

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 290

**Abwehr und Ausgleich
„aufgedrängter Bereicherungen“
im Bürgerlichen Recht**

**Eine Untersuchung auf systematischer und
rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt
zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung**

Von

Frauke Wernecke



Duncker & Humblot · Berlin

FRAUKE WERNECKE

Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“
im Bürgerlichen Recht

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 290

Abwehr und Ausgleich „aufgedrängter Bereicherungen“ im Bürgerlichen Recht

Eine Untersuchung auf systematischer und
rechtsvergleichender Grundlage über den Konflikt
zwischen Dispositionsfreiheit und Vorteilsabschöpfung

Von

Frauke Wernecke



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg hat diese Arbeit im Jahre 2002
als Habilitationsschrift angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2004 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 3-428-11276-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Der Ausgleich aufgedrängter Bereicherungen kreist um die immer wieder erörterte Frage, ob und inwieweit Personen, die ohne eine entsprechende rechtsgeschäftliche Abrede einen objektiv messbaren, subjektiv jedoch als nutzlos oder gar nachteilig empfundenen Vermögenszuwachs oder Schutz ihrer Rechte bzw. Rechtsgüter erfahren haben, verpflichtet sind, diese „Vorteile“ herauszugeben oder unabhängig von einer nachträglichen Billigung geldlich auszugleichen. Die bisherigen Darstellungen zu diesem Thema lassen exakte begriffliche Festlegungen vermissen und beschränken sich zumeist auf eine apodiktische Nebeneinanderstellung der verschiedenen Institute.

Die Verfasserin der vorliegenden Schrift ergründet zunächst die Entstehung von „Vorteilen“, bestimmt die Grundlage ihrer Bezifferung und legt ihre Abwehr auf der Grundlage des § 1004 BGB fest. Sie entwickelt sodann ein abgestuftes System der Abwehr und des Ausgleichs aufgedrängter Vorteile zwischen den Polen des „ausgleichsfreundlichen“ Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und der „ausgleichsfeindlichen“ Geschäftsführung ohne Auftrag, die häufig kraft einer Verweisung den Ausgleich aufgedrängter Vorteile auch innerhalb vertraglicher Schuldverhältnisse bestimmt.

Der rechtsvergleichende Teil der Arbeit erweist in den untersuchten Rechtsordnungen eine mehr oder weniger ausgeprägte Zurückhaltung gegenüber dem Ausgleich aufgedrängter Vorteile, ohne dass der Aufdrängungsschutz systematisch festgelegt würde.

Die Schrift ist im Jahr 2002 durch den Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsleistung anerkannt worden.

Sie wäre ohne die langjährige fachliche und persönliche Unterstützung durch Herrn Professor (em.) Dr. Horst-Eberhard Henke nicht entstanden; ihm sei an dieser Stelle aufrichtig für zahlreiche inhaltliche Anregungen und die hilfreiche Durchsicht des Manuskripts gedankt.

