu Wasser auf die Mühlen der Opfermentalität? Liegt nicht das Fatale einer Kodifikation der „unmittelbaren Drittwirkung“ darin, dass rhetorisch notwendig jeder nur noch Rechte zu haben glaubt? Anspruchsdenken, germanische Rechthaberei, Rechtsschutzversicherung, von der BRAGO inspirierte, vom materiellen Recht überforderte und zunehmend inkompetente rechtsanwaltliche Beratung⁹⁴ und nicht zuletzt auch das Fehlen allgemeinverbindlicher gesellschaftlicher Normen in der postmodernen Welt tun ein Übriges, den nachhaltigen Sturm auf die Justiz nicht abflauen zu lassen: Der Richter (oder der Psychiater) wird so zur letztverbindlichen und überforderten Autorität in immer mehr Einzelfällen.

Der Kampf um die Einzelfallgerechtigkeit wird vor allem dann recht spannend, wenn nicht mehr nur der gute Anwalt mit einer klaren Prognose überfordert ist,⁹⁵ sondern auch

⁹² Dietrich Dörner, *Die Logik des Mißlingens. Strategisches Denken in komplexen Situationen*, 1989 (14. Aufl. 2001)

⁹³ Es ist kein Zufall, daß sich insbesondere die Zahl der Revisionen trotz steter Erhöhung der Revisionssumme innerhalb der letzten 25 Jahre verdoppelt und die der Ablehnungsbeschlüsse sogar vervierfacht hat (Zahlen, DAV-Forum „Justizreform - Zivilprozess“). Und es ist ebenfalls kein Zufall, daß ob der Überlastung des BVerfG bereits Zweifel am Grundsatz des „gesetzlichen Richters“ laut werden, weil immer mehr Urteile und Beschlüsse statt vom Senat von der Kammer und statt vom Berichterstatter von einem seiner vier Hiwis verfasst werden: Rolf Lamprecht, Ist das BVerfG noch gesetzlicher Richter?, *NJW* 2001, 419 ff. Zur Überlastung der Justiz: Jan Freitag, „*Staatliche Handlungspflichten im Justizbereich*“: eine Arbeit über die Überlastung der bundesdeutschen Justiz in den 90er Jahren, 2000.; Wolfgang Hoffmann-Riem, *Modernisierung von Recht und Justiz: Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaats*, 2001. Der populären Auffassung, die Effizienz der Justiz sei durch Justizreformen, neue Steuerungsmodelle o.ä. wieder herstellbar (vgl. zu dieser aktuellen Mode etwa Stephan Weth (Hrsg.), *Der Effizienz auf der Spur - Die Funktionsfähigkeit der Justiz im Lichte der ökonomischen Analyse des Rechts*, 1999; Ernst-Hasso Ritter, Justiz - verspätete Gewalt in der Wettbewerbsgesellschaft?, *NJW* 2001, 3440; Barbara Kramer, Modernisierung der Justiz: Das neue Steuerungsmodell; *NJW* 2001, 3449) sei die Besinnung auf die immer uneisweichlichen Grundprobleme entgegengehalten: „*Es ist ein schwer begreifliches und leicht, weil durch einen Blick in den knapp und klar formulierten Art 97 I GG vermeidbares, Missverständnis, richterliche Tätigkeit könne durch etwas anderes „gesteuert“ werden als durch den Rechtssatz, den formellen ebenso wie den materiellen.*“ (Hans-Jürgen Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, *NJW* 2001, 1089).

⁹⁴ Hierzu jüngst die wenig schmeichelhafte Analyse bei Uwe Wesel, *Risiko Rechtsanwalt*, 1. u. 2. Aufl. 2001. Freilich erliegt in seiner Diagnose auch Wesel der naiven These von der falschen, weil auf den Richterberuf zugeschnittenen Ausbildung: „Man muss für das eine ausgebildet sein, um das andere werden zu können, wofür man nicht ausgebildet wurde. Und das ist Blödsinn.“ (S. 28). Später kommt aber auch er nicht um die Einsicht herum, daß es die Richterperspektive – und die allein – ist, die für einen Rechtsstreit und mithin auch die anwaltliche Beratung entscheidend ist: „Mit anderen Worten, wie ein Prozess ausgeht, ist in der Regel nicht abhängig vom Anwalt, sondern vom Gericht.“ (S. 74). Was also ist „Blödsinn“ daran, den Anwalt die Rechtsfindung des Richters zu lehren? Ich setze dem eine andere These entgegen: Gerade dort, wo anwaltliche Beratung sich von der Richterperspektive entfernt und sich auf ungefilterten und unstrukturierten Tatsachenvortrag beschränkt, da wird der Anwalt zum Risiko. Daß es im Übrigen auch und vor allem auf einen „Berufsethos“ des Anwalts ankommt, sei Rüdiger Zuck unbenommen: „Anwaltszerrbilder, außerdem: Der Rechtsanwalt als Phantom“, *NJW* 2003, 268 ff.

⁹⁵ Zur Überforderung des Anwalts, der haftungsrechtlich am Ideal eines allwissenden „juristischen Supermanns“ gemessen wird, Franz-Josef Rinsche, *Die Haftung des Rechtsanwalts und des Notars*, 6. Aufl. (1998), Rn. I 72. Anwaltshaftung wird eine

Tatsachen- und Revisionsinstanz ganz unterschiedlicher Meinung in dem sind, was denn „gerecht“ sei ... im Einzelfall. Der exemplarische Höhepunkt einer solchen Veranstaltung lag unlängst dem BVerfG zur kritischen Beurteilung vor. Es hatte sich mit der Beschwerde eines Klägers zu befassen, der Anfang der 70er Jahre über die Errichtung eines Einkaufszentrums mit der beklagten Stadt vergeblich verhandelte und deshalb 1974 (geradezu im Sog der seinerzeit in Konjunktur befindlichen „Abbruch-von-Vertragsverhandlungen-Fälle“) 30 Mio DM ‚Vertrauensschaden‘ einklagte und dem nach einer 26-jährigen Prozeßgeschichte immer noch nicht seine „Einzelfallgerechtigkeit“ widerfahren war.⁹⁶ Ich möchte bezweifeln, daß der Kläger (oder seine Erben) ein rechtskräftiges Obsiegen endlich als Emanation der Gerechtigkeit empfinden wird. Die Klage zum EuGMR ist vermutlich schon geschrieben.⁹⁷ Und mit der aktuellen Reform des Zivilprozesses soll nun alles besser werden?

