

1. Teil: Einführung in das Bürgerliche Recht

§ 1 Recht und Privatrecht (Bürgerliches Recht und Sonderprivatrecht)

Literatur: *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201; *ders.*, Zur Problematik von Privatrecht und verfassungsrechtlichem Übermaßverbot, JZ 1988, 494; *Diederichsen*, Die Selbstbehauptung des Privatrechts gegenüber dem Grundgesetz, JURA 1997, 57; *Hager*, Grundrechte im Privatrecht, JZ 1994, 373; *Merten*, das System der Rechtsquellen, JURA 1981, 169; *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 (1992), 35; *Singer*, Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133.

Rechtsprechung: EuGH NJW 1996, 1267 – *Brasserie du Pêcheur* (Schadensersatz aufgrund eines gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bei Verstoß des Mitgliedstaates gegen Gemeinschaftsrecht; Art. 5, 189, 215 EGV a.F. = Art. 10, 249, 288 EGV n.F.); BVerfGE 58, 300 – *Naftauskiesungs-Beschluss* (Inhalt und Schranken des Eigentums, Enteignung; Art. 3 Abs. 1, 14 GG, §§ 903, 905 BGB); BVerfGE 7, 198 – *Lüth-Urteil* (Einwirkung der Grundrechte über die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts, Schranke der allgemeinen Gesetze, Wechselwirkungstheorie; Art. 1 Abs. 3, 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GG, § 826 BGB); BAGE 103, 111 – *Islamisches Kopftuch* (Sozialwidrigkeit einer Arbeitgeber-Kündigung, Abwägung von Grundrechtspositionen; Art. 4 Abs. 1, Abs. 2 GG und Art. 12 Abs. 1, 19 Abs. 3 GG, §§ 315 Abs. 1, 242, § 102 Abs. 1 BetrVG, § 1 Abs. 2 KSchG).

I. Recht

1. Begriff und Bedeutung

Angesichts der Vielgestaltigkeit und Komplexität zwischenmenschlicher Beziehungen ist es in weiten gesellschaftlichen und sozialen (etwa Familie, Schule, Kirche, Gemeinde, Verein) aber auch wirtschaftlichen Bereichen (Unternehmen, Verbände) notwendig, dass bestimmte Verhaltensweisen einem **Gebot oder Verbot** unterliegen oder sonstige Folgen an sie geknüpft sind. Regelmäßig nur so kann der Einzelne sein Handeln nach diesen „sozialen Spielregeln“¹ ausrichten. Das **Recht** soll dabei das Zusammenleben der Menschen regeln und ordnen². Neben den rechtlichen Regelungen können Normen der **Sitte** und der **Moral** (Sittlichkeit) das zwischenmenschliche Zusammenleben beeinflussen und lenken³. Das Recht stellt dabei, anders als Sitte und Moral (Sittlichkeit), verbindliche Regeln auf, die **Rechtsnormen**. Nur diese können mit Hilfe staatlicher Institutionen, insb. der Gerichte, zwangsweise durchgesetzt werden. Rechtsnormen

1 *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 1.

2 Zu den Erscheinungsweisen des Rechts und den ihnen zugeordneten Wissenschaften s. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 11 ff.

3 Zur Abgrenzung des Rechts von Sitte und Moral (Sittlichkeit) s. sogleich Rn. 3 ff.

sind im Hinblick auf das **Rechtsstaatsprinzip** (Art. 20 Abs. 3 GG)⁴ und das Erfordernis der **Rechtssicherheit** nur dann für den Einzelnen verbindlich, wenn sie ein hinreichendes Maß an Bestimmtheit aufweisen⁵. Die inhaltlich maßgebliche Leitvorstellung allen Rechts muss die Idee der **Gerechtigkeit** sein⁶. Erst daraus kann in überzeugender Weise die Verbindlichkeit des Rechts für jeden Rechtsunterworfenen abgeleitet werden. Die Vorstellungen des Einzelnen davon, was „Gerechtigkeit“ bedeutet, können z. T. deutlich divergieren. Doch gibt es allgemein anerkannte Werte, etwa die gemäß Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG „**unantastbare**“ **Menschenwürde**⁷, aufgrund derer sich nach Art. 1 Abs. 2 GG das Deutsche Volk „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt“ bekennt. So ist nach Art. 102 GG die Todesstrafe abgeschafft. Gerechtigkeit kann maßgeblich auch über den Aspekt der **Gleichheit** angestrebt werden.