Berlin, im September 2003

Frauke Wernecke

Inhaltsverzeichnis

I. Die Rechtfertigung einer dogmatischen Arbeit	15
II. Die Rechtfertigung einer weiteren Untersuchung über den Schutz vor „aufgedrängter Bereicherung“	20
1. Das Postulat der einheitlichen systematischen Behandlung des Aufdrängungsschutzes	25
2. Die mangelnde Überzeugungskraft der herkömmlichen Lösung auf der Grundlage des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, des Kondiktionsrechts und der Geschäftsführung ohne Auftrag – veranschaulicht an Fallbeispielen	32
a) Ausgleichspflicht bei „Realisierung“ des Wertzuwachses?	33
b) Die Kritik an der Entscheidung zum „Grindelhochhaus“	36
c) Die „Realisierung einer Werterhöhung“ durch den Eigentümer als „Prüfstein“ für die Berechtigung einer Aufwendungskondition ...	39
d) Der unterschiedliche Maßstab der Bösgläubigkeit als Ursache eines „Wertungswiderspruchs“?	47
e) Der Sachverlust als „Opfergrenze“ des unfreiwillig Bereicherten? ..	62
f) Zusammenfassende Kritik an dem von <i>Canaris</i> behaupteten Verhältnis der §§ 994 ff. BGB zur Aufwendungskondition	63
3. Die aufgedrängte Bereicherung aus dem Blickwinkel des Schadensersatzes	65
III. Der Aufdrängungsschutz im Bürgerlichen Gesetzbuch – die wesentlichen Leitlinien	79
1. Der Grundsatz: Der Schutz der Willensfreiheit	79
2. Die exakte Bestimmung des ausgleichsfähigen „Vorteils“	84
a) Gegenständliche und nichtgegenständliche Vorteile – ein Überblick	85
b) Forderungen als geldwerte Vorteile	89
c) Dingliche Rechte, insbesondere das Eigentum, als Vermögensvorteile	91
d) Die Bestimmung des „Vorteils“ und des Anspruchberechtigten im Falle von sachbezogenen Verbesserungen: Ausgleich für die vorgenommene Handlung und/oder das geschaffene Ergebnis?	96
e) Der Wert der Nutzungschancen bei rechtsgrundloser Übertragung des Eigentums und des Besitzes	102
f) Der Besitz an einer Sache als geldwerte Position?	105
g) Die Nutzung oder der Verbrauch einer Sache als vermögenswerter Vorteil	115
h) Die faktische Inanspruchnahme fremden Herstellungsaufwandes (sog. „Nutzungsfälle“) als Vermögenszuwachs	127

i) Das Befreitsein von einer Verbindlichkeit als Vermögensvorteil	143
j) Die Aufdrängung eines Vorteils und die Anerkennung einer Ausgleichspflicht nach einem „subjektiven“ Maßstab?	151
k) Die Festlegung des ausgleichsfähigen Vermögensvorteils – eine Zusammenfassung in Thesen	158
3. Die durch Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige kraft willentlicher Inanspruchnahme fremder Güter zu erlangenden „Vorteile“	175
4. Das Interesse des Bereicherten am Erwerb des Vorteils – Ausschluss des Aufdrängungsschutzes in „Leistungsbeziehungen“?	179
5. Der Erwerb von Vorteilen durch Geschäftsunfähige bzw. beschränkt Geschäftsfähige und die Aufdrängung von Vorteilen in Leistungsbeziehungen – eine Zusammenfassung in Thesen	189
6. Aufdrängungsschutz durch Beseitigung des Vorteils – zum Anwendungsbereich des § 1004 BGB	191
a) Die Geltendmachung eines Ausgleichsanspruchs als Ausdruck widersprüchlichen Verhaltens	191
b) Der Ausschluss des Beseitigungsanspruchs bei unwiderlegbarer Vermutung der Vorteilhaftigkeit einer Handlung oder bei Anordnung des Ausgleichs eines ausdrücklich aufgedrängten Vorteils	193
c) Der Vorrang des Beseitigungsanspruchs vor der Zahlungspflicht bei Vorteilen, deren Entstehung allein im Interesse des Bereicherten angeordnet ist	195
d) Die Akzeptanz des Vorteils kraft des Verzichts auf den Beseitigungsanspruch	196
e) Der Begriff der „Beeinträchtigung“ im Sinne des § 1004 BGB	197
aa) Die Freiheit des Eigentümers (§ 903 BGB) als das durch § 1004 BGB geschützte Gut	199
bb) Der eigenständige Anwendungsbereich des § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB im Verhältnis zum Schadensersatzrecht	202
7. Der Aufdrängungsschutz kraft des Rechts auf Beseitigung angefallener Vorteile – eine Zusammenfassung in Thesen	216
IV. Der Ausgleich von aufgedrängten Zuwendungen im anglo-amerikanischen, französischen, österreichischen und schweizerischen Recht	219
1. Der Aufdrängungsschutz im anglo-amerikanischen Recht	221
a) Die „individualistische Geisteshaltung“ im anglo-amerikanischen Rechtskreis – beispielhaft verdeutlicht	221
b) Der wirksame Schutz vor unerbetener Einmischung im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag	228
c) Der Schutz vor unerbetener Einmischung im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis („the mistaken improver“)	233
aa) Amerikanisches Recht	233
bb) Englisches Recht	238
d) Zusammenfassende Würdigung des anglo-amerikanischen Rechts . .	246