„Der vom Gesetzgeber in den letzten Jahren eingeschlagene Weg der sogenannten Rechtspflegeentlastungsgesetze hat sich als letztlich untaugliches Steuerungsinstrument erwiesen, weil nicht die Ursachen der Defizite angegangen wurden, sondern lediglich die Symptome. Er hat weder eine echte Entlastung der Justiz noch gar die Verbesserung von Bürgernähe, Effizienz oder Transparenz gebracht. Erkennbar sind vielmehr immer deutlicher strukturelle Mängel, die nicht länger hingenommen werden können.“⁹⁸

Hört, hört! Die echten Defizite des deutschen Zivilprozesses sind endlich ausgemacht: „1. Unzureichende Streitschlichtungskultur.“, „2. Unübersichtlichkeit des Verfahrensrechts“, „3. Streitwert kein geeignetes Kriterium für Rechtsmittelmöglichkeiten“, „4. Fehlsteuerungen in der Berufungsinstanz“ und schließlich „5. Ungleichgewichtiger Personaleinsatz“. Man mag sich mit dieser Analyse gar nicht ernsthaft auseinandersetzen;⁹⁹ bei jedem Satz lacht D. D. Es ist als wenn Hauseigentümer ernsthaft und angeregt über neue Tapeten in den feuchten Wohnräumen debattieren, während das Dach des Hauses immer weiter in sich zusammenbricht.

Wer tatsächlich glaubt und behauptet, für die Einzelfallgerechtigkeit sei das materielle und für ein zügiges, transparentes Verfahren sei das Prozeßrecht zuständig und beides sei kompatibel, ist ein Scharlatan. Der hat die Lehren des Freirechts nicht gezogen. Einen Fall in allen seinen Facetten zu bedenken und zu beleuchten, dazu mag der ein oder andere Senat am BGH zuweilen noch Muße finden, wenn und soweit er den Zustrom von Revisionen selbst regulieren kann (übrigens ein Ventil, dass der Gesetzgeber nunmehr sogar der Berufungsinstanz gem. § 522 II ZPO eingeräumt hat). Der erstinstanzliche Richter wird jedoch an seinen stetig steigenden Erledigungspensen gemessen: er wird zu einem „Akkordarbeiter“¹⁰⁰ und mithin oberflächlicher - und das bedeutet: willkürlicher - arbeiten müssen.¹⁰¹ Welcher Fälle aber nimmt sich der BGH mit Muße noch einmal an, welche haben denn „grundsätzliche Bedeutung“, wenn es nach materiellem Recht doch um

lukrative Nische auf dem Anwaltsmarkt, und die Notwendigkeit eines unmittelbaren Anspruchs gegen die

Haftpflichtversicherung ist auch schon erkannt von: Jan Weidemann, Stumpfes Schwert Anwaltschaft, NJW 2002, 196.

⁹⁶ BVerfG, NJW 2001, 214 ff. Die Sache wanderte viermal(!) vom OLG zum BGH (vgl. BGHZ 76, 343; WM 1983, 993; NVwZ-RR 1989, 600) und zurück; die letzten 10 Jahre wurden mit der komplizierten, weil hypothetischen Schadensberechnung zugebracht (Wie hoch ist der entgangene Gewinn bei einem nicht gebauten Einkaufszentrum?). Derartige ‚Machtproben‘ der Einzelfallgerechtigkeit sind vorprogrammiert, wenn das Recht seine Eindeutigkeit verliert. Sie finden ihre Auflösung entweder in der Anerkennung der höheren Instanz als ultimative Einzelfallgerechtigkeitsautorität oder in der Besinnung der höheren als der sachferneren Instanz auf die Beurteilung von Grundsatzfragen. Wann das jeweils der Fall ist, hängt freilich am ... Einzelfall. Ein Beispiel für die zweite Möglichkeit liefert etwa der „Pronuptia-Prozeß“ (hierzu Walther Skaupy, Der Pronuptia-Prozeß 1974-1995, Betriebsberater 1996, 1899), bei dem der Verweiskampf schließlich vom BGH beendet wurde.

⁹⁷ Hierzu zuletzt Frank Lansnicker / Thomas Schwitzke, Rechtsverhinderung durch überlange Verfahrensdauer, NJW 2001, 1969.

⁹⁸ Begründung Regierungsentwurf (Fn. 88), S. 15.

⁹⁹ Vgl. nur die Anmerkungen von Hans-Joachim Musielak, Reform des Zivilprozesses, NJW 2000, 2769 ff.; Rüdiger Zuck, Anforderungen an die Gesetzgebung im Bereich des Mietrechts und der Zivilprozeßreform, Neue Zeitschrift für Mietrecht (NZM) 2001, 354; und des „Grand Seigneur des Zivilprozessrechts“ (Laudatio bei Wilhelm Uhlenbruck, NJW 2002, 1028): Egon Schneider (Die missglückte ZPO-Reform, NJW 2001, 3756) mit dem sehr passenden Mythos vom Riesen Antäos, der bekanntlich seine Kraft verlor, als seine Füße nicht mehr die Erde berührten; auf den Gesetzgeber bezogen bedeutet das nichts anderes als „Realitätsverlust“: der Bezug zur sozialen und juristischen Wirklichkeit ist schlechthin abhanden gekommen.

¹⁰⁰ So die Bezeichnung im Rahmen der ausführlichen Justizanalyse bei Theo Rasehorn, Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt, 1989, S. 95 ff.

¹⁰¹ FAZ vom 9.6.2001: „Richter beklagen zu hohe Arbeitsbelastung“: 200 von 207 Richtern am LG Hamburg haben in einer Erklärung festgestellt, wegen der hohen Belastung sei ihre Arbeit nach rechtsstaatlichen Regeln nicht mehr zu bewältigen.

