

XXX 57210

23 123

Stephan Meder

Rechtsgeschichte

Eine Einführung

5., durchgesehene Auflage



1. Zivilrecht, Bürgerliches Recht und Privatrecht

„Zivilrecht“ ist der deutsche Übersetzungsbegriff für das lateinische Wort *ius civile* (S. 29). Daneben sind in der wissenschaftlichen Sprache die Begriffe „Bürgerliches Recht“ und „Privatrecht“ verbreitet. Auch der Name „Bürgerliches Recht“ ist dem römischen *ius civile* entlehnt. Bürgerliches Recht bezeichnet kein Sonderrecht für Bürger im Sinne eines Geburts- oder Berufsstandes oder einer sozialen Klasse. Seit der französischen Revolution wird „Bürger“ in der Bedeutung des *citoyen* und „Bürgerliches Recht“ als das für jedermann geltende Recht einer ständelosen Gesellschaft verstanden. Insofern sind „Bürgerliches Recht“ und „Zivilrecht“ gleichbedeutend. Allerdings haben sich die Begriffe in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weiter ausdifferenziert und verfeinert. Man pflegt den Bereich Bürgerlichen Rechts heute auf diejenigen Teile des Pandektenrechts zu beschränken, die im BGB zusammengefasst sind. Hierzu gehören auch der dogmatische Unterbau sowie jene große Zahl von Entscheidungen, die der BGB-Gesetzgeber nicht hat selbst treffen, sondern Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen wollen. Dagegen werden die zivilrechtlichen Sondergebiete, in denen die Lebensverhältnisse bestimmter Bevölkerungsgruppen eine Regelung finden, aus dem herkömmlichen Bürgerlichen Recht ausgegliedert. So ist etwa das Handelsrecht ein Sonderrecht für Kaufleute, das Arbeitsrecht ein Sonderrecht zur Regelung der Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, das Wirtschaftsrecht ein Sonderrecht der gewerblichen Wirtschaft und das Immaterialgüterrecht ein Sondergebiet für Urheberrechte und gewerbliche Schutzrechte. Das Bürgerliche Recht wäre nach dieser Klassifizierung ein Teilgebiet des Zivilrechts – „Zivilrecht“ also der umfassendere, „Bürgerliches Recht“ dagegen der engere Begriff.

Der Begriff „Privatrecht“ ist ebenfalls römischen Ursprungs. Er erinnert daran, dass die Römer den gesamten Rechtsstoff in zwei Hauptteile gegliedert haben – in *ius privatum* und *ius publicum*. An der begrifflichen Entgegensetzung von *privatum* und öffentlichem Recht⁵⁷ hat die

kontinental-europäische Rechtspflege bis heute festgehalten. In großen Zügen ließe sich der Unterschied wie folgt skizzieren: Privatrecht ist seiner Idee nach derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Beziehungen der Einzelnen zueinander auf der Grundlage ihrer Gleichberechtigung und Selbstbestimmung regelt. Im öffentlichen Recht werden dagegen die Beziehungen des Staates und anderer mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteter Verbände sowohl zu ihren Mitgliedern wie untereinander geregelt. Man könnte also sagen, dass im Privatrecht die Gleichordnung, im öffentlichen Recht die Über- und Unterordnung im Vordergrund steht. Diese Einteilung gewinnt durch Übereinstimmungen mit der Differenz von Gesetz und Vertrag noch an Überzeugungskraft: Gesetze – oder im weitesten Sinne „Normen“ – zeichnen sich aus durch das Merkmal der Heronomie oder Fremdbestimmtheit, wo ein vom Normadressaten verschiedener Normsetzer diesem ein bestimmtes Verhalten auferlegt und ihn so zum „Rechtsunterworfenen“ macht. Dagegen herrscht beim Vertrag idealiter keine Fremdbestimmtheit, keine Heronomie, sondern Selbstbestimmung und (Privat-)Autonomie.

Die Abgrenzung des Privatrechts von anderen Rechtsgebieten bereitet in der jüngeren Zeit zunehmend Schwierigkeiten (dazu auch S. 468, 471). Sie ist keineswegs nur von theoretischem Interesse. In der Praxis entscheidet nämlich die Zuordnung eines Sachverhalts zu einem dieser Gebiete darüber, welche Gerichtsbarkeit für dessen Beurteilung zuständig ist. So gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor die „ordentlichen Gerichte“, d. h. die Zivilgerichte (§ 13 GVG). Dagegen ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, soweit für sie kraft ihres Verfassungsranqs nicht die Verfassungsgerichtsbarkeit eröffnet ist, der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Einer der Gründe für die Schwierigkeiten der Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht liegt darin, dass die moderne Gesellschaft nicht mehr als Adressatin einer einheitlichen, durch das staatliche Gesetz vermittelten Botschaft zu begreifen ist. In wachsendem Maße wird es bestimmten Gruppen, Verbänden, Unternehmen oder Körperschaften heute wieder gestattet, sowohl selbst als auch in Kooperation mit dem Staat Normen zu setzen. Beispiele bieten sowohl das Vereins-, Gesellschafts- oder Ständerecht, als auch Ordnungsgebilde wie Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen,

⁵⁷ Zur allmählichen Verselbständigung des öffentlichen Rechts gegenüber dem römischen *ius publicum* vgl. Stollis 1, 73 und II, 51.

Allgemeine Geschäftsbedingungen oder bestimmte Rechtsbildungen supra- oder transnationalen Rechts (z. B. *lex mercatoria*). Ihnen ist gemein, dass sie nicht von einem staatlichen Gesetzgeber, sondern von Privaten formuliert werden. Nun ist bei vielen solchen Regelungen, etwa bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, umstritten, ob es sich um Normen oder um Verträge handelt. Der Streit rührt daher, dass sich die Parteien hier eher unter dem Gesichtspunkt der Über- und Unterlegenheit als dem der Gleichordnung gegenüberstehen. Dem Privatrecht unterfallen also zunehmend auch Rechtsbeziehungen, die mehr durch Heteronomie oder Fremdbestimmung als durch (Privat-)Autonomie oder Selbstbestimmung geprägt sind. Umgekehrt kann im öffentlichen Recht, wo kooperative oder konsensuale Strukturen in der Normsetzung die Oberhand gewinnen, nicht mehr ohne weiteres von einem Verhältnis der Über- oder Unterordnung gesprochen werden.