2.	Der Aufdrängungsschutz im französischen Recht	249
	a) Der Ersatz von Verwendungen („impenses“) innerhalb rechtsgeschäftlich begründeter Schuldverhältnisse	250
	b) Die <i>gestion d'affaires</i> als Instrument gegen unerbetene Intervention?	253
	aa) Die <i>gestion d'affaires</i> im System der außervertraglichen Verbindlichkeiten	253
	bb) Die Erscheinungsformen der <i>gestion d'affaires</i>	255
	cc) Die durch eine <i>gestion d'affaires</i> aufgedrängte Bereicherung ..	260
	c) Die „aufgedrängte Bereicherung“ im Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer	273
	d) Der Aufdrängungsschutz im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung	277
	aa) Die unzureichende Systematik des Kondiktionsrechts im Code civil	277
	bb) Die „aufgedrängte Bereicherung“ als Versagungsgrund der „ <i>actio de in rem verso</i> “?	279
	e) Zusammenfassende Würdigung des französischen Rechts	288
3.	Der Aufdrängungsschutz im schweizerischen Recht	289
	a) Der Aufdrängungsschutz innerhalb der rechtsgeschäftlich begründeten Schuldverhältnisse	290
	b) Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Instrument gegen unerbetene Intervention?	291
	aa) Systematik und Erscheinungsformen der <i>negotiorum gestio</i> ..	291
	bb) Das Recht auf Ersatz der Aufwendungen und das Wegnahmerecht des Geschäftsführers	296
	cc) Das Aneignungsrecht des Geschäftsherrn im Falle der „bösgläubigen“ Geschäftsführung	300
	dd) Die aufgedrängte Tilgung fremder Schulden als „bösgläubige“ Geschäftsführung	303
	c) Die Abwehr aufgedrängter Verwendungen im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	309
	aa) Die Systematik des Interessenausgleichs zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer	309
	bb) Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis als „Sonderfall“ der „Geschäftsführung ohne Auftrag“?	313
	d) Der Schutz vor „aufgedrängter Entreicherung“ durch das Kondiktionsrecht	314
	e) Zusammenfassende Würdigung des schweizerischen Rechts	316
4.	Der unbefriedigende Aufdrängungsschutz im anglo-amerikanischen, französischen und schweizerischen Recht – die wesentliche Erkenntnis	318
5.	Der Aufdrängungsschutz im österreichischen Recht	318
	a) Die Abwehr einer aufgedrängten Bereicherung als leitendes Prinzip des österreichischen Rechts	318

b)	Der Aufdrängungsschutz des österreichischen Rechts in den einzelnen Instituten des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs	322
aa)	Der Schutz der Privatautonomie innerhalb der rechtsgeschäftlich begründeten Schuldverhältnisse	322
(a)	Der Aufdrängungsschutz im Bestandvertrag	322
(b)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der Leihe	330
(c)	Der Schutz des Hinterlegers vor aufgedrängten Vorteilen ..	331
bb)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag	331
cc)	Der Aufdrängungsschutz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ..	343
dd)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung	348
c)	Zusammenfassende Würdigung des österreichischen Rechts	353
V.	Die systematische Festlegung des Ausgleichs aufgedrängter Bereiche- rungen nach den Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs	355
1.	Der Aufdrängungsschutz innerhalb bestehender Vertragsverhältnisse – eine exemplarische Darstellung des Miet-, Leih- und Pachtvertrags ..	355
a)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der Miete	355
aa)	Der Schutz der Dispositionsfreiheit des Vermieters beim Aus- gleich von Verwendungen, deren Ersatz nicht nach § 536a Abs. 2 BGB geschuldet ist	358
bb)	Die Pflicht des Vermieters zur „Herausgabe des aus der Ge- schäftsführung Erlangten“, §§ 539 Abs. 1, 684 Satz 1 BGB ..	365
cc)	Der bereicherungsrechtliche Ausgleich nach Vertragsbeendi- gung kraft des Verzichts des Vermieters auf die Beseitigung des Vorteils	373
dd)	Der eigentümerähnliche Gebrauch einer zurückgelassenen Ein- richtung durch den Vermieter	375
ee)	Die „Verwendung“ durch den Mieter als Eigengeschäftsfüh- rung, § 687 BGB	375
ff)	Der Ausgleich von „gebilligten“ und „nicht gebilligten“ Ver- wendungen des Mieters – eine Zusammenschau	382
gg)	Exkurs: Der Ausgleich von Verwendungen bei nichtigem Miet- vertrag	384
hh)	Der Aufdrängungsschutz im Bereich der Miete – dargestellt in Thesen	388
b)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der Leihe	393
c)	Der Aufdrängungsschutz im Recht des Pachtvertrags	402
2.	Der Aufdrängungsschutz in gesetzlichen Schuldverhältnissen	403
a)	Der Aufdrängungsschutz im Nießbrauch, im Pfandrecht, in der Vor- und Nacherbschaft und im Fund	403
b)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der Geschäftsführung ohne Auf- trag	404
aa)	Hilfeleistung oder Einmischung – eine Einführung in das Fun- dament der Geschäftsführung ohne Auftrag	404