Einzelfallgerechtigkeit geht?¹⁰² Die Selektion wird auch hier notwendig eine willkürliche sein - was kaum je auffällt, weil die Beurteilung von Willkür nicht nur schwierig, sondern schlechterdings unmöglich ist, wenn und soweit es an klaren („objektiven“) Kriterien für „richtige“ und „falsche“ Entscheidungen mangelt: „anything goes“.¹⁰³

Tatsächlich läuft alles auf eine mehr oder weniger willkürliche Kasuistik hinaus, ein merkwürdiges *Case-Law* im *Civil Law*:

„Die Folgen dieses Trends zur Kasuistik sind bekannt. Gerichtsentscheidungen finden heute eine Aufmerksamkeit, die durch ihre intellektuelle Qualität oftmals in gar keiner Weise gerechtfertigt wird. Sie verstopfen das juristische Informationswesen und halten von selbständigem Nachdenken anhand der normativen Vorgaben ab.“¹⁰⁴

So wird denn jede neue Entscheidung eines Einzelfalls einerseits dankbar in Besprechungen, Aufsätzen, Dissertationen, Kommentierungen usw. als Ereignis gefeiert, während andererseits der kulturhistorische Sieg anglo-amerikanischer Methodologie Achseln zuckend als Gesetzmäßigkeit registriert wird¹⁰⁵. Die vergleichende Argumentation basiert dabei leider nur zu oft auf einer vordergründigen Eklektik, die meint, daß der Stoff, wenn ihn doch andere tragen, den eigenen Rock auch zieren wird. Aber ganz unabhängig von der kulturgeschichtlichen und methodologischen Bewertung dieser (wirklichen) Re-form vom „code“ zum „digest“, auch hier gilt die „Logik des Misslingens“. Die Anhäufung von Einzelfallentscheidungen macht noch kein *Case Law – System*, wenn und soweit nicht die sonstigen Rahmenbedingungen des *Common Laws* vorliegen. Das betrifft aber nur an der Oberfläche die viel diskutierte Präjudizienbindung.¹⁰⁶ Die eigentliche Differenzierung wurzelt tiefer: Im Verständnis vom „richtigen Recht“ sowie vom Beitrag und Niveau derer, die das rechte Recht zu finden berufen sind: Rechtswissenschaft, Gesetzgeber, Richter und Anwaltschaft.

Geht man vom Gedanken „materieller Gerechtigkeit“ als grundlegender Idee aus, so wendet man sich primär an die Rechtswissenschaft. Diese möge es forschend finden, das „richtige Recht“, es aufschreiben und dann dem Gesetzgeber und/oder Richter als geoffenbarte Vernunft in Rechtsdingen („*ratio scripta*“) als Rechtsquelle präsentieren. Einem Präjudizienrecht ist demgegenüber der akribische Prozeß der Rechtsfindung im Einzelfall immanent, die Vorstellung vom präformierten allgemeingültigen „richtigen Recht“ hingegen suspekt. Deutlich anders ist dementsprechend auch die im anglo-amerikanischen

¹⁰² Auch ohne Verweis auf *BVerfGE* 54, 277 steckt es in der Logik des Dogmas von der „Einzelfallgerechtigkeit“, dass jede „unrichtige“ Entscheidung nunmehr revisibel ist (vgl. Musielak, Fn. 97, 2769/2777). Bei der Suche nach „Einzelfallgerechtigkeit“ gibt es keine verallgemeinerbare „grundlegende Bedeutung“. Im Einzelfall gibt es aber auch kein allgemeinverbindliches „richtig“ oder „falsch“ - Generalklauseln fehlt insoweit ebenso wie „Grundsatzentscheidungen“ leider jede Evidenz. Und so hängt denn die Revisionszulassung an der je variablen Beurteilung über das „richtig“ und „falsch“ in jedem ... Einzelfall.

¹⁰³ Vgl. etwa *BVerfG, NJW* 2000, 2494: „Willkürlich ist ein Richterspruch dann, wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluß aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen.“; hierzu Norman Weiß, *Objektive Willkür: Zu einem Prüfungskriterium im Verfahren der Urteilsverfassungsbeschwerde*, 2000. Völlig unbeirrt geht aber das Prozessrecht noch von den Distinktionen materieller Rechtsklarheit als einem Postulat des Rechtsstaats aus: „Die Kriterien, anhand derer zu ermitteln ist, ob ein Urteil objektiv richtig oder unrichtig ist, sind vom Gesetz selbst vorgegeben. Nur so lässt sich die Rechtsformigkeit und damit die Rechtsstaatlichkeit des Zivilprozesses sichern.“ (Bruno Rimmelpacher, Die Berufungsgründe im reformierten Zivilprozess, *NJW* 2002, 1897/1898).

¹⁰⁴ Wolfgang Zöllner, (Fn. 77) 85/88

¹⁰⁵ Zur ‚Mc-Donaldisierung‘ auch des Rechts: Rolf Stürner, Die Rezeption des U.S.-amerikanischen Rechts in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Festschrift für Kurt Rebmann*, 1989, 389 ff.; Wolfgang Wiegand, The Reception of American Law in Europe, 39 (1991) *American Journal of Comparative Law (Am.J.Comp.L.)*, 611 ff.; Ugo Mattei, Why the Wind Changed: Intellectual Leadership in Western Law, 42 (1994) *Am.J.Comp.L.*, 195 ff. Skeptisch zum US-amerikanischen „Intellectual Leadership“ aber die Verfasser in: Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht. Impressionen aus der neuen Welt*, 1995.

¹⁰⁶ So die vor allem zivilrechtlich-methodologische Fragestellung: Franz Bydlinski, Richterrecht über Richterrecht: Der Bundesgerichtshof in Zivilsachen zur beschränkten Bindungskraft von Präjudizien, in: *50 Jahre BGH, Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. 1, 1 ff.; Andreas Heldrich, (Fn. 34). Grundsätzlich: Konrad Zweigert/Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3. Aufl. (1996), 250 ff. Komplexer zwar aber durchaus optimistisch das Bild der „Konvergenztheorie“ bei den Protagonisten der europäischen Rechtsvereinheitlichung: Reinhard Zimmermann, Der europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindung zwischen civil law und common law, *ZEuP* 1993; Basil S. Markesinis (Hrsg.) *The Gradual Convergence, Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, 1994 (repr. 2000); ders. (Hrsg.), *The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, 2000; anders hingegen die Akzentsetzung bei den Skeptikern: Pierre Legrand, European Legal Systems are Not Converging, *The international and comparative law quarterly* 45 (1996), 52 ff.; Eugen Bucher (Fn. 36), 409-16: „Übereinstimmung oder gar ‘Konvergenz’ nur an der Oberfläche: Je grundsätzlicher die betrachteten Strukturen, um so grösser die Gegensätze.“