1.1 Das Sonderprivatrecht

Als Komplementärbegriff zum öffentlichen Recht steht das Privatrecht an der Seite des Zivilrechts. Beide Begriffe umfassen auch das bereits erwähnte Sonderrecht des Handels, welches im Handelsgesetzbuch (HGB) und einer Reihe von Nebengesetzen geregelt ist. Das Bürgerliche Recht beschränkt sich dagegen auf die Kerngebiete des Zivil- oder Privatrechts. Im Zuge der technologischen und wirtschaftlichen Entwicklung hat sich in elementaren Bereichen des bürgerlichen Lebens ein Bedarf an neuen Rechtsnormen ergeben. Die überaus umfangreiche zivilrechtliche Kommentarliteratur bietet ein eindrucksvolles Zeugnis von den Erweiterungen und Modifikationen, die der klassische Bestand an Rechtsätzen in den letzten Jahrzehnten vornehmlich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung erfahren hat. Über die private Normsetzung und das Richterrecht hinaus ist das Spektrum zivilistischer Rechtsquellen durch Rechtssetzungsakte auf europäischer Ebene, etwa in Gestalt von Rahmen- oder Einzelrichtlinien, erheblich ausgeweitet worden. Zu einem beträchtlichen Teil haben die neu geschaffenen Normen ihren Platz in Spezialgesetzen außerhalb des BGB gefunden.

Vor allem dieser neu gebildete, nicht in die Kodifikation eingetretene, sondern in Spezialgesetze ausgegliederte Normenbestand wird seit einigen Jahrzehnten mit dem Begriff des Sonderprivatrechts umschrieben. Doch gibt es auch Autoren, die den Begriff für gänzlich überflüssig halten oder nur das Handelsrecht als Sonderprivatrecht gelten lassen und andere spezialgesetzliche Regelungen als Teil des allgemeinen Bürgerlichen Rechts betrachten wollen. Andere wiederum verweisen auf die prinzipiell verschiedenen Wertungsgesichtspunkte des Sonderprivatrechts, die sich dem überkommenen Pandektensystem nicht zuordnen lassen und sich jedenfalls von denen des klassischen Zivilrechts erheblich unterscheiden. Die Annahme eines Sonderstatus von Rechtsnormen auf Grund abweichender Wertungsgesichtspunkte setzt allerdings eine Entscheidung darüber voraus, welcher Inhalt eine Norm überhaupt als Ausnahmsvorschrift kennzeichnend und inwieweit dieser vom herkömmlichen Zivilrecht abzugrenzen ist.

Eine solche Entscheidung trifft der bereits im römischen Recht entwickelte Begriff des singulären Rechts (*ius singulare*). Dabei handelt es sich um anomale, regelwidrige Rechtsätze, die ein allgemeines Rechtsprinzip durchbrechen. Singulär sind z. B. die römischen Beschränkungen der Interzession von Frauen (3. Kapitel 4-1, S. 90; 470), da sie die allgemeinen Vorschriften über Geschäfts- und Handlungsfähigkeit durchbrechen. Als weiteres Beispiel ließen sich die vielen Formvorschriften anführen, die der moderne Verbraucherschutzgedanke hervorgebracht hat (S. 461), da sie dem Prinzip der Formfreiheit zuwiderlaufen. Auch die Gefährdungshaftung (S. 466) ist als singuläres Recht qualifiziert worden, weil sie mit dem als herrschend angenommenen Verschuldensprinzip in Konflikt gerät. Der Begriff des singulären Rechts hat in erster Linie rechtssystematische Bedeutung. Denn er gibt Aufschluss darüber, welches von zwei widerstreitenden Prinzipien dem höheren Rechtsprinzip entspricht (Regel) und welches es durchbricht (Ausnahme). Darüber hinaus hat der Begriff auch rechtspraktische Bedeutung, weil singuläre Rechtsätze nicht analogiefähig sind: Sie wollen das höhere Prinzip nicht aufheben, sondern von diesem nur in Sonderfällen abweichen. Jedoch kann die Bildung eines zunächst singulären Rechssatzes im Laufe der Zeit auch systemändernde Wirkungen entfalten. Systemänderungen

pfllegt man heute auf Grundlage von Begriffspaaren wie formal-material, liberal-sozial oder unter Bezugnahme auf abweichende „Sozialmodelle“ zu charakterisieren (18. Kapitel 1.4, S. 394). Vor diesem Hintergrund wäre das Sonderprivatrecht als Ausdruck der allgemeinen Tendenz zur Materialisierung des Rechts zu verstehen (näher 3. Auflage, 425 ff.). Die Begriffsbildung ist freilich noch keineswegs abgeschlossen.

1.2 Entwicklungen in einzelnen Teilgebieten des Privatrechts

Es ist bereits ausgeführt worden, dass im BGB auch zahlreiche Vorschriften zu finden sind, die dem Schutz des Schwächeren dienen (S. 395), in einigen Fällen sind sie sogar nachträglich eingefügt worden (z. B. §§ 651 a ff., §§ 1569 ff.). Bisher hat das Zivilrecht neu entstandenen, meist unter verbrauchrechtlichen Gesichtspunkten erörterten Schutzbedürfnissen jedoch überwiegend außerhalb des BGB in Spezialgesetzen Rechnung getragen (s. u.). Der Schwerpunkt des folgenden Überblicks liegt auf jenen Teilen des Privatrechts, die eine gesteigerte Dynamik aufweisen. Zwar haben sich auch in den Bereichen des Allgemeinen Teils, Sachen- und Erbrechts weitreichende Veränderungen ergeben. Doch sind diese weniger gravierend als die Umwälzungen im Verrags-, Delikts- und Familienrecht.

1.2.1 Vertragsrecht

Ein prominentes Beispiel für spezialgesetzliche Regelungen im Vertragsrecht bildet das *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* von 1976 (AGBG).⁵⁸ AGB sind Ausdruck der Rationalisierung,

⁵⁸ Mit der Schuldrechtsreform wurde 2002 neben verschiedenen Verbraucherschutzgesetzen auch das AGBG in das BGB (§§ 305–310) integriert. Dabei ist

auf Kritik gestoßen, dass die Spezialgesetze an systematisch zum Teil unpassender Stelle dort ins BGB genommen wurden, wo zufällig Paragraphen frei geworden sind. Die en bloc-Integration des AGBG bestätigt seinen spezialgesetzlichen Charakter und wird die Diskussionen um das „Sonderprivatrecht“