bb)	Das „fremde“ und das „eigene“ Geschäft – die Bestimmung der Begriffe	407
cc)	Die Schadloshaltung des Geschäftsführers bei Rücksichtnahme auf den Willen des Geschäftsherrn	412
dd)	Die Abschöpfung aufgedrängter Vorteile durch den Geschäftsführer	416
ee)	Der Ausschluss des Rechts des Geschäftsherrn auf Beseitigung des „Vorteils“ kraft der Ausgleichspflicht des § 684 Satz 1 BGB	419
ff)	Die Verpflichtung des Geschäftsherrn zur Herausgabe des durch den Geschäftsführer geschaffenen Vorteils und der Anspruch des Geschäftsherrn auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes – ein unauflösbarer Widerspruch?	420
gg)	Die Anerkennung des Anspruchs des Geschäftsführers auf das „aus der Geschäftsführung Erlangte“ bei nicht vorwerfbarer Fehleinschätzung des Willens des Geschäftsherrn	427
	(a) Der Ausschluss des Anspruchs aus § 684 Satz 1 BGB als Ausdruck der „Verwirkung kraft pflichtwidrigen Handelns“	429
	(b) Die schuldhafte Verkennung des wirklichen oder mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn als Obliegenheitsverletzung des Geschäftsführers?	434
hh)	Herausgabepflicht des schadensersatzberechtigten Geschäftsherrn bei Verzicht auf die Beseitigung des „Vorteils“?	437
ii)	Die Gleichbehandlung des beseitigungspflichtigen und des nicht beseitigungspflichtigen Geschäftsführers	438
jj)	Die aufgedrängte Tilgung einer fremden Verbindlichkeit als ausgleichslose „Gefälligkeit“?	440
kk)	Das Wegnahmerecht des Geschäftsführers	449
ll)	Der Anspruch des Eigengeschäftsführers gegen den Geschäftsherrn kraft der Akzeptanz des Vorteils	450
	(a) Der Anspruch des Geschäftsherrn auf „Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten“, §§ 687 Abs. 2 Satz 1, 681 Satz 1, 667 BGB	450
	(b) Der Anspruch des Eigengeschäftsführers als Schadensersatzschuldner	456
	(c) Die Beschränkung des Aufwendungsersatzes auf die bei dem „Geschäftsherrn“ eingetretene Bereicherung – eine Folge der Billigung des Ergebnisses der Geschäftsbesorgung durch den Geschäftsherrn bei Missbilligung der Eingriffshandlung	458
mm)	Zusammenfassende Thesen zum Aufdrängungsschutz in der Geschäftsführung ohne Auftrag	466
c)	Der Aufdrängungsschutz im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis	471
	aa) Der Anspruch des Besitzers auf Verwendungsersatz: Ein angemessener Ausgleich zwischen dem Interesse des Besitzers an dem Ersatz seiner Opfer und dem Schutz des Eigentümers? ..	471