Rechtskreis (bisher) dominierende Vorstellung vom „prozeduralen Recht“, bei dem alles auf „high noon“, den ultimativen „Kampf ums Recht“ in einer mündlichen Verhandlung hinausläuft („*adversary procedure*“).¹⁰⁷ Rechtswissenschaft und Gesetzgeber spielen hier idealtypisch keine maßgebliche Rolle. Rechtsfindung ist Handwerk und Kunst, die gut oder schlecht betrieben wird, von den Gladiatoren außerhalb und innerhalb des Gerichtssaals: den Rechtsanwälten. Der Richter „darf sich darauf verlassen, ja, er soll sich sogar darauf verlassen, daß ihm in tatsächlicher und auch in rechtlicher Hinsicht alles Erforderliche von den Anwälten mündlich vorgetragen wird.“¹⁰⁸ Man kann das als Emanation der Diskursethik im Einzelfall, als Fortsetzung des streitentscheidenden Gerichtszweikampfes mit Mitteln der Rhetorik oder konzentrierte und effiziente Streiterledigung begreifen. Es ist aber vielleicht nicht wirklich ein Fortschritt in der deutschen Rechtsevolution, wenn sich die klassische Kontroverse zwischen Philosophen und Sophisten hier auf einer Ebene wiederholt, bei der keine der beiden Positionen wirklich ernst genommen wird: Gesetze ohne Philosophie und Prozesse ohne Kampf; Generalklauseln dort und maßlose richterliche Fürsorge- und Aufklärungspflichten hier (vgl. jetzt § 139 ZPO n.F.). Der Rechtsanwalt degeneriert - sehr zum Leidwesen überlasteter Richter - zum prozessrechtlichen Ballast und dient, überspitzt gesagt, nur noch als haftungsrechtlicher Sündenbock für richterliche Fehlleistungen.¹⁰⁹

Daneben ist es dann vor allem ein ganz erheblicher Unterschied, ob Obergerichte ihre Entscheidungen als systemtragende Leitentscheidungen oder als Billigkeitskonstruktionen für den Einzelfall verstehen. Die insbesondere schon von den Vorkämpfern der freirechtlichen Bewegung gerühmte Geschmeidigkeit und Flexibilität des englischen Case-Law ist jedenfalls ein spätestens seit Gustav Radbruch's „*Geist des englischen Rechts*“ widerlegtes naives Vorurteil. Als „einziger Vorzug“ gegenüber der kontinentalen Subsumtionspraxis und als „wesentliches Charakteristikum“ wird gerade nicht die Einzelfallgerechtigkeit, sondern die Rechtssicherheit benannt;¹¹⁰ was nicht verwundert, weil eine reife und auserlesene Richterschaft sich nicht nur eher einer Tradition denn einem

¹⁰⁷ Vgl. nur Zweigert/Kötz, aaO, 265 ff.; zu Neuorientierungen in England durch den „*access to justice act 1999*“: Philip Sobich, Die Civil Procedure Rules 1999 – Zivilprozessrecht in England, JZ 1999, 775 ff. Martin Partington, Recent Developments in the Common Law World – 1 Access to Justice: Re-forming the Civil Justice Systeme of England and Wales, *Anglo-American Law Review* 30 (2001), 115 ff. Der englische Richter nimmt danach eine erweiterte, dem deutschen durchaus angenäherte prozessleitende Rolle im sog. „case management“ ein. Auch wenn nach den Worten des federführenden Lord Woolf damit lediglich eine Begradigung augenfälliger Ungleichgewichtslagen („lack of equality between the powerful, wealthy litigant and the under-resourced litigant“), nicht aber eine Beseitigung der klassischen adversary-doctrine bezweckt sei: „The legal profession will, however, be performing its traditional adversarial role in a managed environment governed by the courts“ („Woolf Report“: *Access to Justice*, 1996, 14), ist der Wandel von der Vorstellung einer „prozeduralen“ zu einer „materialen“ Gerechtigkeit nicht zu verkennen. Daneben bleibt zu erwarten, daß mit der gewollten Reduzierung der hohen Prozeßkosten und der damit einhergehenden Erhöhung des Prozeßaufkommens nicht nur die oben skizzierten deutschen „Rechtspflegeentlastungs-Probleme“ auftreten werden, sondern auch der materielle Gerechtigkeitsgehalt des englischen case law notwendig beeinträchtigt wird. Qualität und Quantität sind eben auch hier Gegenspieler. Die Prozesskosten waren nämlich bisher durchaus „the price which is to be paid for ... meticulous development of case-law doctrine“, vgl. Neil Andrews, The Adversarial Principle: Fairness and Efficiency, in: A.A.S. Zuckerman / Ross Cranston, *Reform of Civil Procedure*, 1995, 169 ff. (Zitat S. 176).

¹⁰⁸ Zweigert/Kötz, aaO, 267.

¹⁰⁹ Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwaltshaftung angesichts der nunmehr explizit klargestellten (quasiinquisitorischen) Verantwortung des Richters modifizieren wird. Nach Aussage eines Mitglieds des insoweit zuständigen IX. Zivilsenats gegenüber dem Verf. soll § 139 ZPO n.F. Anwälten nicht zur Exkulpation gereichen. Das war allerdings vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts v. 12. 8. 2002 (NJW 2002, 2937/38). Die Verfassungsbeschwerde eines Rechtsanwalts wurde zwar letztlich nicht zur Entscheidung angenommen, die warnende Botschaft an die Kollegen des BGH war aber mehr als deutlich: „Auch wenn eine Amtshaftung wegen des Richterprivilegs regelmäßig ausscheidet, legitimiert dies nicht die Haftungsverschiebung zu Lasten der Rechtsanwälte, ohne in Rechnung zu stellen, dass hierbei deren Grundrechte berührt werden. Auch als „Organe der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) haften die Rechtsanwälte nicht ersatzweise für Fehler der Rechtsprechung, nur weil sie haftpflichtversichert (§ 51 BRAO) sind. (...) Kein Rechtsanwalt könnte einem Mandanten mehr zur Anrufung der Gerichte raten, wenn er deren Fehler zu verantworten hätte. Nach der Zivilprozessordnung treffen die Gerichte Hinweis- und Belehrungspflichten (sic!) ... Die Gerichte sind verfassungsrechtlich nicht legitimiert, den Rechtsanwälten auf dem Umweg über den Haftungsprozess auch die Verantwortung für die richtige Rechtsanwendung zu überbürden.“

Hier entspinnt sich gerade ein Glaubenskrieg über die Verantwortung für die „richtige Entscheidung“. Und er kann von keiner Seite gewonnen werden, solange es weder Einhelligkeit zum Thema „richtiges Recht“ noch zum Thema „Zuständigkeit“ hierfür gibt. Nach § 139 ZPO ist es nun wohl das Gericht. Aber wer wollte noch Richter werden, wenn andere Richter mit Muße in einem Haftungsprozeß die eigenen Urteile wie Examensklausuren bepunkten?: „Who is the final arbiter?“ Hier beißt sich die Katze in den Schwanz: Entweder haften Rechtsanwalt und/oder Richter, oder die letztinstanzlich festgestellte ‚Einzelfallgerechtigkeit‘ bleibt auf der Strecke. Die letzte Instanz darf dann die Achseln zucken, die Fehler von Rechtsanwalt und Vorinstanz(en) konstatieren aber alles ohne einen Haftpflichtigen zu benennen. Vielleicht sollte man schon einmal einen Fond für die „Opfer des Rechtsstaats“ einrichten.