Standardisierung und Typisierung des Rechtsverkehrs. Sie ermöglichen es der Wirtschaft, selbst rechtschöpfertisch tätig zu werden. In vielen Bereichen des Wirtschaftslebens finden sich heute Vertragstypen, die im Wesentlichen durch AGB ausgeformt sind. Zu den bekanntesten Beispielen gehören neben dem Versicherungsvertragsrecht etwa der Bauträgervertrag, Bankvertrag, Kreditkartenvertrag, Reiservertrag und das Leasinggeschäft. Derjenige Vertragspartei, der seine eigenen AGB in das Rechtsgeschäft einbringt, hat gegenüber dem anderen häufig einen organisatorischen und informationellen Vorsprung. Nach seinem Schutzzweck soll das AGB-Recht einen Ausgleich der beiderseitigen Interessen herbeiführen, um unangemessene Benachteiligungen der – zumeist aus Gründen geringerer Geschäftserfahrung – unterlegenen Partei zu vermeiden. Das AGB-Recht ist kein Verbraucherschutzrecht im strengen Sinne. Es schützt nicht den Verbraucher im Verhältnis zum Kaufmann oder Unternehmer sondern den Verwendungsgegner im Verhältnis zum Verwender. Gemäß § 310 I BGB (§ 24 AGBG) werden – mit Einschränkungen – auch Unternehmer gegen die Verwendung missbräuchlicher AGB geschützt; umgekehrt kann der Verwender auch ein Verbraucher sein, was in der Praxis jedoch nur selten der Fall sein wird. Durch das AGB-Änderungsgesetz von 1996 war in Umsetzung der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (1993) § 24 a in das AGBG (§ 310 III BGB) neu eingefügt worden. Mit § 310 III BGB (§ 24 a AGBG) ist der Verbraucherschutz endgültig neben dem bisherigen Zweck zum zweiten tragenden Schutzprinzip des Gesetzes geworden, da auf Grundlage dieser Vorschrift der Verbraucher in seiner rollenspezifischen Unterlegenheit geschützt werden soll.

Schon vor Inkrafttreten des AGBG haben sich Rechtsprechung und Wissenschaft bemüht, die Geltung von AGB dort einzuschränken, wo diese die gesetzlichen Regeln einseitig zuungunsten eines Vertragspartners abbedingen. Im Anschluss an die Rechtsprechung hat das BGB in §§ 308,

kaum zum Erliegen bringen, wenn gleich der Gesetzgeber gerade dadurch der auch außerhalb des Vertragsrechts zu beobachtenden Rechtszersplitterung entgegenwirken wollte (vgl. BT-Drucks. 14/6040, 9 f., 149, 166). Im Folgenden werden die bis 2001 geltenden Regelungen in Klammern hinter die BGB-Vorschriften gesetzt.

309 BGB (§§ 10, 11 AGBG) einen Katalog von Klauselverböten aufgestellt. Da dieser Katalog nicht alle in der Praxis vorkommenden, kontrollbedürftigen Klauseln erfassen kann, enthält § 307 I, II BGB (§ 9 AGBG) als Auffangtatbestand eine Generalklausel. § 307 I, II BGB (§ 9 AGBG) zieht die Folgerung aus der bei AGB typischerweise gegebenen einseitigen Inanspruchnahme der Gestaltungsfreiheit, indem er gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht einen verschärfen Maßstab der Inhaltskontrolle vorsieht. Zu den brisantesten Bestimmungen des AGB-Rechts gehört die vormals mit „Schranken der Inhaltskontrolle“ überschriebene Vorschrift des § 307 III BGB (§ 8 AGBG). Ob § 307 III BGB (§ 8 AGBG) ein Ausnahmetatbestand ist, der AGB im Einzelfall der Inhaltskontrolle entzieht, oder ob Kontrollfreiheit den Grundsatz und Inhaltskontrolle die Ausnahme darstellt, ist umstritten. Die gerichtliche Praxis hat die Inhaltskontrolle de facto freilich zur Regel und die Kontrollfreiheit zur Ausnahme werden lassen.

Neben die spezielle Inhaltskontrolle des AGBG tritt die allgemeine Inhaltskontrolle nach §§ 138, 242 BGB. Anders als § 307 I, II BGB (§ 9 AGBG), für dessen Anwendung eine nach Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung ausreicht, ist die allgemeine Inhaltskontrolle aus Gründen der Rechtssicherheit und der Privatautonomie auf krasse Fälle beschränkt. Im allgemeinen Vertragsrecht sollte Kontrollfreiheit also die Regel und Inhaltskontrolle die Ausnahme sein. Den Anlass zur Formulierung einer allgemeinen Inhaltskontrolle gab die Bürgerschaftsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Mit seinem Beschluss aus dem Jahre 1993 (NJW 1994: 36) hat das BVerfG einen Schlussstrich unter die jahrelange Diskussion über die Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger, insbesondere von Ehefrauen, gezogen. Während der BGH in dieser Frage eine harte Linie vertreten hat, die sich verkürzt auf die Formel „Vertrag ist Vertrag“ bringen ließ, statuierte das BVerfG die Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die den (geschäftsunfähigen) Bürgen gegenüber dem (gewerblichen) Gläubiger mit einem außergewöhnlichen Haftungsrisiko belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind. Nimmehr bedarf also jeder Vertrag einer Korrektur, wenn eine Partei auf Grund struktureller Ungleichheit ungewöhnlich belastet wird (dazu näher S. 467, 472).

Auch im *Verbraucherkreditgesetz* (VerbrKrG) von 1990 stand der Gedanke eines Zusammenreffens von geschäftlicher Routine und privater Unerfahrenheit im Mittelpunkt. Das Gesetz ist nunmehr in die Vorschriften über den Darlehens- (§§ 488–507 BGB) und Darlehensvermittlungsvertrag (§§ 655 a–e BGB) integriert worden. Die in § 1 VerbrKrG enthaltene Definition des Verbrauchers hat seit Juni 2000 in § 13 BGB einen neuen Platz gefunden. Auf den Umstand, dass das VerbrKrG seinen Schutzzweck vor allem durch eine Verstärkung von Formvorschriften zu erreichen sucht, ist noch zurückzukommen (S. 461). Auch das *Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften* (Haustür-WG) von 1986 knüpfte an eine Situation der rollenspezifischen Unterlegenheit an (vgl. jetzt § 312 BGB). Das dort bestimmte Recht zum Widerruf eines typischerweise durch Überumpelung zustande gekommenen Vertrags wurde Personen nämlich versagt, die „in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit“ abgeschlossen haben (§ 6 Nr. 1 Haustür-WG). Der geschäftsmäßige Überumpelnde muss also auf jemanden treffen, der nicht selbständig gewerbsmäßig handelt. Dieser Ansatz macht zum einen verständlich, warum Abschwächungen des allgemeinen zivilrechtlich gewährten Schutzes vornehmlich im HGB ihren Platz finden. Andererseits wird deutlich, dass der aktuelle Verbrauchergedanke heute eine Rolle übernommen hat, die früher dem Begriff des Kaufmanns zukam. Das Sonderprivatrecht wäre dann ein Konglomerat von Vorschriften, die insbesondere zwischen professionellen und nicht professionellen Teilnehmern am Rechtsverkehr Anwendung finden.⁵⁹ Als weiteres Rechtsgebiet, das den Einzelnen in seiner rollenspezifischen Unterlegenheit schützt, ist das Arbeitsrecht zu nennen. Namentlich das kollektive Arbeitsrecht unterscheidet sich in wesentlichen Zügen von den üblichen Instrumentarien des Privatrechts. Wohl vor allem deshalb hat sich das Arbeitsrecht