bb)	Der bereicherungsrechtliche Charakter des Verwendungersatzes	487
(a)	Die Bereicherung des Eigentümers kraft der Ersparnis von Aufwendungen für eine auftragsähnliche Tätigkeit des Besitzers, §§ 994 Abs. 1, 994 Abs. 2 i.V.m. 683 Satz 1 BGB	487
(b)	Die Wertsteigerung der Sache als der in Geld auszudrückende Erfolg einer aufgedrängten Geschäftsbesorgung, §§ 994 Abs. 2 i.V.m. 684 Satz 1, 996 BGB	505
(c)	Die Sichtweise der Rechtsprechung: Abschöpfung eines im Vermögen des Eigentümers eingetretenen Vorteils kraft der §§ 994, 996 BGB	519
(d)	Der Ausgleich einer dem Eigentümer durch den Besitzer aufgedrängten Bereicherung – eine Zusammenschau	522
cc)	Die Stellung des zur Herausgabe verpflichteten Besitzers nach den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und der Geschäftsführung ohne Auftrag – ein Vergleich	523
dd)	Zusammenfassung des Aufdrängungsschutzes im Eigentümer-Besitzer-Verhältnis in Thesen	525
d)	Der Aufdrängungsschutz im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung	532
aa)	Die Besitzkondition des Eigentümers – der bereicherungsrechtliche Verwendungersatz des Besitzers und der Schutz vor „aufgedrängter Entreicherung“	534
(a)	Die Benachteiligung des Vindikationsschuldners im Vergleich zum Bereicherungsschuldner	537
(b)	Die Notwendigkeit einheitlicher Regelungen über den Verwendungersatz	538
(c)	Die unterschiedliche Verteilung der Beweislast – ein Argument gegen die Harmonisierung der Institute?	540
(d)	Die Deutung der Vindikation als Besitzkondition?	540
(1)	Die gemeinsame rechtshistorische Wurzel von Vindikation und Kondiktion	543
(2)	Die behauptete „Wesensverschiedenheit“ von Vindikation und Kondiktion	545
(aa)	Der ersatzlose Wegfall des „erlangten Etwas“: Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 BGB) oder Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB)?	547
(bb)	Der Einwand der „Entreicherung“ als Ausdruck eines kondiktionsrechtlich gewährten Vertrauensschutzes	550
(3)	Die wechselseitige Ergänzung von Vindikation und Kondiktion	562
(4)	Die Unvereinbarkeit des Bereicherungsrechts mit den Regelungen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses wegen der „inneren Geschlossenheit“ der Nebenfolgen?	564

(aa)	Die gebotene Gleichbehandlung des Ge- und Verbrauchs beim Ersatz von Nutzungen	565
(bb)	Die Aufhebung der Privilegierung des gutgläubigen Besitzers im Hinblick auf den Ersatz von Nutzungen	569
(5)	Die Ergänzung des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses durch die sog. Konditionssperren	570
(6)	Der Eigentumserwerb an Materialien (§ 946 BGB) als Folge der Verwendung des Besitzers	571
(7)	Das verfehltete Verständnis der „aufgedrängten Entreichung“ – dargestellt an einem Urteil des Bundesgerichtshofs	574
bb)	Gleichbehandlung von unrechtmäßigem Besitz und rechtsgrundlos erworbenem Eigentum?	576
(a)	Die Wirkungen der formalen Berechtigung des Konditionsschuldners	577
(b)	Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 994, 996 BGB auf denjenigen, der das Eigentum ohne rechtlichen Grund erlangt hat	578
cc)	Der Schutz des „Bereicherten“ vor dem geldlichen Ausgleich eines vom Nichtbesitzer aufgedrängten gegenständlichen Vorteils	581
dd)	Der Schutz vor dem Ausgleich eines aufgedrängten nicht-sachbezogenen Vorteils – die bereicherungsrechtliche Behandlung der Tilgung fremder Schulden	586
ee)	Die Abwehr einer aufgedrängten Bereicherung kraft des Ausschlusses der Kondiktion nach § 814 BGB?	589
ff)	Zusammenfassung des Aufdrängungsschutzes im Recht der ungerechtfertigten Bereicherung in Thesen	591
e)	Die Anrechnung von aufgedrängten Vorteilen bei der Rückabwicklung von Verträgen aus den Gesichtspunkten des Schadensersatzes und des Rücktritts	597
aa)	Der Ersatz von Verwendungen als „Vorteilsausgleichung“	597
bb)	Der Ersatz von Verwendungen als Folge des Rücktritts	599
cc)	Die Maßgeblichkeit des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses für die schadensersatzrechtliche Rückabwicklung von Verträgen ..	602
dd)	Die Anrechnung von aufgedrängten Vorteilen bei der Rückabwicklung von Verträgen aus den Gesichtspunkten des Schadensersatzes und des Rücktritts – eine Zusammenfassung in Thesen	604
VI.	Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	606
1.	Zur Rechtfertigung einer dogmatischen Arbeit	606
2.	Zur Entstehung und geldlichen Bewertung von Vorteilen	606
3.	Die Aufdrängung von Vorteilen	608
4.	Die Abwehr aufgedrängter Vorteile	610