- 2 Über das Ziel der Verwirklichung von Gerechtigkeit hinaus ist die **Befriedungsfunktion** des Rechts zu betonen. Soweit infolge des zwischenmenschlichen Zusammenlebens Konflikte auftreten, soll sich nicht (mehr) das Recht des Stärkeren („Faustrecht“) durchsetzen⁸. Vielmehr wird ein staatlich geregeltes Verfahren zur Verfügung gestellt, dessen sich der Einzelne zur Durchsetzung seiner Rechtspositionen bedienen kann, aber auch muss. Ein Zustand des Rechtsfriedens herrscht dann, wenn für den Einzelnen und die Rechtsgemeinschaft kein Grund oder keine Möglichkeit mehr besteht, eine einmal eingetretene Rechtslage zu ändern. Die (Verfolgungs-)Verjährung im Strafrecht schließt die Ahndung der Tat endgültig aus, wobei Mord (§ 211 StGB) nie verjährt (§ 78 Abs. 2 StGB). Nach Eintritt der Rechtskraft eines zivilgerichtlichen Urteils (§§ 322 ff. ZPO) ist eine Änderung nur noch in ganz besonderen Ausnahmekonstellationen möglich⁹. **Rechtsfrieden** und **Rechtssicherheit** sind von so zentraler Bedeutung für die Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG), dass um ihrer willen die Möglichkeit einer im Einzelfall vielleicht unrichtigen Entscheidung in Kauf genommen werden muss¹⁰.

Bsp.: Nach Eintritt der Verjährung¹¹ ist der Schuldner im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1)¹².

2. Abgrenzungen

- 3 Nicht nur Normen des Rechts – Rechtsnormen – ordnen und regeln das Zusammenleben der Menschen. Das Recht ist abzugrenzen von **Sitte und Moral** (Sitt-

4 Zum Rechtsstaatsprinzip s. Sodan/*Leisner*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 34 ff.; Sachs/*Sachs*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 74 ff.

5 BVerfGE 5, 25 (31 ff.); s. näher Sodan/*Sodan*, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 20 GG Rn. 55 ff.; Sachs/*Sachs*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 126 ff.

6 Zum Recht als Lösung von Gerechtigkeitsfragen s. *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 7 ff.; zum Zusammenhang zwischen Gerechtigkeit und Gleichheit s. *Braun*, Juristische Ausbildung 2014, 865 ff.

7 Der Einzelne darf nicht zum bloßen „Objekt“ staatlichen Handelns gemacht werden, s. BVerfGE 45, 187 (228) – *Lebenslange Freiheitsstrafe bei Mord*; 27, 1 (6); zur sog. „Objektformel“ s. Sachs/*Höfling*, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 15 ff.

8 *Köbler*, BGB AT, § 1 Rn. 3.

9 S. §§ 578 ff. ZPO (Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage).

10 BVerfGE 2, 380 (403).

11 Zur Verjährung s. Rn. 702 ff.

12 BGHZ 156, 232 (243 f.).

lichkeit)¹³. Der Begriff „**Sitte**“ umschreibt dabei diejenigen Bräuche und Gewohnheiten, deren Einhaltung von der Mehrheit des maßgeblichen Ausschnitts der Gesellschaft als für ein geregeltes Zusammenleben erforderlich angesehen wird. Insoweit können große regionale Unterschiede bestehen.

Bsp.: Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)¹⁴ geht in § 157 davon aus, dass eine „Verkehrssitte“¹⁵ bestehen kann. Im Handelsverkehr unter Kaufleuten ist nach § 346 HGB auf „Handelsbräuche“ Rücksicht zu nehmen.

Der maßgebliche Unterschied zwischen Recht und Sitte liegt in der **Sanktionierung von Verstößen**. Das Recht ist durch die Möglichkeit seiner zwangsweisen Durchsetzung mit Hilfe staatlicher Institutionen, insb. der staatlichen Gerichte, gekennzeichnet. Der Missachtung sittlicher Normen kann allenfalls gesellschaftlich-soziale Missachtung folgen, staatlicher Zwang findet keine Grundlage. Zu beachten ist, dass aus einer Sitte, einem Brauch, einer Gewohnheit unter bestimmten Voraussetzungen Gewohnheitsrecht entstehen kann¹⁶.

Auch die **Moral (Sittlichkeit)** kann dem Einzelnen eine bestimmte Verhaltensweise ge- oder verbieten, etwa aufgrund eines Gewissensentschlusses oder religiös-weltanschaulicher Vorgaben. Gleiches gilt für allgemeine Grundnormen der Sozialmoral, etwa das Gebot der Anständigkeit¹⁷.

Bsp.: Das von einer Person als für sich verbindlich erachtete Gebot „Du sollst nicht lügen“ kann einen religiös-weltanschaulichen (bspw. christlichen) Hintergrund haben, auf einer individuellen Gewissensbetätigung beruhen oder als allgemeine moralische Grundregel anerkannt worden sein.

Auch Normen der Moral (Sittlichkeit) fehlt – wie Normen der Sitte – der im Hinblick auf ihre Durchsetzbarkeit **zwingende Charakter**. Ein bloßer Verstoß gegen eine sittlich-moralische Vorgabe kann zwar zu einem „schlechten Gewissen“, zu „Gewissensbissen“, nicht aber zur zwangsweisen Durchsetzung der Moralvorstellung führen. Moral (Sittlichkeit) und Recht verfolgen darüber hinaus unterschiedliche Ziele. Die Normen der Moral (Sittlichkeit) verurteilen bereits den verwerflichen „unsittlichen“ Gedanken, während Rechtsnormen regelmäßig erst die nach außen in irgendeiner Form kundgemachte Betätigung einer verwerflichen Gesinnung sanktionieren.