⁵⁹ Vgl. Canaris, AcP 2000, 273, 361. Savigny charakterisiert das *in singulare* als ein „auf gewisse Klassen von Personen, Sachen oder Rechtsgeschäften“ beschränktes Recht und betont, dass „man den Begriff solcher Klassen nach Belieben bilden kann“ (System I, 61, 63 f.).

gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts weitgehend verselbständigt. Dagegen wurde der seit dem Zweiten Weltkrieg stärker ins allgemeine Bewusstsein getretenen rollenspezifischen Untertlegenheit des Wohnraummieters innerhalb des BGB Rechnung getragen.

1.2.2 Exkurs: *Pacta sunt servanda*?

Ein gemeinsamer Gesichtspunkt, unter dem sich die Mehrzahl der skizzierten Veränderungen betrachten lässt, ist der Konflikt mit dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. Angesichts der erheblichen Zunahme von Formgebotsen und einer immer weiteren Bereiche des Vertragsrechts erfassenden Inhaltskontrolle mehrten sich heute die Klagen über eine Erschütterung dieses Grundsatzes.

1.2.2.1 Zunahme von Formgebotsen

Wie bereits ausgeführt, beruht das römische Vertragsrecht auf einem *numerus clausus* von Vertragstypen, wonach bloße *pacta* keine Rechtsverbindlichkeit entfalten können (S. 73). Im 12. Jahrhundert beginnt die Idee der ethischen Vertragstreue mit den förmlichen Bestandteilen des römischen Vertragsrechts in Konflikt zu treten (6. Kapitel 4.2, S. 161). Da sich bald zeigt, dass die Anerkennung allgemeiner Formfreiheit mit Risiken, insbesondere für geschäftsunerfahrene Verkehrsteilnehmer einhergeht, suchen die Kanonisten nach einem Kriterium zur Unterscheidung rechtlich wirksamer von unwirksamen Verträgen. Dieses Kriterium finden sie in der *causa*. In Deutschland ist die *causa*-Lehre durch den Begriff der Willenserklärung verdrängt worden. Das BGB kommt daher zu Einschränkungen des Satzes *pacta sunt servanda*, wenn bestimmte Mängel oder Unzulänglichkeiten auf der Ebene der individuellen Willens- oder Entscheidungsbildung auftreten. Bekannte Beispiele sind die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB), Irrtum (§§ 119, 123 BGB) oder Wucher (§ 138 Abs. 2 BGB). Als weiteres Beispiel ließen sich die ins BGB ursprünglich nicht aufgenommenen Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anführen.

In der aktuellen Literatur stößt man immer wieder auf die Vorstellung, *pacta sunt servanda* habe seine Wurzeln im Prinzip der Privatautonomie (so etwa Canaris, AcP 2000, 273; 279). Daran ist richtig, dass der Satz nur in einer Rechtsordnung gelten kann, die den Vertrag als stabile Grundlage für künftige Erwartungen anerkennt und dessen Einhaltung gewährleistet. Die Literatur pflegt die Pflicht zur Einhaltung von Verträgen entweder aus der Privatautonomie selbst oder aus einzelnen Funktionsbestimmungen wie Verkehrssicherheit oder Vertrauensschutz abzuleiten. *Pacta sunt servanda* findet, wenn überhaupt, nur am Rande Erwähnung. Offen bleibt dabei, ob der Satz gegenüber der Privatautonomie eine selbständige Bedeutung gewinnen kann. Dass dem so ist, zeigt ein Blick auf die historischen Voraussetzungen: Der Satz *pacta sunt servanda* hat eine Entwicklung angestoßen, die mit dem allgemeinen Vertragstyp des Schuldvertrags gemäß § 311 I BGB (§ 305 BGB) zum Abschluss kommt. Zuvor bestimmte ein *numerus clausus* spezieller Vertragstypen über die Form jener Rechtsverhältnisse, die privatautonom gestaltet werden können. *Pacta sunt servanda* zielt auf eine Befreiung vom Typenzwang. Seine Wurzeln liegen in der Frage nach der Bedeutung der Form für das Vertragsrecht. Der Satz besagt, dass auch aus solchen Vereinbarungen geklagt werden kann, die den Formgebotsen der römischen Vertragstypen zuwiderlaufen. Als Grundlage eines einheitlichen europäischen Vertragsrechts steht er heute für jene Elemente der Privatautonomie, die bewirken, dass formlos getroffene Vereinbarungen im Grundsatz rechtliche Verbindlichkeit erlangen.

Gegenwärtig erfährt die Vertragsfreiheit durch neue Formerfordernisse zunehmend Beschränkungen. Gerade der Verbraucherschutzgedanke bildet eine schier unerschöpfliche Quelle für Formvorschriften, die mit dem Satz *pacta sunt servanda* scheinbar in Konflikt geraten (6. Kapitel 4.2, S. 161). Diese Formerfordernisse haben ihren Ursprung häufig im Europarecht⁶⁰. Zumeist sollen sie dafür sorgen, dass Verbraucher die für

⁶⁰ Vgl. nur Art. 4 Verbraucherschutz-Richtlinie; Art. 4 Pauschalreise-Richtlinie; Art. 6 Arbeitnehmer-Unterrichtungs-Richtlinie; Art. 4 Timesharing-Richtlinie; Art. 6 Verbrauchsgüter-Richtlinie oder Art. 5 Signatur-Richtlinie.