5. Aufgedrängte Vorteile, deren Ausgleich der Bereicherte nicht abzuwenden vermag	611
6. Der Ertrag ausländischer Rechtsordnungen für die Abwehr und den Ausgleich aufgedrängter Vorteile	613
Literaturverzeichnis	614
Sachverzeichnis	632

I. Die Rechtfertigung einer dogmatischen Arbeit

Ist das bürgerlichrechtliche Thema der „aufgedrängten Bereicherung“ nicht erschöpft? Trägt nicht eine neue Untersuchung nur dazu bei, das Gewirr der Stimmen auf einem anscheinend begrenzten Gebiet um eine weitere zu vermehren?

Die skeptische Frage greife noch weiter aus: Lässt sich am Beginn des 21. Jahrhunderts, über einhundert Jahre nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, überhaupt noch ein dogmatisches Thema aus diesem Bereich mit neuen Einsichten bearbeiten?

Wie schnell indessen die Zweifel am Gegenstand der Untersuchung schwinden, zeigt ein Blick auf die Mehrdeutigkeit der bisherigen Lösungen nicht nur im deutschen Recht, sondern auch in ausländischen Ordnungen. Wo werden hier die verschiedenen Institutionen klar und mit Gründen gegeneinander abgegrenzt? Wo finden die in Frage kommenden Sachverhalte nicht nur in ihren allgemeinen Zügen, sondern bis in die Details eine überzeugende Beurteilung?

Wenn aber die gewonnenen Erkenntnisse so unterschiedlich ausfallen, liegt dieser Umstand nicht vielleicht an der gewählten Methode, sich dem „Buchstaben des Gesetzes“ zu unterwerfen, der sich, in nur unzureichender Einsicht der darin verborgenen Fragen gefasst, in kein dogmatisches System bringen lässt? Wäre es nicht an der Zeit, eine auf den ersten Blick „buchstabengläubige“ Rechtsanwendung soziologisch und rechtsvergleichend hinter sich zu lassen? Dieser prinzipielle Einwand gegen die vermeintliche Enge des Themas und der gewählten Methode verlangt zunächst eine Antwort darauf, was unter einer „dogmatischen“ Arbeit heute zu verstehen ist und ob ihr überhaupt noch ein Wert zukommt.

Um es knapp und ohne Umschweife zu sagen: Die Dogmatik des bürgerlichen Rechts stellt keine geschlossene, den Einflüssen aus anderen Wissensgebieten unzugängliche Ordnung dar. Sie ist vielmehr eine Arbeit an Begriffen und Typen unter Berücksichtigung aller mit ihnen zusammenhängenden – rechtlichen und außerrechtlichen – Fachgebiete mit dem Ziel, sichere Ausgangspunkte für die Beurteilung von Rechtsfragen zu gewinnen. Die Dogmatik hat zwar ihren Schwerpunkt in Rechtssätzen, mitsamt ihren Begriffen und Typen, aber sie ist, mit einem heute gängigen Ausdruck beschrieben, eine prinzipiell „offene“ Arbeitsweise.