Bsp.: Der bloße Gedanke, „diesen Idioten am liebsten umbringen“ zu wollen, mag unsittlich sein; durch Rechtsnormen sanktioniert ist erst eine dahingehende, nach außen gerichtete Willensbetätigung, etwa die Beleidigung, die vollendete oder versuchte Tötung, Körperverletzung sowie Beihilfe oder Anstiftung eines anderen hierzu¹⁸.

Recht ist damit gleichsam als „ethisches Minimum“ anzusehen¹⁹. Verbindungen zwischen Recht und Moral (Sittlichkeit) bestehen dabei in beiden Richtungen, etwa dergestalt, dass in bestimmten Rechtsnormen auf sittliche Vorstellungen im Sinne einer „Sozialmoral“ verwiesen wird.

13 Zum Verhältnis zwischen Moral und Recht s. *Höfling*, JuS 2017, 617 ff.; *Lindner*, JURA 2016, 8 ff.

14 Zum BGB s. Rn. 23 ff.

15 Zur Verkehrssitte s. noch folgend.

16 Zur Rechtsquelle „Gewohnheitsrecht“ s. noch folgend Rn. 15 f.

17 *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 3.

18 S. § 823 sowie §§ 185, 211 ff., 222, 223 ff., 229, 22 ff., 26 ff. StGB.

19 Vgl. *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 3.

Bsp. (1): Der Begriff der „guten Sitten“ i. S. v. § 826 und § 138 wird nach allg. M. ausgelegt²⁰ als das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“²¹.

Bsp. (2): Bereits das bloße Bestehen einer Strafandrohung, etwa § 218 StGB (Schwangerschaftsabbruch), hat „Einfluss auf die Wertvorstellungen und die Verhaltensweisen“ der rechtsunterworfenen Bevölkerung²². Rechtsnormen können aufgrund einer im Laufe der Zeit geänderten Sozialmoral ihrerseits Änderungen erfahren.

3. Recht im formellen und im materiellen Sinne

- 8** Rechtsnormen im formellen Sinne sind solche, die in einem gesetzlich geregelten förmlichen Gesetzgebungsverfahren von einem dazu legitimierten Gesetzgeber erlassen werden²³. Hierzu gehören die im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren des Bundestages verabschiedeten Bundesgesetze ebenso wie die von den Landesparlamenten durch die Landesgesetzgeber geschaffenen Gesetze (formelle Gesetze).
- 9** Mit dem Begriff der Rechtsnormen im materiellen Sinne wird darauf abgestellt, dass Normen einen bestimmten Regelungsgehalt haben, der für eine unbestimmte Vielzahl von Lebenssachverhalten, insoweit abstrakt, und für eine unbestimmte Vielzahl von Personen, insoweit generell, gilt²⁴. Zu den Rechtsnormen im materiellen Sinne gehören neben den meisten²⁵ formellen Gesetzen Rechtsverordnungen²⁶ und Satzungen von Körperschaften des öffentlichen Rechts²⁷.

4. Zwingendes und nachgiebiges Recht

- 10** Insb. im Bereich des bürgerlichen Rechts²⁸ von großer Wichtigkeit ist die Unterscheidung zwischen zwingendem (unnachgiebigem)²⁹ und abdingbarem (dispositivem, nachgiebigem)³⁰ Recht³¹. Zwingendes Recht ist unabdingbar, d. h. hiervon kann nicht abgewichen werden.

Bsp.: Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im Voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden (§ 619).

Demgegenüber sind mit nachgiebigem Recht solche gesetzlichen Regelungen gemeint, von denen z. B. in vertraglichen Vereinbarungen abgewichen werden kann. Eine Vielzahl von Vorschriften des bürgerlichen Rechts ist abdingbar.

Bsp.: Nach der gesetzlichen Grundvorstellung trifft den Vermieter die Verpflichtung zur Ausführung von Schönheitsreparaturen. Denn er hat gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 die Mietsache während der Mietzeit „... zu erhalten“. Nach ganz h. M. ist die in der Praxis vielfach übliche vertragliche Abwälzung dieser Pflicht auf den Mieter auch im Rahmen eines Formularvertrags im Grundsatz zulässig³².

20 Zur Gesetzesauslegung s. Rn. 69 ff.

21 BGHZ 69, 295 (297) – *Fluchthelfervertrag*; 10, 228 (232) – *Gläubigergefährdung*. S. näher Rn. 383.

22 BVerfGE 39, 1 (57) – *Fristenlösung*.

23 S. nur *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 88.

24 S. *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 88.

25 Bloß formelle, nicht aber materielle Gesetze sind das Haushaltsgesetz sowie das Zustimmungsgesetz zu völkerrechtlichen Verträgen, s. hierzu *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rn. 11.