den Vertragsschluss erforderlichen Informationen erhalten – so etwa die Gesetzbegründung zu § 4 VerbrKRg (vgl. § 492 BGB). Ein akтуelles Beispiel bietet das – ebenfalls in Umsetzung einer EG-Richtlinie – im Jahr 2000 in Kraft getretene Fernabsatzgesetz (§§ 312 b–312 f BGB), das einen Mindestschutz des Verbrauchers durch formgebundene nachvertragliche Informationspflichten des Anbieters zu gewährleisten sucht (§ 2 FernAbsG, § 312 c BGB). Auch im Zusammenhang mit der Bürgschaftenscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat man erwogen, eine Lösung der Probleme in der Form, hier im Erfordernis notarieller Beurkundung, zu finden. Von der fachkundigen Beratung durch einen neutralen Dritten erhoffte man sich, dass die geschäftsunerfahrene Partei jene Informationen erhält, deren sie zur Einschätzung der mit einer rui-nösen Bürgschaft verbundenen Risiken bedarf (dazu näher: Gernhuber, JZ 1995, 1086, 1093). Wieder einmal gerät also der Satz *pacta sunt servanda* in Konflikt mit einer Sichtweise, die ein *pactum* nur anerkennen will, wenn noch weitere, formale Elemente hinzukommen. Die Entwicklung scheint in eine fallgruppenspezifische Typisierung von Verträgen zu mün-den. Zu fragen ist, ob es sich hier um einen Rückfall in Zeiten handelt, in denen nur aus solchen Vereinbarungen geklagt werden darf, die in ein typengerechtes *vestimentum* (6. Kapitel 4.2, S. 161) gekleidet sind.

Sieht man von der mittelalterlichen *causa*-Lehre und den neuesten Entwicklungen im Verbraucherrecht einmal ab, so kennt das Recht Ausnahmen vom Grundsatz formfrei wirksamer Verträge vor allem dort, wo Beweis- und Warnfunktionen auszuüben sind. Derartige Formelemente pflegt man als „Schutzformen“ zu bezeichnen, die von den „Wirkformen“ des älteren Rechts (Dulckeit) zu unterscheiden sind (S. 73, 132). Auch die neuen verbraucherrechtlichen Formgebore sind „Schutzfor-men“. Ihr vermehrtes Auftreten hat seine Ursache in den veränderten wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten. Zeichen dieses Wandels ist die Ausdifferenzierung von Tätigkeitsbereichen, die bei nicht profes-sionellen Verkehrsteilnehmern häufig zusätzlichen Informationsbedarf entstehen lässt. Diesen Befund nehmen einige Autoren zum Anlass, von einem „Informationsmodell“ zu sprechen, das heute sowohl das ehemals „bürgerlich-liberale Sozialmodell“ als auch das darauf folgende „sozialrechtliche Modell“ (18. Kapitel 1.4, S. 394) abgelöst haben soll

(W. Schön, FS Canaris, Bd. I, 2007, 1191). Das „Informationsmodell“ setzt wieder auf den Markt und die Fähigkeit der Rechtssubjekte zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Interessen. Markttransparenz und ausreichende Information sollen die tatsächlichen Voraussetzungen für eine rationale Entscheidung der weniger erfahrenen Vertragspartei schaffen. Der Schutzzweck der Informationspflichten zielt nicht auf Bevorrundung, sondern auf Hilfe zur Selbsthilfe und dient insoweit der Verwirklichung individueller Freiheit. Nun können formale Elemente auch überspannt und Schutzzwecke übertrieben werden. Für die Bürgschaft einkommensloser Familienmitglieder hat Gernhuber überzeugend dargelegt, dass mit der Steigerung des Formgebots ein Sachproblem, welches in familiären Zusammenhängen wurzelt, nicht zu lösen ist (JZ 1995, 1093). Umstritten ist zudem, inwieweit das „Informationsmodell“ auch auf den unternehmerischen Geschäftsvorkehrer ausgedehnt werden darf (vgl. B. Dauner-Lieb/C. Axer, ZIP 2010, 309). Es bleibt die Frage, ob die Steigerung von Informationsbedarf eine neue Epoche der Privat-rechtsentwicklung einläutert oder ob es sich hier nicht doch eher um eine Erscheinung von lediglich spezieller Art handelt.

Der Satz *pacta sunt servanda* kann dem geltenden Vertragsrecht kein inhaltliches Kriterium zur Überprüfung des Schutzzwecks bestimmter Formgebore bieten. Denn er trifft keine Aussage darüber, ob eine Schutzform mit individueller Selbstbestimmung oder Privatautonomie in Konflikt gerät. Damit stellt sich die Frage, wie die modernen Schutzformen mit Formfreiheit in Beziehung gesetzt werden können. Eine Lösung bietet das Schema von Regel und Ausnahme. Danach wäre Formfreiheit als „höheres Prinzip“ die Regel und Förmlichkeit als singuläres Recht (S. 455) die Ausnahme. Durch die Zunahme von Formgeboren wird die Geltung des Satzes *pacta sunt servanda* also nicht erschüttert.

1.2.2.2 Pacta sunt servanda und Privatautonomie

Die historische Analyse hat ergeben, dass der Satz *pacta sunt servanda* auf die Überwindung des Typenzwangs im Vertragsrecht zielt und auf ihn der noch heute gültige Grundsatz der Formfreiheit zurückzuführen ist. Der Begriff der Privatautonomie hat dagegen eine vergleichsweise

junge Geschichte. In seiner heutigen Bedeutung ist er erst um die Wende zum 20. Jahrhundert aufgekommen. Hintergrund ist der Streit um den Rechtsquellencharakter der Autonomie (S. 308): In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts beginnt die noch junge positivistische Staatsrechtswissenschaft die Existenz nichtstaatlicher Rechtsquellen zu bestreiten. Ihre Anhänger suchen das staatliche Rechtssetzungsmonopol dadurch zu verwirklichen, dass sie die gesamte Rechtsbildung auf Vertrag und Gesetz beschränken. Namentlich Carl Friedrich von Gerber (S. 309) stellt die Befugnis nichtstaatlicher Verbände zur selbständigen Rechtssetzung und damit den Rechtsquellencharakter der Autonomie in Frage. Da er die außerhalb des Staates formulierten Regelungen solcher Verbände nicht als „Normen“ qualifizieren möchte, bleibt als Lösung nur eine möglichst extensive Auslegung der Begriffe von Vertrag und Privatautonomie. So werden z. B. Vereinssatzungen, Allgemeine Geschäftsbedingungen oder transnationale Erscheinungsformen privater Rechtssetzung wie *lex mercatoria* oder *lex sportiva* noch heute von einem beträchtlichen Teil der Literatur nicht als Rechtsquellen, sondern als Verräge eingestuft. Dagegen haben maßgebliche Repräsentanten der historischen Schule, etwa Puchta, Beseler oder Gierke mit dem Autonomiebegriff an der Kompetenz Privater zur Rechtssetzung festgehalten. Sie haben davor gewarnt, den Begriff der Rechtsquelle in die Sphäre des Rechtsgeschäfts hineinzufragen. Eine Ausdehnung des Konzepts der Privatautonomie auch auf Kollektivsobjekte, die mit ihren Partnern nicht verhandeln, sondern sie „unterwerfen“ und ökonomische Sachverhalte überindividuell zu regulieren suchen, erschien ihnen nicht nur als eine ‚Sinnentleerung‘ der Vertragskategorie, sondern auch als eine ‚Korruption‘ des nach ihrem Verständnis für die Privatrechtsordnung grundlegenden Freiheitsbegriffs.