Ungeachtet ihrer Flexibilität und des Verzichts auf jeden sachlich nicht begründeten „Wahrheitsanspruch“ hat sich diese Methode mit Vorbehalten anderer juristischer Disziplinen auseinanderzusetzen, die ihr die Bedeutung als wissenschaftliche Arbeitsweise der Gegenwart ausgesprochen oder unausgesprochen streitig machen. Beispielhaft für eine derartige Kritik sei die Beurteilung dogmatischer Arbeit im bürgerlichen Recht durch ein Handbuch der Rechtsvergleichung¹ angeführt, die wörtlich lautet:

„Der herkömmliche unreflektiert-selbstsichere Dogmatismus erweist sich mehr als Selbstbetrug, jedoch von unerwartet zäher Lebenskraft; neuere realistischere Methoden sind von vielfältigen Ansätzen aus entwickelt worden – empirisch-soziologischen vor allem – aber sie schon für die Wirklichkeit unseres Rechtsdenkens zu halten, wäre Wunschenken. Eine der neuen Methoden ist ... die Rechtsvergleichung, und zwar ist sie eine vorzüglich geeignete Methode, die Rechtswissenschaft auf einen neuen, realistischen Boden zu stellen. Sie erweist nämlich nicht nur die Hohlheit des dogmatischen Systemdenkens, sondern entwickelt – gezwungen, von nationaler Dogmatik zu abstrahieren und unmittelbar auf die Rechtsbedürfnisse des Lebens zurückzugreifen – ein eigenes, neues System, das an die Lebensbedürfnisse anknüpft und deshalb sach- und funktionsbezogen ist. Sie kritisiert nicht nur, sondern darf den Anspruch erheben, selber den Rechtsstoff besser zu durchdringen, zu besseren Einsichten zu gelangen und am Ende zu einem besseren Recht. Deshalb erscheint ein intensiveres Eingehen auf die rechtsvergleichende Methode sinnvoll: nicht, weil die Rechtsvergleichung krank wäre, sondern weil die Rechtswissenschaft es ist und die Rechtsvergleichung eine gute Arznei.“

Zugegeben: Eine bürgerlich-rechtliche Dogmatik, die sich nicht von den „modernen“ Disziplinen, beispielsweise der Rechtsvergleichung und der Ökonomischen Analyse des Rechts², inspirieren lässt, oder in der bloßen Wiedergabe des wissenschaftlichen Diskussionsstandes verharrt³, ist steril, und es nicht übertrieben, die ausschließliche Beschäftigung mit „anderen Meinungen“ als „krank“ zu bezeichnen, sofern die „Rechtsbedürfnisse des Lebens“, so wie sie sich in Lebenssachverhalten darstellen, außer Acht ge-

¹ Zweigert/Kötz, a. a. O., § I, Seite 32.

² Ihre Aufgabe stellen Schäfer/Ott, JZ 1988, Seite 213 ff., sowie in dem von ihnen verfassten Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, a. a. O., Seite 7 dar: Die Effizienz sei ein elementares Gebot für jegliches Staatshandeln. Eine Gesellschaft sei effizient, wenn sie bei gegebener Vermögensverteilung einen Zustand herbeiführe, bei dem niemand mehr bessergestellt werden könne, ohne dass ein anderer schlechter gestellt würde. Die Forderungen der ökonomischen Analyse an die Rechtsordnung seien mithin „*legitim, wenn sie die Allokationseffizienz fördern*“.

Als Allokationseffizienz (auch Pareto-Effizienz) bezeichnet man einen sozialen Zustand, von dem aus die Besserstellung einer Person nur noch gelingt, wenn mindestens eine andere Person dadurch einen Nachteil erleidet (Schäfer/Ott, a. a. O., Seite 6 und 25 f. m. w. N.).