26 S. unten Rn. 13.

27 S. unten Rn. 14.

28 Zum bürgerlichen Recht s. Rn. 19 und 23 ff.

29 Lat. *ius cogens* = zwingendes Recht.

30 Lat. *ius dispositivum* = nachgiebiges Recht.

31 Zu zwingendem und abdingbarem Recht s. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 3 Rn. 8 ff.

32 BGHZ 101, 253 (261 ff.); 92, 363 (367 ff.); zur Unwirksamkeit eines „starren“ Fristenplans s. aber BGH NJW 2004, 2586 (2586 f.).

Bestimmte gesetzliche Vorschriften sehen vor, dass hiervon nicht zum Nachteil einer hierdurch geschützten Person abgewichen werden darf. Insoweit handelt es sich um sog. halbseitig zwingende Vorschriften.

Bsp.: So kann im Reisevertragsrecht von den Regelungen der §§ 651a ff. gemäß § 651y grds. nicht zum Nachteil des Reisenden abgewichen werden.

5. Rechtsquellen

Bei der Frage nach den Rechtsquellen geht es um die **Entstehung von Recht bzw. Rechtsnormen**, d. h., auf welchem Wege und von wem Rechtsnormen geschaffen werden können³³. Insoweit ist zwischen dem **geschriebenen (positiven, gesetzlichen)**³⁴ und dem **ungeschriebenen Recht** zu unterscheiden. **11**

a) Geschriebenes (positives, gesetztes) Recht. – (1) Gesetze. Hierzu zählen zunächst die vom (Bundes- oder Landes-)Gesetzgeber (Legislative) in einem Gesetzgebungsverfahren „förmlich“³⁵ erlassenen (Bundes- oder Landes-)Gesetze³⁶. **12**

Bsp.: Das GG und das BGB sind ebenso geschriebenes Recht wie etwa das Gesetz über das Nachbarrecht (NRG) des Landes Baden-Württemberg.

(2) Rechtsverordnungen. Rechtsverordnungen sind Rechtsnormen im materiellen Sinne³⁷, die von der Exekutive erlassen werden und einer besonderen – hinsichtlich Inhalt, Zweck und Ausmaß bestimmten – gesetzlichen **Ermächtigungsgrundlage** (Rechtsgrundlage) bedürfen (Art. 80 GG)³⁸. Ermächtigungen für den Bereich des bürgerlichen Rechts enthalten z. B. Art. 243 EGBGB betreffend die Festlegung von Versorgungs- und Entsorgungsbedingungen und Art. 244 EGBGB zur Regelung von Abschlagszahlungen beim Hausbau durch Rechtsverordnung. **13**

(3) Satzungen. Geschriebenes Recht stellen auch die (autonomen) **Satzungen** dar. Diese Rechtsnormen im materiellen Sinne sind dadurch gekennzeichnet, dass sie von einer (Selbstverwaltungs-)Körperschaft des öffentlichen Rechts, z. B. einer Universität oder einer Gemeinde³⁹, für deren Mitglieder auf der Grundlage und im Rahmen der ihr vom Staat verliehenen⁴⁰ **Satzungsautonomie** erlassen werden. Das Bestimmtheitserfordernis des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gilt nach h. M. für den Erlass von Satzungen analog⁴¹. **14**

b) Ungeschriebenes Recht (Gewohnheitsrecht). Gewohnheitsrecht entsteht durch jahrelang **andauernde tatsächliche Übung**⁴², die auf einer **allgemeinen Rechtsüberzeugung**⁴³ der beteiligten Verkehrs- bzw. Personenkreise beruht⁴⁴. Da immer **15**

33 Zu den Rechtsquellen s. im Einzelnen *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 4 Rn. 2 ff.

34 Lat. *ponere* = setzen, stellen, legen.

35 Zu Rechtsnormen im formellen Sinn s. bereits Rn. 8.

36 Zum Verhältnis von Bundes- zu Landesrecht s. Art. 31 GG.

37 Zu Rechtsnormen im formellen und im materiellen Sinne s. bereits Rn. 8 f.

38 BVerfGE 91, 148 (163) – *Umlaufverfahren*.

39 Zur gemeindlichen Satzungshoheit als Ausfluss der Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG) s. z. B. für Baden-Württemberg § 4 GemO.

40 Hierbei sind der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes und die sog. Wesentlichkeitstheorie zu beachten; s. BVerfGE 33, 125 (158 ff.) – *Facharzt*; 98, 218 (251 ff.) – *Rechtschreibreform*.