Die Idee der Privatautonomie beruht also auf bestimmten Vorstellungen über das Verhältnis von Recht und Staat, welche nach Gründung des Kaiserreichs und der damit verbundenen Erstarkung des staatlichen Gedankens allmählich die Oberhand gewonnen haben. Nach der Wende zum 20. Jahrhundert hat sich die von Gerber begründete Vertragstheorie mit der positivistischen Staatsrechtswissenschaft und dem erweiterten Begriff von Privatautonomie gegenüber dem pluralistischen

Rechtsquellenverständnis der historischen Schule endgültig durchgesetzt. Der Satz *pacta sunt servanda* steht dagegen in keiner engeren Verbindung zur Frage nach der Anerkennung nichtstaatlicher Rechtsquellen. Das Wort *pactum* kommt von *pacifici* (*pax*, Frieden schließen) und legt den Akzent auf Verständigung – auf Konsens, Einigung und Übereinkunft der Parteien. *Pacta sunt servanda* harmonisiert mit dem überkommenen Gedanken, dass im Wege gegenseitigen Nachgebens ein bislang ungetriggertes Verhältnis eine rechtliche Regelung empfangen soll. Darüber, ob bei Heteronomie oder Fremdbestimmung, ob beim Fehlen der Richtigeitsgewähr einer Übereinkunft von „Norm“ oder „Vertrag“ gesprochen werden soll, bietet *pacta sunt servanda* keinen Abschluss. Der Satz hat mit der Privatautonomie zwar gemein, dass er von der Befugnis zur individuellen Gestaltung der Rechtsverhältnisse handelt. Ihm fehlt aber der Hintergrund einer Rechtsquellenlehre, die auf bestimmten Vorstellungen über das Verhältnis von Recht und Staat beruht.

1.2.3 Deliktsrecht

Von den vielen Veränderungen, die sich im Deliktsrecht nach Ende des Zweiten Weltkriegs ergeben haben, steht an erster Stelle das im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung entwickelte allgemeine Persönlichkeitsrecht und die damit verbundene Ausweitung der Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden. Erhebliche Ausweitungen haben auch die Tatbestände der Gefährdungshaftung erfahren, die eine Alternative zur klassischen Verschuldenshaftung bieten. Mit dem Vertragsrecht verbindet das Deliktsrecht seinen Bezug zur Privatautonomie. Das Verschuldensprinzip entspringt der Vorstellung eines souveränen und eigenverantwortlichen Menschen, der imstande ist, die mit seinem Handeln verbundenen Risiken zu überschauen und dafür einzustehen. Die beiden Schuldförmigen des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit waren ursprünglich als Willensschuld konzipiert. Verstand man unter vorsätzlichem Handeln einen pflichtwidrigen Gebrauch des Willens, so erkannte man in der Fahrlässigkeit einen pflichtwidrigen Nichtgebrauch des Willens: Man unterstellte, dass der Schädiger bei gehöriger Anspannung seiner Willenskraft die im Verkehr

zur Vermeidung des Schadens erforderliche Sorgfalt hätte aufbringen können. Aus diesem Grund konnte der Vorwurf der Fahrlässigkeit nur erhoben werden, wenn das Ereignis vorherzusehen oder zu vermeiden gewesen wäre. War dem Verursacher eine Pflichtverletzung nicht nachzuweisen, so hatte nach der alten Regel *causa senti dominus* den Schaden derjenige zu tragen, bei dem er eingetreten war. Vom Geschädigten wurde also erwartet, durch „Zufall“ verursachte Schäden autonom und ohne fremde Hilfe zu verkraften. Auch insoweit ergibt sich eine Verbindung zum Gedanken der Privatautonomie.

Allerdings lässt sich die Zurechnung von Schäden nicht allein aus dem individuellen Willen oder der Privatautonomie begründen (Bürge). Das Deliktrecht muss auch als Abwehr „gegen fremde Einmischungen“ (Savigny), als Schutz gegen Rechtsverletzungen dienen und damit Aufgaben übernehmen, die unter Stichworten wie *neminem laede* („schädige niemanden“) oder „Riskoprinzip“ diskutiert werden. So durchbricht die Gefährdungshaftung die durch das Verschuldensprinzip aufgerichteten Verrechtlichungssperren, indem sie Schutz auch vor ungewollten und unvorhersehbaren Risiken gewährt. Die Gefährdungshaftung beruht auf der Überlegung, dass die moderne Technik immer nur bis zu einem gewissen Grad beherrschbar ist: Trotz sorgfältiger Sicherheitsvorkehrungen kann nicht ausgeschlossen werden, dass bestimmte Gefahrenquellen zu einem Schaden führen. Solche Gefahrenquellen bilden Energieanlagen sowie Kraft-, Schienen- und Luftfahrzeuge, also technische Mittel, deren erlaubter Gebrauch mit Risiken für die Umwelt verbunden ist. Hinzu kommen Gefahren, die etwa durch Arzt- und Arzneimitreihaltung, Umwelt- und Gentechnikhaftung abgedeckt werden. Die Mehrzahl der Gefährdungshaftungsabstände ist außerhalb des BGB in Sondergesetzen geregelt.