¹¹⁰ Gustav Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, 4. Aufl. (1958), 33 ff.: „Daß Rechtssicherheit die vorherrschende Rechtsidee ist, lässt sich an der ganzen englischen Rechtsgeschichte zeigen.“ (S. 38).

spontanen *panta rei* verpflichtet fühlt, sondern sich auch als maßgebliche *allgemein(!)* verbindliche Rechtsquelle in der Verantwortung weiß.¹¹¹

Freirecht ist eine gute Sache dort, wo mit Entscheidungsfreiheit auch verantwortungsvoll und weise umgegangen wird. Doch salomonische Weisheit findet sich schwerlich *ad hoc* im Einzelfall. Billigkeit und Willkür liegen bekanntlich sehr eng beieinander.¹¹² Und was im Zivilrecht billig erscheint, wenn man die Sache vom Standpunkt der einen Seite besieht, erscheint nur allzu oft als unbillig, wenn man sie vom Standpunkt der anderen Seite betrachtet. Das für die Entscheidung ausschlaggebende „überwiegende Motiv“ ist jedenfalls einer Generalklausel nicht zu entnehmen. Für richterliche Entscheidungen gilt dann das, was für menschliche Entscheidungsfindung generell gilt: sie richtet sich am *individuellen (sic!) Wertesystem* aus, und das kann bekanntlich von Person zu Person erheblich variieren. Es hängt ab vom Stand der eigenen Reflexion über „Recht und Gerechtigkeit“, die eigene Sozialisation, die eigene soziale Rolle und individuelle Erfahrung beim Autokauf, Eigenheimbau, Anlagegeschäft usw.: Die Sympathien sind hier klar sozial und zufällig determiniert. Der eine postuliert grundsätzlich die Tugend der individuellen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, der andere die des kommunitären Altruismus, des sozialen Ausgleichs und der Hilfe für die Schwachen und Unwissenden, der nächste entscheidet nach ästhetischen Gesichtspunkten der Sympathie oder Antipathie für eine Partei und manchmal auch allein nach dem Gesichtspunkt der einfachsten Erledigung.¹¹³ Die Gründe hinter den Gründen bleiben regelmäßig verborgen. Ein inhaltsoffener Diskurs in der mündlichen Verhandlung findet aus ‚Zeitmangel‘ oder persönlicher Inkompetenz kaum noch statt¹¹⁴ und auch das diskursive Korrektiv einer Kollegialentscheidung ist endlich als „*Fehlsteuerung in der Berufungsinstanz*“ enttarnt.

Im Mittelpunkt des legalisierten Voluntarismus steht die individuelle Urteils kraft des Einzelrichters: „*iudex sum, humani nihil a me alienum puto*“. „Menschliches, Allzumenschliches“?! Doch worin hat sich ein Richter vom gemeinen Menschen zu unterscheiden? Es ist natürlich kein Zufall, daß um wichtige Richterstellen ein unangenehmes politisches Geschacher stattfindet.¹¹⁵ Aber das politische Bekenntnis sagt allenfalls etwas über den grundsätzlichen gesellschaftlichen Wertekanon der betreffenden Person, etwas über politische Ämterpatronage und demokratische Bedenklichkeiten bei der Richterwahl, nichts hingegen über richterliche Tugenden, die einen befähigen, *über andere zu richten*. Das formale Kriterium von zwei Staatsexamina wird man in diesem Zusammenhang kaum noch ernsthaft als Qualifikation ansehen können, wenn man sich die

¹¹¹ Gänzlich anderer Ansicht ist offenbar Eugen Bucher (Fn. 36), 415, der dem Präjudizienrecht jede Eigenschaft als Rechtsquelle abspricht: „Unter der Herrschaft des *Common Law* hat ... der Begriff Rechtsquelle keinen Sinn, denn die Entscheidungspraxis der Gerichte bedarf keiner Rechtsquellen.“ Die „Praxis der Gerichte“ sei „nicht an vorgegebene Normen gebunden“. Hier liegt eine eigenwillige Interpretation, wenn nicht gar eine Verkennung, des englischen *Common Law*s, die ihre Ursache offenbar in Bucher's inkonsequenter Vorstellung von dem findet, was er als „Rechtsquelle“ betrachtet (oder vielleicht auch betrachtet sehen möchte: die „Rechtsüberlieferung“). Bei genauerem Hinsehen würde er die von ihm präferierte historische Besinnung aber geradezu idealtypisch im englischen Konservatismus wiederfinden (insoweit darf denn auch das englische keineswegs mit dem amerikanischen *Common Law* identifiziert werden). Es ist jedenfalls offensichtlich widersprüchlich, die „Masse der Lücken“ in der „Rechtsquelle“ Kodifikation auf der einen Seite als „unendlich“ zu charakterisieren, weil sich nicht alle Einzelfälle „unmittelbar aus dessen Textverständnis ergeben“ (oben Fn. 36), auf der anderen Seite aber der Fülle präjudizierender Einzelfälle, den Rechtsquellencharakter abzusprechen. Eben die Konkretheit, die man mit der Abstraktheit von Gesetzen schilt, findet sich in den Präjudizien, und hier liegt dann in der Tat die von Bucher herausgestellte „spiegelbildliche Umkehrung“ der beiden Systeme.

¹¹² So nimmt es denn z.B. nicht Wunder, daß richterlicher Freiraum einerseits als Hort unkonventioneller Entscheidungen gelobt (Gerhard Struck, Salomonisches Urteil und dogmatische Rechtswissenschaft, in: *Festschrift für Egon Schneider*, 1997, 1 ff.) und andererseits als Verlockung zur Willkür kritisiert wird (Egon Schneider, Bricht Willkür Bundesrecht?, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht [ZIP]*, 1992, 895); vgl. hierzu auch den empirischen Befund bei Hubert Rottleuthner, *Entlastung durch Entformalisierung?*, 1997: „Die beiden Untersuchungen zeigen eine Reihe von bedenklichen Handhabungen. Es handelt sich natürlich stets ‚nur‘ um Einzelfälle (...) Der Gesetzgeber möge sich der mehrfachen Ambivalenz solcher Regelungen bewusst sein: 1. Was auf Entlastung zielt, kann zu einer Belastung der Rechtsstaatlichkeit werden. 2. Was eine Seite entlasten mag, belastet die andere ...“ (S. XI f.).