41 Zur Rechtsanwendungsmethode der Analogie s. Rn. 79.

42 Lat. *consuetudo* = Gewohnheit.

43 Lat. *opinio iuris* = Rechtsüberzeugung, lat. *opinio necessitatis* = Überzeugung von der Notwendigkeit.

44 Zum Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle s. Palandt/*Grüneberg*, BGB, Einl. Rn. 22 m. w. N.; *Krebs/Becker*, JuS 2013, 97 ff.

mehr Bereiche durch geschriebenes Recht normiert sind, bleibt zunehmend weniger Raum für Gewohnheitsrecht. Zur Außerkraftsetzung einer Norm des Gewohnheitsrechts bedarf es nach h.M. eines Eingreifens des Gesetzgebers oder der Bildung von entgegengewirkendem Gewohnheitsrecht⁴⁵.

- 16** Kein Gewohnheitsrecht und auch im Übrigen nicht als Rechtsquelle anzuerkennen ist die **st. Rspr. oberster Gerichte** zu einer bestimmten Frage, der sog. Gerichtsgebrauch. Doch kann sich aus einer st. Rspr. Gewohnheitsrecht entwickeln, wenn sie in das allgemeine Rechtsbewusstsein übergeht und von den Rechtsgenossen überwiegend als geltende Norm anerkannt wird.

Bsp. (1): Die jahrelange st. Rspr. des BAG zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen für Arbeitskämpfmaßnahmen (Streik, Aussperrung)⁴⁶ hatte jedenfalls bis Ende der 1980er Jahre kein Gewohnheitsrecht erzeugt, da sie von Anfang an und auch noch zu diesem Zeitpunkt umstritten war⁴⁷.

Bsp. (2): Aus der jahrelangen st. Rspr. des BAG zur Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers für Schäden aufgrund betrieblich veranlasster Tätigkeiten (früher: sog. gefahrgeneigte Arbeit) ist möglicherweise Gewohnheitsrecht entstanden⁴⁸.

- 17** c) **Konkurrenz von Rechtsnormen.** Das Verhältnis von Rechtsvorschriften, die auf ein und denselben Sachverhalt Anwendung finden und aus verschiedenen Rechtsquellen stammen, ist ausgehend von der Rangordnung der Rechtsnormen nach den Prinzipien des sog. **Geltungsvorrangs** und des sog. **Anwendungsvorrangs** zu bestimmen⁴⁹.

II. Privatrecht

1. Begriff

- 18** Die gesamte Rechtsordnung lässt sich in zwei große Bereiche einteilen, einerseits das Privatrecht, andererseits das Öffentliche Recht („Zweiteilung der Rechtsordnung“). Das **Privatrecht** ist derjenige Teil der Rechtsordnung, der die Rechtsbeziehungen zwischen den Privatpersonen untereinander betrifft und auf gleichgeordneter Ebene im Sinne einer privatautonom⁵⁰ Selbstbestimmung regelt. Das **Öffentliche Recht** betrifft die Rechtsbeziehungen innerhalb des Staats als Träger hoheitlicher Gewalt, die Organisation seiner Institutionen sowie die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger⁵¹.

Aus Gründen der systematischen Klarheit wird zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Privatrecht unterschieden. Das Privatrecht ist im Wesentlichen durch Gesetze, ferner durch eine Reihe von Rechtsverordnungen geregelt⁵².

2. Allgemeines Privatrecht – Bürgerliches Recht

- 19** Das allgemeine Privatrecht umfasst die Regelungen des Privatrechts, die für jeden Bürger gelten. Es wird auch als **Bürgerliches Recht** oder **Zivilrecht** bezeichnet,

45 BGHZ 37, 219 (224 m. w. N.).

46 BAGE 23, 292 (293 ff.); 1, 291 (292 ff.).

47 BAGE 58, 138 (142 ff.); 33, 185 (190 ff.); 33, 140 (148 ff.).

48 BAGE 57, 55 (63 m. w. N.).

49 S. hierzu näher *Wolff/Neuner*, BGB AT, § 5 Rn. 2 ff.; *Barczak*, JuS 2015, 969 ff.

50 Zur Privatautonomie als dem zentralen Prinzip des BGB s. Rn. 30 ff.

51 Zu den Theorien zur Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht s. *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 3 Rn. 10 ff.

52 Zu Rechtsnormen im formellen und im materiellen Sinne s. bereits Rn. 8 f.

dessen Kernbereich vor allem im BGB⁵³ mit seinen fünf Büchern (Allgemeiner Teil, Schuldrecht, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht) geregelt ist⁵⁴. Weiter gehören zum allgemeinen Privatrecht bzw. Bürgerlichen Recht außerhalb des BGB kodifizierte bürgerlich-rechtliche (Neben-)Gesetze und Verordnungen. Es handelt sich um gesondert geregelte Bereiche, die der Gesetzgeber aus verschiedenen Gründen nicht in das BGB aufgenommen hat. Beispielhaft hervorgehoben seien etwa das Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (WEG), das Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG) und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG).