³ Dieser Vorwurf ist beispielsweise Oppermann, AcP 193, Seite 497, 503 zu machen: Oppermann begnügt sich in dem Abschnitt „Die dogmatische Konstruktion der Geschäftsführung ohne Auftrag“ damit, etliche Behauptungen als „streitig“ oder „umstritten“ zu kennzeichnen.

lassen werden.⁴ Aber sind diese Mangelercheinungen ein zureichender Grund, der Dogmatik insgesamt den Rang einer wissenschaftlichen Disziplin streitig zu machen? Wäre dann nicht auch die fortgesetzte Bearbeitung des deutschen bürgerlichen Rechts durch Kommentare, Lehr- und Handbücher, also das tägliche Handwerkszeug des Zivilisten⁵, nutzlos? Und führt nicht auch die Rechtsvergleichung, welche die Auseinandersetzung mit dem nationalen Recht zu beleben und zu bereichern vermag⁶, wieder in die Dogmatik einer fremden Rechtsordnung, ohne deren „Mangelercheinungen“ zu kritisieren?⁷

Die Beschäftigung mit der Dogmatik könnte sogar die in jüngster Zeit hervortretende Unzufriedenheit deutscher Juristen mit der eigenen – bürgerlichen – Rechtsordnung⁸ durch die Erkenntnis mildern, dass die heimische Ordnung den Vergleich mit ausländischen Rechten nicht zu scheuen braucht. Dieses positive Ergebnis gilt insbesondere für den Stand der Rechtsprechung und Literatur im anglo-amerikanischen Rechtskreis, der wegen seiner Biegsamkeit und „praktischen Vernunft“ viele Sympathien auf sich vereinigt. Auch hier sind beispielsweise die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die irrtümliche Errichtung von Gebäuden auf fremdem Grund und Boden keine Erfindung von Theoretikern, sondern unter den Stichworten der „negotiorum gestio“, des „altruistic intermeddlers“ und des „mistaken improvers“ häufig erörterter Gegenstand der literarischen und gerichtlichen

⁴ Vgl. Esser, AcP 172, Seite 97, 98: „Damit (gemeint ist die ‚dogmengeschichtliche und sozialwissenschaftliche Reflexion‘) beginnt die Absolutsetzung des dogmatischen Denkens, die unsere Entwicklung so lange beherrschte, einer pragmatischen und mehr heuristischen Konzeption zu weichen.“

⁵ Treffend Canaris, Festschrift für Kitagawa (1992), Seite 59, Seite 64: „Rechtsdogmatische Theorien haben ... außer einer erklärenden auch eine heuristische Funktion.“ Sie könnten „mittelbar zur rechtsschöpferischen Tätigkeit des Richters (wie des Gesetzgebers) beitragen ... , indem sich die vereinzelt Kasuistik mit Hilfe der Theorie in durchsichtigen, systematischen Einordnungen niederschlägt.“

⁶ Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, Seite 6.

⁷ Bildlich gesprochen heißt es bei Rabel, a. a. O., Seite 5: „Tausendfältig schillert und zittert unter Sonne und Wind das Recht eines jeden entwickelten Volkes.“

⁸ Beispielhaft sei die pointierte Aussage des Münchener Rechtsanwalts *Schroth* in der „Frankfurter Allgemeinen Zeitung“ vom 2. Dezember 1999 angeführt: „Zunehmend isoliert – Im europäischen Umfeld ist das deutsche Recht nicht mehr wettbewerbsfähig“. *Schroth* begründet den „schweren Stand des deutschen Rechts“ mit den „zunehmenden Verständigungsschwierigkeiten, hervorgerufen durch die in Deutschland überzüchtete juristische Fachsprache und den damit verbundenen Begriff der Wissenschaftlichkeit.“ Er lobt das anglo-amerikanische Recht wegen seiner „simplicity“; charakteristisch seien hier „eine einfache Sprache, Übersichtlichkeit und wenige Fußnoten“. Gegen *Schroth* eine Zuschrift von *Hafermalz* („Einfache Gesetze sind nicht einfacher auszulegen“ in der „FAZ“ vom 14. Dezember 1999): „Ich kann aus persönlicher Untersuchung sagen, dass der amerikanischen Rechtsprechung ein gehöriger Schuss Dogmatik und Methodik nicht übel anstünde.“