¹¹³ Was für Freirechtler und Common Lawyer als Prämisse eine evidente „Banalität“, ist für die deutsche Rechtssoziologie ein problematisches und seit Dahrendorf's Ausruf, dass „die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte andere Hälfte der Gesellschaft zu urteilen befugt“ sei, vorzugsweise klassenkämpferisches Feld. Herkunft und Weltbild von Richtern stehen im Vordergrund der Betrachtung, und es gilt als eher progressiv und als „tatsächliche Wahrnehmung richterlicher Unabhängigkeit“, „leichtere Gesetzesverstöße“ im „Interesse einer guten Sache“ zu tolerieren; zu alledem kurz: Manfred Rehbinder, *Rechtssoziologie*, 2000, Rn. 132 ff.; stellenweise immer noch recht tendenziös aber sachlich doch darüber hinaus geht die „alternative Justizsoziologie“ bei Theo Rasehorn, *Der Richter zwischen Tradition und Lebenswelt*, 1989 m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. zuletzt Konrad Redeker, Mündliche Verhandlung – Sinn und Wirklichkeit, *NJW* 2002, 193.

¹¹⁵ Vgl. nur Günter Bertram, Konkurrentenklagen – „Bestenauslese“?, *NJW* 2001, 3167; Sebastian Lovens, Verfassungswidrige Richterwahl?, *ZRP* 2001, 465; Theo Rasehorn, Um die „Bestenauslese“ bei der Richterwahl, *Recht und Politik*, 38 (2002), 38 ff.

Vermittlung und Prüfung allein positiven Wissens, ja gerade die alleinige Methode der Subsumtion unter eine Gesetzesnorm vor Augen führt. Bekanntlich steht die aktuelle Juristenausbildung immer noch in der Tradition Preußens, und mithin in der Abneigung gegen „geheimnißvollen Subtilitäten-Kram“, im Zeichen von Gesetzesbindung, Rechtsklarheit und Kodifikationsidee. So bleibt hier also nur die Hoffnung, daß, ganz im Sinne *Jhering'scher* Gefühlsevolution, eine hervorragende Kenntnis der Rudimente des positiven Rechts im entscheidenden Moment das passende Rechtsgefühl wird heranreifen lassen.¹¹⁶ Sicher ist das freilich nicht. Denn immerhin atmete *Jhering's* Glaube an die Rechtsquelle „Rechtsgefühl“ eine ganz andere Luft der Juristenausbildung: Die Trinität von Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte und *praxisorientierter* Rechtsdogmatik.¹¹⁷ An welcher juristischen Fakultät in Deutschland ist aber diese Trinität echter Rechtsweisheit (*iuris prudentia*) tatsächlich noch Programm? Ist dem deutschen Assessor nach durchschnittlich 5 Jahren löffelfertigem *Alpmann/Schmidt*-Einheitsbrei tatsächlich „des Menschlichen nichts mehr fremd“? Oder ist der aktuelle Berufsausbildungs- und Spezialisten-Geist in der steten Hochschul- und Juristenausbildungsreform tatsächlich geeignet, universal gebildete und kompetente Juristen auf ihre Aufgabe, die „Einzelfallgerechtigkeit“, vorzubereiten?¹¹⁸ Wenn das erste Justizprüfungsamt die Grundmotive seiner Prüfungsordnung wieder im Geiste Wiener Universitätspolitik von 1855 dergestalt formuliert:

*„Bei der Behandlung der juridischen Fächer wird die dogmatische, die historische und die philosophische Methode zweckmäßig zu verbinden, und ... dahin zu streben seyn, den Studierenden ein gründliches Verständniß der Prinzipien der Rechtswissenschaft und die Befähigung zu vermitteln, sich jene Detailkenntnisse, welche keinen Gegenstand eines wissenschaftlichen Vortrages zu bilden geeignet sind, durch eigenen Fleiß, Selbstthätigkeit und Praxis leicht erwerben zu können.“*¹¹⁹

dann mag das Vertrauen in die Urteilskraft eines so universal und zumindest fundamental gebildeten Juristen es vielleicht rechtfertigen, an die Weisheit des Case Law und die gerechte Entscheidung im Einzelfall zu glauben. Bis dahin gilt, daß zur Schärfung weiser Urteilskraft „das Lesen der Bibel nützlicher sein kann als das Lesen juristischer Fachliteratur.“¹²⁰ Der moderne Ruf nach „Interdisziplinarität“ auch in der Juristenausbildung verrät leider nur zu oft die erschreckende Ahnungslosigkeit von der anspruchsvollen Weite der eigenen „Disziplin“: „*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*“.

Hier schließt sich dann auch der Bogen zur zweiten Hälfte des eingangs zitierten *Cicero*-Wortes¹²¹; denn wenn die Gesetze nicht mehr „handgreiflich“ sind, dann lässt sich die Arglist im Rechtsverkehr nur noch insoweit beseitigen, als Vernunft und Einsichtsfähigkeit des Richters (als Philosoph!) reichen („...*philosophi, quatenus ratione et intelligentia*“). Man mag ob der „Juristenschwemme“ derweil an deutschen Fakultäten mit „Anwaltsorientierung“, „Schwerpunktbereichen“, „Bachelor-, Master- und interdisziplinären Aufbaustudiengängen“

¹¹⁶ Vgl. *Jhering's* dritten Wiener Vortrag vom 12. März 1884: *Ueber die Entstehung des Rechtsgefühls* (oben, Fn. 5). Schließlich war es das *Jhering'sche* „Rechtsgefühl“, das von den Vertretern des Freirechts zur zentralen Rechtsquelle erhoben wurde. Nach den Erfahrungen mit dem „3. Reich“ sollte insoweit durchaus Skepsis hinsichtlich der Brauchbarkeit bestehen, vgl. die kritische Analyse bei Erwin Riezler, *Das Rechtsgefühl*, 1946.

¹¹⁷ Vgl. *Jhering's* ersten Wiener Vortrag vom 16. Oktober 1868: *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, herausgegeben von Okko Behrends, 1998.