3. Besonderes Privatrecht

Das Besondere Privatrecht (**Sonderprivatrecht**) gilt nur für bestimmte Sachgebiete bzw. Sonderbereiche und richtet sich nur an bestimmte Personen- oder Berufsgruppen⁵⁵. Hierzu gehören z. B. das Handelsrecht, das Immaterialgüterrecht wie auch das Arbeitsrecht. **20**

Das **Handelsrecht** ist das **Sonderprivatrecht der Kaufleute** und Unternehmen, das vor allem im HGB geregelt ist. Dieses Gesetz enthält auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnittenes Sonderrecht für die wirtschaftliche Betätigung von Kaufleuten und Handelsgesellschaften. Für verschiedene Unternehmensformen finden sich darüber hinaus besondere gesetzliche Regelungen wie z. B. im AktG oder im GmbHG.

Unter dem Begriff des **Immaterialgüterrechts** werden rechtliche Regelungen zum Schutz des sog. „geistigen Eigentums“ verstanden. Hierzu gehört z. B. das Urheberrechtsgesetz (UrhG). Gemäß § 1 UrhG genießen die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes. Auf der Grundlage des Markengesetzes (MarkenG) werden nach § 1 MarkenG Marken, geschäftliche Bezeichnungen und geographische Herkunftsangaben geschützt⁵⁶. Nach dem Patentgesetz (PatG) genießen Erfinder den Schutz von Patenten, die gemäß § 1 Abs. 1 PatG für neue Erfindungen erteilt werden, wenn diese auf einer erfinderischen Tätigkeit beruhen und gewerblich anwendbar sind. **21**

Das **Arbeitsrecht** ist das **Sonderprivatrecht der Arbeitnehmer und Arbeitgeber**. Arbeitnehmer ist derjenige, der aufgrund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist⁵⁷. Die Vorschriften der §§ 611a ff. BGB, §§ 105 ff. GewO enthalten grundlegende Regelungen für den Bereich des Arbeitsvertragsrechts. Darüber hinaus sind eine Vielzahl von Gesetzen zum Schutz der Arbeitnehmer von Bedeutung. Hervorgehoben seien etwa das Kündigungsschutzgesetz (KSchG), das Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (BUrlG) oder auch das Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (EFZG). Bedeutende Gesetze für das Kollektivarbeitsrecht, wozu unter anderem und vor allem das **22**

53 Zum BGB s. Rn. 23 ff.

54 Zur Rechtsentwicklung auf den einzelnen Gebieten s. Köhler, BGB AT, § 3 Rn. 34 ff.

55 Zu Sonderprivatrechten neben dem BGB s. Wolf/Neuner, BGB AT, § 6 Rn. 5 ff.

56 Zum Begriff der Marke als schutzfähiges Zeichen i. S. v. § 3 MarkenG s. BeckOK-Markenrecht/Kur, 13. Edition, § 3 MarkenG Rn. 9 ff.

57 S. nur BAG NZA 2018, 448 (450 Rn. 23) und § 611a BGB sowie NK-GA/Schöne, 1. Aufl. 2016, § 611 Rn. 58 ff.

Recht der Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände und Betriebsräte gehört, sind etwa das Tarifvertragsgesetz (TVG) und das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

§ 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)

Literatur: *Hönn*, Zur Problematik der Privatautonomie, JURA 1984, 57; *Musiellak*, Vertragsfreiheit und ihre Grenzen, JuS 2017, 949; *Paulus/Zenker*, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1; *Petersen*, Die Privatautonomie und ihre Grenzen, JURA 2011, 184; *Schulte-Noelke*, Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs, NJW 1996, 1705.

Rechtsprechung: BVerfGE 89, 214 – *Bürgerschaft Familienangehöriger* (Sittenwidrigkeit von Mit-Verpflichtungen naher Angehöriger bei krasser finanzieller Überforderung, Einwirkung von Grundrechten bei der Auslegung zivilrechtlicher Generalklauseln; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG, §§ 138, 242 BGB); BVerfGE 72, 155 – *Elterliche Vertretungsmacht* (Schutz Minderjähriger vor unbegrenzter finanzieller Verpflichtung durch die Eltern als gesetzliche Vertreter; Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 1 Abs. 1 GG, §§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 3 BGB); BGHZ 123, 368 (Erbrechtsgarantie, Testierfreiheit, Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments, Pflichtteil; Art. 14 Abs. 1 GG, §§ 138 Abs. 1, 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB).