Dies gilt auch für das Recht der ebenfalls verschuldensunabhängigen Produzenten- und Produkthaftung. Sie handelt von der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Unternehmer haftet, der eine Ware herstellt und in Verkehr bringt, die infolge ihrer fehlerhaften Beschaffenheit Schäden herbeiführt. In seiner Leitentscheidung aus dem Jahre 1968 (BGHZ 51, 91 – *Hühnerpest*) hat der BGH erkannt, dass ein Geschädigter, der nicht in unmittelbarer vertraglicher Beziehung zum Hersteller steht,

Schadensersatz auf deliktischer Grundlage verlangen kann. Seit 1990 gibt es noch eine weitere Rechtsgrundlage für Ansprüche aus Produkthaftung: *Das Gesetz über die Haftung fehlerhafter Produkte*. Das ProdHaftG zeigt, dass modernes Haftungsrecht in erheblichem Umfang verbraucherrelevantes Recht ist. So wird etwa gemäß § 1 Absatz 1 Satz 2 ProdHaftG die Verletzung bestimmter Sachen nur erfasst, wenn diese „ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und hierzu von dem Geschädigten hauptsächlich verwendet worden“ sind. Auch hier geht es also um die Herausnahme von beruflich genutzten Sachen und damit um eine Art von (deliktischem) Verbraucherschutz. In § 15 Abs. 2 des neuen Gesetzes wird bestimmt, dass die durch die Rechtsprechung des BGH im Rahmen des § 823 BGB entwickelten Regeln weiterhin anwendbar bleiben. In der Praxis haben diese nach wie vor Bedeutung, weil sie eine Ersatzpflicht auch für Schäden begründen können, die das Produkthaftungsgesetz nicht erfasst (vgl. die Beispiele in der 2. Auflage, 414).

1.2.4 Familienrecht

Die Juristinnen der ersten deutschen Frauenbewegung haben sich mit ihrer Forderung nach rechtlicher Gleichstellung der Frau in Ehe, Familie und Wirtschaftsleben bei der Schaffung des BGB in den entscheidenden Punkten nicht durchsetzen können (S. 345). Wie die anderen großen Kodifikationen bewahrte das BGB seine patriarchalischen Strukturen auch über 1945 hinaus. Dies änderte sich erst, als 1949 durch Art. 3 II GG die Gleichberechtigung der Geschlechter zum unmittelbar geltenden objektiven Recht erhoben wurde. In einer Abfolge von Reformschritten wurden nun jene Forderungen erfüllt, die Juristinnen schon in der Ernsthungsphase des BGB erhoben hatten. Als Beispiele seien die *Gleichberechtigungsgesetze* von 1953 und 1957 (Abschaffung des ehemännlichen Entscheidungsrechts, Einführung des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinnungsgemeinschaft), das *Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts* von 1977 (Abschaffung des Verschuldensprinzips) und die *Kindschafrechtsreformgesetze* von 1998 (Gleichstellung von ehelichen und nichtehelichen Kindern, gemeinsame elterliche Sorge) genannt.

Nach der im 19. Jahrhundert vorherrschenden Lehre, die auch ins BGB Eingang gefunden hat, sollte zwischen Familien- und Schuldrecht eine klare Trennlinie gezogen werden. Hier liegt einer der Gründe, warum das Familienrecht im Hinblick auf seine Gemeinsamkeiten mit anderen Teilen des Privatrechts bislang kaum untersucht worden ist. Auch in diesem Rechtsgebiet lässt sich eine Tendenz zur verstärkten Berücksichtigung materialer und sozialer Elemente feststellen. So begründet etwa der Reformgesetzgeber von 1977 die Abschaffung des Verschuldensprinzips im nachhehlichen Unterhaltsrecht mit den Worten:

„Es scheint nicht gerechtfertigt, dem sozial schwächeren Ehegatten trotz jahrzehntelanger gut geführter Ehe wegen einer einmaligen schweren Eheverfehlung nach einer Scheidung jeden Unterhaltsanspruch zu versagen, und zwar selbst dann, wenn er aus der Ehe hervorgegangene Kinder zu versorgen hat“ (BT-Drucks. 7/4361, 9).

Es dauerte freilich noch einige Zeit, bis die Frage nach der Kompensation ‚rollenspezifischer Ungleichgewichtslagen‘ auch im Familienrecht zum Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen wurde. Den Anstoß gab die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Ehevereinbarungen. Eine schwangere Frau hatte unmittebar vor der Hochzeit für den Fall der Scheidung auf nachhehlichen Unterhalt verzichtet und ihren Ehemann von der Zahlung des Kindesunterhalts weitgehend freigestellt, da dieser sonst die Ehe nicht geschlossen hätte. Nach der Scheidung hatte der Ehemann unter Hinweis auf die Privatautonomie der Vertragspartner an der Abrede festgehalten. In seiner Leitentscheidung vom 6. Februar 2001 unterwarf das BVerfG den Vertrag einer allgemeinen Inhaltskontrolle: Ein korrigierendes Eingreifen der Gerichte sei immer dann vonnöten, wenn der Ehevertrag „nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Lebenspartnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehepartners widerspiegelt“ (BVerfG NJW 2001, 957, 958). Damit ist die Formel von der „strukturell ungleichen Verhandlungsstärke“ angesprochen, auf die das BVerfG bereits in seiner Bürgerschaftsentscheidung zum Schutz einkommens- und vermögensloser Familienangehöriger Bezug genommen hat. Dort stautierte es eine Pflicht zur allgemeinen Inhaltskontrolle, wenn

eine der Parteien ein so starkes Übergewicht hat, dass sie den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann.

Es gibt eine Reihe von gemeinsamen Gesichtspunkten, unter denen sich die Rechtsprechung zur Bürgerschaft und den Ehevereinbarungen betrachten lässt. Eine Parallele besteht zunächst in der Geschlechtsbezogenheit der Fälle. Die Bürgerschaftsrechtsprechung steht in der Tradition des Verbots der Fraueninterzession. Danach können Verträge unwirksam sein, in denen Frauen zugunsten ihres Ehemannes bestimmte Verpflichtungen, insbesondere eine Bürgerschaft übernehmen (3. Kapitel 4.1, S. 90).⁶¹ Zwar pflegt man den Schutz heute nicht mehr geschlechtsspezifisch zu legitimieren. Das heißt aber nicht, dass die Geschlechter auch tatsächlich immer in der gleichen Lage sind. In einer Vielzahl von Regelungsbereichen scheint eine neutrale Ausdrucksweise über tatsächlich bestehende Unterschiede hinwegzuzäusen. Ein Beispiel bildet das nachhehliche Unterhaltsrecht (§§ 1569 ff. BGB). Hier bedient sich der Gesetzgeber einer neutralen Ausdrucksweise, obwohl ein Geschlecht als das typisch unterhaltsuchende und das andere als das typisch unterhaltspflichtige erscheint. Auch im Bereich der Angehörigenbürgschaften zielt die Rechtsprechung vornehmlich auf den Schutz von Frauen (und volljährigen Kindern).