¹¹⁸ Wenig verheißungsvoll: Michael Stolleis, Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung, *NJW* 2001, 200; und selbst euphorische Befürworter aktueller Gesetzgebungsinitiativen erkennen das Defizit: Gesetzgeber und Universitäten müssen „gerade wegen Berufsbezogenheit und Spezialisierung für ein gemeinsames Wurzelwerk sorgen. Dies können in einer Zeit, in der selbst das BGB nicht mehr für Beständigkeit bürgt, allein die Grundlagenfächer sein. Sie sind notwendiges Gegengewicht gegenüber dem Zeitgeist, der von den Studierenden eindringlich verlangt, sich möglichst zielstrebig auf die Anforderungen des Berufes vorzubereiten“, so Peter Hommelhoff/Christoph Teichmann, Forum: Modernisierung in Kontinuität – die Revolution der Juristenausbildung, *JuS* 2001, 841/845.

¹¹⁹ „Allerhöchste Entschließung vom 24. Febr 1855“, zitiert bei Okko Behrends, Vorwort, in: ders. (Hrsg.), *Jhering, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, 1998, 12 m.w.N. In diesem Sinne spricht auch das „Ladenburger Manifest“ vom Leitbild eines „allseits einarbeitungsfähigen Juristen, der über juristische Urteilskraft verfügt“ (*NJW*, 1997, 2935).

¹²⁰ So das Fazit bei Gerhard Struck, (Fn. 112) S. 1/24. Daß es tatsächlich die Bibel ist, aus der heraus sich die Grundfragen von Recht und Gerechtigkeit hervorragend illuminieren lassen und die insoweit gewinnbringend im Mittelpunkt juristischer Ausbildung stehen kann, hat jüngst Alan M. Dershowitz sehr nett belegt mit „*The Genesis of Justice*“ 1999; einem Buch, das aus Seminaren an der Harvard Law School hervorgegangen ist. Man muß auf der Suche nach „Gerechtigkeit“ eben nicht notwendig ein Anhänger der Staatsphilosophie *Carl Schmitt's* sein, um jenseits aller Dogmatik die inhaltliche Nähe von Theologie und Jurisprudenz zu erkennen.

¹²¹ Oben Fn. 5

experimentieren, die Curricularnormwerte künstlich aufbauschen, mit Fachhochschulen um Inhalte und Studenten wetteifern und über allem die „*Befähigung zum Richteramt*“ gänzlich aus dem Blick verlieren. Die ach so moderne Kritik an der traditionellen deutschen Juristenausbildung als Richterausbildung entpuppt sich eben nur wenn man ganz genau hinschaut als der vielleicht fatalste *faux pas* in der „Logik des Misslingens“ deutschen Reformeifers. Auf zur „Einzelfallgerechtigkeit“!

Aber „Gerechtigkeit“ - was war das noch gleich? Niemand, der die Praxis an deutschen Gerichten kennt, wird ernsthaft annehmen, daß ein Richter auf Probe schließlich Zeit - und ein auf Lebenszeit ernannter, wenn er Zeit hätte, noch Motivation findet, das einst im Leben und im Studium Versäumte nachzuholen. Gerechtigkeit ist eine seltene Tugend, die allenfalls entfaltet, nur mühsam studiert, keineswegs aber repetiert werden kann. Vielleicht leuchtet ja dermaleinst wieder eine verbindende Idee im Zentrum juristischer Fakultäten auf, die ein leitendes Band aus allen Veranstaltungen heraus auf den Campus trägt und dort eine Aura verbreitet, in der eben jene Tugend auch tatsächlich sich entfalten kann. Man muss gegenwärtig kein Prophet sein, zu erkennen, daß hingegen unter dem Motto „*Wer vieles bringt, wird manchem etwas bringen*“¹²², wo jeder Spezialist sein individuelles Steckpferd als neu eingerichteten „Schwerpunkt“ in möglichst großem Umfang reitet und die konzentrierende Kraft der verbindenden Zusammenhänge zurückgedrängt wird und verloren geht, allenfalls ein Klima der Zerstreuung sich entfalten wird. Schließlich geht nicht nur bei denjenigen, die an die Weisheit von Sprachanalyse glauben, das Gerücht, daß die suggestive Rhetorik von der „Einzelfallgerechtigkeit“ inhaltlich eine ebenso unsinnige Paradoxie ist, wie etwa das „Einzelredege-rede“ von einem „Einzelbergge-birge“ es wäre: *Ge*-recht zu sein im Einzelfall, verlangt eben die *Ge*-samtschau dessen, was *Recht* sein soll, auch in *jedem anderen* Einzelfall.¹²³ Das aber ist fürwahr eine titanische Last, die schwerlich der Einzelne im Einzelfall zu heben vermag. Und so ist denn auch die „unzeitgemäße Betrachtung“ Friedrich Nietzsches über die „Berufung zur Gerechtigkeit“ offenbar heute unzeitgemäßer denn je:

„Der Wahrheit dienen wenige in Wahrheit, weil nur wenige den reinen Willen haben, gerecht zu sein, und selbst von diesen wieder die wenigsten die Kraft, gerecht sein zu können. Es genügt durchaus nicht, den Willen dazu allein zu haben: und die schrecklichsten Leiden sind gerade aus dem Gerechtigkeitstrieb ohne Urteilskraft über die Menschen gekommen.“¹²⁴

Auf eben dieser Einsicht in die Beschränktheit individueller und vor allem pseudo(ein)gebildeter Gerechtigkeit basierte einst die entschieden höhere Wertschätzung „der formalen“ gegenüber der heute so hochgeschätzten „materialen“ Gerechtigkeit des Richters. Mit dem Hinweis auf die angebliche ‚Gerechtigkeit‘ des Einzelfalls lassen sich demgegenüber Rechtssicherheit und Formalismus wunderbar überzeugend diskreditieren. Und natürlich stimmt auf suggestive Fragen jeder in den Hymnus individueller Gerechtigkeit mit ein, so daß die selbstbewusste Emanzipation von solchen Albernheiten wie der „Gesetzesbindung“ bereits und gerade in den 1970’er Jahren schwerlich noch überrascht: „*Die jungen Richter sehen ihre Aufgabe eher im pragmatischen Streben nach vernünftigen Entscheidungen für den Einzelfall als im blinden buchstabengetreuen Gesetzesvollzug.*“¹²⁵ Doch verlor nicht so mancher seine letzte Tugend, als er den ‚Formalismus‘ fortgab für das, was er nannte: „Vernunft“?