I. Entstehung des BGB

- 23** Die Entstehung des BGB ist vor dem Hintergrund der Kontroverse zwischen *Anton Friedrich Justus Thibaut*, der sich bereits 1814 nach dem Ende der napoleonischen Besatzung für ein einheitliches BGB aussprach⁵⁸, und *Friedrich Carl von Savigny*, der zuvor rechtstheoretische Klarheit über den Inhalt des zu kodifizierenden Rechts gewinnen wollte⁵⁹, zu sehen (sog. **Kodifikationsstreit**). Die seitens *von Savigny* in den folgenden Jahrzehnten verfasste siebenbändige Schrift „System des römischen Rechts“ wird als systembildend für das BGB angesehen. Im Hinblick auf das Gesetzgebungsverfahren musste zunächst die am 16.4.1871 in Kraft getretene Reichsverfassung im Jahr 1873 dahingehend geändert werden, dass dem am 18.1.1871 gegründeten Deutschen Reich die Gesetzgebungskompetenz für das bürgerliche Recht zugewiesen wurde („lex Miquel-Lasker“). Die daraufhin 1874 vom Bundesrat berufene sog. **Erste Kommission**⁶⁰ legte 1888 den Ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich mit den jeweiligen Begründungen der vorgeschlagenen Vorschriften, den sog. **Motiven**, vor. Eine wegen der Kritik⁶¹ am Ersten Entwurf 1890 einberufene sog. **Zweite Kommission** legte 1895 den Zweiten Entwurf mitsamt den die Begründungen enthaltenden sog. **Protokollen** vor, welcher 1896 vom Bundesrat beraten, anschließend als Reichstagsvorlage⁶² eingebracht, vom Reichstag inhaltlich nahezu unverändert angenommen und am 18.8.1896 von Kaiser *Wilhelm II.* ausgefertigt, unterschrieben und verkündet wurde⁶³. Die sog. **Materialien zum BGB**

58 „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (1814).

59 „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ (1815).

60 Unter dem Vorsitz des Präsidenten des Reichsoberhandelsgerichts *Heinrich Eduard Pape*.

61 Insb. durch Schriften von *Otto von Gierke*, „Die soziale Aufgabe des Privatrechts“ (1889); *ders.*, „Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht“ (1889) und *Anton Menger*, „Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen“ (1890).

62 Sog. Dritter Entwurf (zusammen mit einer Denkschrift des Reichsjustizamtes).

63 Zur „schweren Geburt des BGB“ s. *Schulte-Nölke*, NJW 1996, 1705 ff.; s. zur Entstehungsgeschichte des BGB *Wesel*, Geschichte des Rechts, 4. Aufl. 2014, Rn. 285.

(**Motive, Protokolle**)⁶⁴ sind nach wie vor von großer Bedeutung für die Auslegung⁶⁵ der Vorschriften des BGB. Am 1.1.1900 ist das BGB in Kraft getreten (Art. 1 Abs. 1 EGBGB).

II. Gründe für die Schaffung des BGB

Das BGB war die **erste einheitliche Kodifikation** des bürgerlichen Rechts⁶⁶ für das damalige deutsche Reich. Vor Inkrafttreten des BGB herrschte ein Zustand der **Rechtszersplitterung**⁶⁷, d. h., in den einzelnen Ländern galt jeweils unterschiedliches Landesrecht (sog. **Partikularrecht**). In Preußen galt das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten (ALR) von 1794, in Bayern der Codex Maximilianus bavaricus civilis von 1756, in Sachsen das BGB für das Königreich Sachsen von 1863, in Baden das Badische Landrecht von 1809 und in einigen linksrheinischen Gebieten der aus dem französischen Rechtskreis stammende Code Civil (Code Napoléon) von 1804. Im übrigen Reichsgebiet galt subsidiär – soweit in einem Land eine eigene Kodifikation des bürgerlichen Rechts nicht existierte – das aus dem römischen Recht stammende und in Deutschland etwa ab dem 15./16. Jahrhundert rezipierte „Kaiserrecht“⁶⁸, aus dem sich das gewohnheitsrechtlich⁶⁹ anerkannte sog. **Gemeine Recht** (Pandektenrecht⁷⁰) entwickelte. Damit hatte das **römische Recht** einen maßgeblichen Einfluss auf das deutsche Recht gewonnen. Die umfassende Rechtszersplitterung stand dem **aufblühenden Handelsverkehr** und dem Beginn der **Industrialisierung** im Wege. Bereits 1833/34 war der deutsche Zollverein gegründet worden. Somit bestand ein maßgebliches Interesse gerade auch der Wirtschaft an einem national einheitlich gültigen Bürgerlichen Gesetzbuch. Vor Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 war eine Rechtsvereinheitlichung im Wesentlichen nur im Bereich des Prozessrechts erreicht worden; seit 1.10.1879 galten die sog. Reichsjustizgesetze⁷¹, u. a. ZPO, StPO⁷² und GVG. Zugleich mit dem BGB traten zum 1.1.1900 das Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (ZVG), die Grundbuchordnung (GBO) und das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG)⁷³ in Kraft (siehe Art. 1 Abs. 1 EGBGB). Ebenfalls zum 1.1.1900 trat für den Bereich des Handelsrechts das HGB in Kraft (Art. 1 Abs. 1 EGHGB)⁷⁴.