Eine weitere Gemeinsamkeit der Fallgruppen besteht darin, dass sie den Grundsatz *pacta sunt servanda* mit der Statuierung neuer Formgebote in Verbindung bringen. Bei dem vom BVerfG beurteilten Fall handelt es sich nicht um einen notariell beurkundeten Ehevertrag, sondern um einen von einem Rechtsanwalt vorformulierten, privatschriftlichen Unterhaltsverzicht der Frau in Verbindung mit einer Freistellungvereinbarung hinsichtlich des Kindesunterhalts zugunsten des Mannes. Vereinbarungen über den nachhehlichen Unterhalt waren zur Zeit der BVerfG-Entscheidung noch formlos und inhaltlich unbeschränkt möglich (§ 1585 c BGB). Erst seit 1. Januar 2008 verlangt der Gesetzgeber die

61 Auch in der Gegenwart wird ein Ausschluss des Ehegatten (meistens der Frau) von der Bürgerschaft noch (oder wieder) erwogen (abl. Gernhuber, JZ 1995, 1086, 1095).

notarielle Beurkundung von Unterhaltsvereinbarungen (§ 1585 c Satz 2 BGB). Die Einführung der Formbedürftigkeit solcher Vereinbarungen ist zu begrüßen. Formgebore können einen Schutz vor Übervereilung bieten. Andererseits ist bereits für die Angehörigenbürgschaften bezweifelt worden, ob die Steigerung von Formerfordernissen hier wirklich eine Lösung bietet: „Wer das Problem mit dem Notar zu bewältigen sucht, versteht es mit einer inkongruenten Lösung“ (Gernhuber, JZ 1995, 1086, 1095). Sein Kern liegt nämlich nicht, wie häufig angenommen, in der strukturellen Unterlegenheit eines unerfahrenen Bürgen gegenüber einem gewerblichen Gläubiger, sondern in der persönlichen Beziehung zwischen Bürgen (meistens die Ehefrau) und Hauptschuldner (meistens der Ehemann). In Bezug auf dieses Verhältnis könnte man – wie bei den Ehevereinbarungen – von einer strukturellen Unterlegenheit des durch eine altruistische Interzession einseitig belasteten Ehepartners sprechen. Doch deutet das Attribut „strukturell“ auf ein Verständnis hin, das bei einem weiblichen Vertragspartner Verhandlungsschwäche schon vermuten lässt. In Parallele zur „rollenspezifischen Unterlegenheit“, mit der ein nichtprofessioneller dem professionellen Verkehrsteilnehmer gegenübertritt, stilisiert ein Denken in Kategorien des Verbraucherschutzes die „Verhandlungsschwäche“ zum Merkmal der Geschlechterbeziehung.

Damit schließt sich der Kreis zu den alten Kontroversen um das Interzessionsverbot. Die Rechtsgeschichte lehrt, dass die Skepsis gegenüber Frauenprivilegien jenen emanzipatorischen Bestrebungen entspringen ist, die seit der Aufklärung wieder stärker in Erscheinung treten (3. Kapitel 4.1, S. 90). Andererseits lässt der Befall, den die Entscheidung des BVerfG in der Öffentlichkeit gefunden hat, vermuten, dass die Sorge um Einzelfallgerechtigkeit nicht vorschnell als begünstigende Diskriminierung verworfen werden muss. Es gehört zu den Aufgaben des Rechts, bestimmte Nachteile auszugleichen, die infolge einer formalen Gleichbehandlung der Geschlechter entstehen können (6. Kapitel 4.1, S. 158, 21. Kapitel 1.1, S. 454, S. 458). Abzulehnen ist aber der Rekurs auf „strukturelle Ungleichheit“ oder ähnliche Generalisierungen. Diese mögen sich zur Kennzeichnung von Konflikten im Spannungsfeld von Marktfreiheit und Marktversagen eignen (was freilich umstritten ist). Im Bereich der modernen Geschlechterbeziehung sind sie jedenfalls fehl

am Platz. Noch zu lebendig ist die Erinnerung an Diskurse, die darauf zielen, Beschränkungen der rechtlichen Handlungsfähigkeit von Frauen mit dem Hinweis auf ‚ontologische‘ oder ‚natürliche‘, also „strukturell“ bestehende Differenzen zu rechtfertigen.

2. Probleme der Verfassungsauslegung und der Drittwirkung von Grundrechten

Die Entscheidung des Parlamentarischen Rates (1948/49), dass die Grundrechte nicht nur unverbündliche Programmätze, sondern unmittelbar geltendes Bundesrecht sein sollen (S. 444), gab den Anstoß zu einer breiten und überaus vielfältigen Grundrechtsjudikatur. Die Hauptursache für das starke Anwachsen dieser Judikatur liegt darin, dass mit dem Bundesverfassungsgericht am 7. September 1951 ein Gericht geschaffen wurde, das sowohl in historischer wie in rechtsvergleichender Sicht über eine einzigartige Fülle von Kompetenzen verfügt. Hinzu kommt, dass die 1951 eingerichtete und 1969 konstitutionalisierte Verfassungsbeschwerde jedem Bewohner des Landes die Möglichkeit eröffnet, sich gegen Akte der Verwaltung, der Justiz und der Gesetzgebung klageweise auf die Grundrechte zu berufen (Hofmann, § 9 Rn. 36). Einen Anreiz zum häufigen Gebrauch dieses außerordentlichen Rechtsbehelfs schafft die Lehre vom „Doppelcharakter“ der Grundrechte, die bereits in der Weimarer Zeit formuliert, jedoch erst vom BVerfG voll entwickelt wurde. Danach sollen die Grundrechte nicht nur subjektive Abwehrrechte des Einzelnen gegen den Staat, sondern auch objektive Rechte sein (S. 444).

In den letzten Jahrzehnten hat sich der Anwendungsbereich der Grundrechte in beide Richtungen erheblich ausgedehnt. So gelten die Grundrechte als Abwehrrechte nunmehr auch in den früher sogenannten besonderen Gewaltverhältnissen, etwa der Strafgefängnisse und Schüler. Hinzu kommt der Siegeszug des Verhältnismäßigkeitsprinzips, das zur Stärkung ihrer Abwehrkraft entscheidend beigetragen hat. Auf scharfe Kritik stoßen die Folgen dieser Entwicklung, die in Form einer ungebremst wachsenden Abwägungsjudikatur hervorragen. Die aktuelle Debatte kreist dabei allerdings weniger um die Erweiterung oder Stärkung subjektiver