Freilich: Wer möchte schon als „blind“ gelten - außer zuweilen eine allegorisch eben genau so dargestellte Tugend? Verschwiegen wird denn auch, daß die in Instituten und Normen überkommene Form des Rechts immer schon das geronnene Ergebnis eines mehr oder weniger gründlichen geschichtlichen Diskurses über Gerechtigkeit ist, und eben hierin der Glaube an die „*ratio scripta*“ des überlieferten Gesetzestextes als Quintessenz „geoffenbarter Vernunft“ eher liegt als in geschichtslosen modernen „Standards“. Den

¹²² J. W. v. Goethe, Faust I, Vorspiel auf dem Theater, Vers 95-98: „Die Masse könnt ihr nur durch Masse zwingen,/ Ein jeder sucht sich endlich selbst was aus./ Wer vieles bringt wird manchem etwas bringen;/ Und jeder geht zufrieden aus dem Haus.“

¹²³ Oder in den klassischen Worten griechischer Philosophie und römischer Jurisprudenz: „*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*“.

¹²⁴ Friedrich Nietzsche, *Unzeitgemäße Betrachtungen* (Werke Bd. 1, S. 244; WBG 1999)

¹²⁵ Andreas Heldrich/Gerhard Schmidtchen, *Gerechtigkeit als Beruf*, 1982, S. 213

Diskurs kann man fortführen, wenn man sich in seiner Tradition weiß und an der Perfektion der die *ratio* vermittelnden Form weiter arbeitet, auf der Suche nach der die „Gerechtigkeit“ bestmöglich konturierenden „Idealform“. Die Form aufgeben heißt: den Diskurs beenden, und ihn dann in dogmengeschichtlicher Umbildung oder eklektischer Pseudooriginalität an beliebiger Stelle doch immer wieder neu beginnen. „Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine solche Jurisprudenz lässt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen.“¹²⁶

In diesem Verständnis und in jenem Streben findet sich der kleine aber feine Unterschied zwischen konstruktiver historischer Rechtswissenschaft und dem destruktiven „*panta rei*“ geschichtsloser Rechtsschulen. Mit Bernhard Windscheid vom Recht als einem fließenden „Strome“ zu reden¹²⁷ ist halt nur dann wirklich passend, wenn man nicht in einem Teiche wadet und sich an den Wellen ergötzt, die man selber verursacht. Doch wie immer die Geschichte einst die ‚Reformen‘ des 21. Jahrhunderts beurteilen mag, als „Welle im Strome“ oder als „Sturm im Wasserglas“, eines jedenfalls ist sicher: Geht das Verantwortungsbewußtsein für Wesen und Sinn rechtlicher Form als perpetuierter *ratio* in unendlicher Abstraktion und methodologischer Konfusion verloren, dann bleibt schließlich wahrlich nur die Hoffnung auf den richterlichen Gerechtigkeitstrieb und eine hinreichende Urteilskraft in jedem ... Einzelfall; die Hoffnung auf die individuelle *ratio* in jedem einzelnen modernen *Ordal*.

Die vom materiellen Recht mittlerweile nicht nur ausdrücklich akzeptierte, sondern sogar notwendig provozierte Zunahme richterlicher Freiheit und Verantwortung bei der Rechtsfindung, wirft ebenso notwendig ein neues Licht auf die Anforderungen, die an den Juristenstand im allgemeinen und die Richterpersönlichkeit im besonderen zu stellen sind. Das, was im angelsächsischen Rechtskreis ein Gemeinplatz, im deutschen Recht jedenfalls für den Richter an den obersten Bundesgerichten im Fokus der Öffentlichkeit und für den Strafrichter im Stillen ohnehin seit jeher galt,¹²⁸ besitzt endlich auch für den Zivilrichter Realität: Die Entscheidung ist nicht Spiegelbild einer gereiften Rechtsdogmatik, sondern der jeweils entwickelten Richterpersönlichkeit. Der Richter ist nicht mehr „Mund des Gesetzes“, sondern er gebietet erst das Recht aus *seinem* individuell gesetzten „Geist“ in jedem ... Einzelfall. Er steht nicht mehr auf den Schultern einer als Summe dreitausendjähriger juristischer Weisheit kodifizierten und auch so verstandenen *ratio scripta*, die es nicht oder doch nur noch in Bruchstücken gibt, sondern er ist verwiesen auf die relative Enge oder Weite seiner ganz persönlichen „*exiguitas ingenii mortalis*“¹²⁹. Die „Einzelfallgerechtigkeit“ korrespondiert und variiert mit der Weisheit und Gerechtigkeit des Richters im ... Einzelfall. Wohl dem Rechtsstaat, da sich diese Tugenden bei der Richterschaft die Fülle finden lassen, und wehe ihm, wenn nicht nur das Gesetz, sondern auch der Richter im Geiste des *Äolos* zum unbegreiflichen *Proteus* wird. Einer Partei, die erbost oder resigniert eine unzulässige Ungleichbehandlung vermutet, nur weil vielleicht gerade der für sie zuständige Richter jene Tugenden nicht besitzt oder sie ausgerechnet in diesem Fall ob seiner Überlastung nicht entfalten konnte, der mag man immerhin beruhigend oder tröstend entgegenhalten, daß eine Rechtsordnung der „Einzelfallgerechtigkeit“ Ungleichbehandlungen *per definitionem* ausschließt: Denn sie kennt keine abstrahierende Gleichheit, sondern nur den unvergleichlichen ... Einzelfall.

¹²⁶ R. v. Jhering, Unsere Aufgabe, *Jheringer Jahrbücher* 1(1857), 1/16

¹²⁷ „Wir wollen das Gesetzbuch haben und die Rechtsarbeit der Jahrhunderte auch: dafür wollen wir als echte historische Juristen sorgen. Als historische Juristen wissen wir, daß das Gesetzbuch nichts sein wird, als ein Punkt in der Entwicklung, fassbarer gewiß als die Wasserwelle im Strome, aber doch nur eine Welle im Strome.“ Bernhard Windscheid, Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft, in: ders. *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, hrsg. von Paul Oertmann, 1904, 75 f.

¹²⁸ Spätestens seit der Diskussion um den „Richter Gnadenlos“ ist der Ermessensspielraum im Strafrecht sehr publik. Der notwendig weite Spielraum auf der Rechtsfolgenseite wird hier aber weitgehend durch begriffliche Strenge auf der Tatbestandsseite kompensiert.

¹²⁹ Die Einsicht in die „Beschränktheit des menschlichen Verstandes“ stand immerhin noch *Justinian*’ in § 16 der „*Constitutio Tanta*“ durchaus vor Augen. Und so mancher verantwortungsvolle Richter wünschte sich wohl schon sein Gewissen erleichtert, wenn er nur auf die *ratio scripta* eines Gesetzes – auch wenn er sie nicht erkennt – wenigstens vertrauen könnte.

Anschrift des Autors: Dr. Jörg Benedict, Universität Rostock, Juristische Fakultät, Möllner Str. 10, 18109 Rostock