24

III. Entwicklung des BGB

Das BGB ist seit seinem Inkrafttreten im Jahr 1900 in den wesentlichen Grundstrukturen unverändert geblieben. Daran haben auch die erheblichen politischen

25

64 Zu den Materialien s. *Benno Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899.

65 Zur Gesetzesauslegung s. Rn. 69 ff.

66 Zur Einordnung des bürgerlichen Rechts als allgemeines Privatrecht s. Rn. 19.

67 Zur Vorgeschichte des BGB s. *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 9 Rn. 1 ff.

68 Kodifiziert im „*corpus juris*“.

69 Zur Rechtsquelle Gewohnheitsrecht s. Rn. 15 f.

70 Recht der Pandekten (lat. *digesten*).

71 Zum 125-jährigen Jubiläum der Reichsjustizgesetze von 1879 (GVG, ZPO, StPO, KO, ferner RAO) s. *Kissel*, NJW 2004, 2872 ff.

72 Im Bereich des materiellen Strafrechts galt bereits das StGB von 1871.

73 Heute FamFG.

74 Zuvor galt das ADHGB von 1861.

und gesellschaftlichen Umwälzungen in Deutschland und Europa, etwa infolge der beiden Weltkriege, des Nationalsozialismus, der Wiedervereinigung Deutschlands wie auch des europäischen Einigungsprozesses nichts geändert. Der Grund für diese „Beständigkeit“ des BGB liegt unter anderem in der **Abstraktheit der Konzeption** des Gesetzbuchs, die sich wesentlich in der sog. Ausklammerungsmethode⁷⁵ wie auch in der Verwendung von sog. **Generalklauseln** – z. B. § 242 (Treu und Glauben) und § 138 (gute Sitten) – widerspiegelt, was die Möglichkeit einer flexiblen Anpassung an die jeweils vorherrschenden politischen und gesellschaftlichen Zielvorstellungen eröffnete⁷⁶.

- 26** Trotz der in der Gesamtheit festzustellenden Kontinuität in den wesentlichen Grundstrukturen hat das BGB seit dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens zum Teil aber auch erhebliche gesetzliche Änderungen erfahren. So war in der Vergangenheit vor dem Hintergrund der in Art. 3 Abs. 2 GG niedergelegten Gleichberechtigung von Männern und Frauen insb. das **Familienrecht** Gegenstand zahlreicher gesetzgeberischer Eingriffe, um diesem verfassungsrechtlichen Gleichberechtigungsgebot im Rahmen des Bürgerlichen Rechts Rechnung zu tragen. Hervorgehoben sei weiter die Gleichstellung nichtehelicher Kinder mit ehelichen Kindern im Familienrecht und im Erbrecht, die ebenfalls verfassungsrechtlich durch den in Art. 6 Abs. 5 GG niedergelegten Gleichstellungsauftrag ausgelöst worden ist. Im Bereich des Schuldrechts sind Änderungen unter anderem im Hinblick auf in der Praxis neu entwickelte Vertragstypen⁷⁷ wie auch zur **Stärkung des Verbraucherschutzes**, der zunächst wesentlich außerhalb des BGB punktuell in bürgerlich-rechtlichen Nebengesetzen geregelt war⁷⁸, für notwendig erachtet worden. Vergleichsweise wenige Änderungen haben neben dem Allgemeinen Teil des BGB das Sachenrecht und das Erbrecht erfahren.

IV. Anwendungs- und Geltungsbereich

1. Zeitlicher Anwendungsbereich

- 27** Das BGB ist gemäß Art. 1 Abs. 1 EGBGB zum **1.1.1900** in Kraft getreten⁷⁹. **Übergangsvorschriften** aus diesem Anlass enthalten die Art. 153 ff. EGBGB⁸⁰, im Hinblick auf jüngere Änderungen die Art. 219 ff., 229 §§ 1 ff. EGBGB⁸¹ sowie aus Anlass der Wiedervereinigung Deutschlands die Art. 230 ff. EGBGB⁸².

2. Räumlicher Anwendungsbereich

- 28** Der räumliche Anwendungsbereich des BGB bestimmt sich in Fällen mit Auslandsberührung nach den **kollisionsrechtlichen Regelungen** insb. der Art. 3 ff. EGBGB⁸³, der Rom I-VO für vertragliche Schuldverhältnisse, der Rom II-VO

75 S. dazu noch folgend Rn. 45 f.

76 S. etwa zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus eindrucksvoll *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2012, 91 ff.

77 Z. B. der Reisevertrag, der in den §§ 651a ff. geregelt worden ist.

78 So wurden z. B. die Regelungen des AGBG und des HWiG im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung zum 1.1.2002 in das BGB aufgenommen, s. §§ 305 ff. und (heute) § 312b.

79 Zur Entstehung des BGB s. bereits Rn. 23.

80 Palandt/*Grüneberg*, BGB, Überbl. v. Art. 181 EGBGB Rn. 1 ff.

81 Palandt/*Thorn*, BGB, Art. 220 EGBGB Rn. 1 ff.

82 Die Kommentierungen der Art. 230 ff. EGBGB sind in das Palandt-Archiv Teil II eingestellt worden und abrufbar im Internet unter <http://www.palandt.beck.de>.

83 Palandt/*Thorn*, BGB, Einl. v. Art. 3 EGBGB Rn. 1 ff.