

Historisch-kritischer
Kommentar zum BGB

Band I

§§ 1–240



Historisch-kritischer
Kommentar zum BGB

herausgegeben von
Mathias Schmoeckel
Joachim Rückert
Reinhard Zimmermann

Band I
Allgemeiner Teil

§§ 1–240

Redaktion
Mathias Schmoeckel

bearbeitet von

Fred Bär · Franz Dorn · Thomas Duve
Thomas Finkenauer · Hans-Peter Haferkamp
Hans-Georg Hermann · Sibylle Hofer
Rudolf Meyer-Pritzl · Peter Oestmann
Martin Pennitz · Joachim Rückert
Thomas RUFNER · Martin Schermaier
Mathias Schmoeckel · Andreas Thier
Stefan Vogenauer · Reinhard Zimmermann

Mohr Siebeck 2003

Autoren

Dr. jur. *Fred G. Bär*, Humboldt-Universität zu Berlin
Prof. Dr. jur. *Franz Dorn*, Universität Trier
Dr. jur. *Thomas Duve*, Universität München
Dr. jur. *Thomas Finkenauer*, Universität Trier
Prof. Dr. jur. *Hans-Peter Haferkamp*, Universität zu Köln
Dr. jur. *Hans-Georg Hermann*, Universität München
Prof. Dr. jur. *Sibylle Hofer*, Universität Regensburg
Prof. Dr. jur. *Rudolf Meyer-Pritzl*, Universität Kiel
Prof. Dr. jur. *Peter Oestmann*, Universität Bern
Prof. Dr. jur. *Martin Pennitz*, Universität Graz
Prof. Dr. jur. *Joachim Rückert*, Universität Frankfurt a.M.
Dr. jur. *Thomas Rüfner*, Universität Bonn
Prof. Dr. jur. *Martin Schermaier*, Universität Münster
Prof. Dr. jur. *Mathias Schmoeckel*, Universität Bonn
Stefan Stolte, Universität Bonn
Prof. Dr. jur. *Andreas Thier*, Universität Münster
Stefan Vogenauer M. Jur. (Oxford), Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg
Prof. Dr. jur. Dr. h.c. Dr. h.c. *Reinhard Zimmermann*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Zitiervorschlag

HKK/Bär, §§ 21–79, Rn. 5ff.

ISBN 3-16-147909-2

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

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Rotation gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden. Den Einband entwarf Uli Gleis in Tübingen.

Vorwort

Der »Historisch-kritische Kommentar zum BGB« erscheint als *Kommentar*. Er orientiert sich also an der *praktischen* Aufgabe der Jurisprudenz, Entscheidungen für bestimmte Probleme aus Texten zu gewinnen. Das heute praktizierte Zivilrecht hat sich vom Text des BGB bisweilen deutlich entfernt. Gleichwohl steht es in einem besonders intensiven Traditionszusammenhang. Der Kommentar macht diesen Zusammenhang sichtbar. Das erscheint zumal in einer Zeit von Belang, in der das alte Ideal nationaler Kodifikationen verblaßt ist und die Konturen einer europäischen Privatrechtsordnung erkennbar werden. Wie sind die nationalen Rechtsstrukturen entstanden? Von welchen Vorstellungen sind sie geprägt? Wie haben sie sich verändert? Haben sie sich bewährt oder überlebt? Welche Erfahrungen lassen sich ziehen? Worin liegen gemeinsame Züge der Lösungen heute, gestern und vermutlich morgen? Welche kulturellen, ökonomischen und sozialen Faktoren haben die Lösungen geprägt? Alle diese Fragen lassen sich nur mit Blick auf ihre Geschichte lösen. Der Kommentar versteht sich daher als *historisch*: Die juristischen Probleme und Lösungen im BGB werden also bewusst in ihrem zeitlichen Verlauf beschrieben.

Auf diesem Fundament wird vergleichend weitergedacht, bilanziert und gewertet. Der Kommentar nennt sich deswegen auch *kritisch*. Dieser Zusatz war bis zuletzt kontrovers, denn gute Geschichtsarbeit ist gewiss immer *kritisch*, in der Quellenarbeit wie in der Interpretation und Konstruktion der Zusammenhänge. Was sich unter Rechtshistorikern versteht, erschien jedoch für einen praktisch-juristischen *Kommentar* aus zwei Gründen betonenswert. Geschichte wird für die praktische Aufgabe der Jurisprudenz nicht selten als »an sich« belanglose Schilderung dogmatisch irrelevanter Zusammenhänge beiseite geschoben. In ähnlicher Überspitzung wird *historisch* als bloß kontemplativ gegen *juristisch* als applikativ ausgespielt. Beidem wollen wir entgegenarbeiten. Denn so zutreffend diese Haltungen die Erkenntnisinteressen unterscheiden, so sehr missachten sie die seit je notwendige und produktive pragmatische Verbindung beider Elemente in der praktisch-juristischen und erst recht in der wissenschaftlich-juristischen Arbeit. Der Zusatz soll also weder nahelegen, historische Methode sei an sich unkritisch, noch den Anspruch erheben, dieser Kommentar sei vor allem kritisch im Sinne von alternativ. Unberührt bleibt schließlich, dass auch gute Dogmatik gewiss immer kritisch verfährt. Historisch-kritische Arbeit erschließt ihr dafür zusätzliche Schätze von besonderer Sachnähe.

Historisch-kritisch knüpft an die methodische Haltung der neuzeitlichen, quellenkritischen Philologie, Historie und humanistischen Jurisprudenz an, die zuerst ihre Texte nicht mehr nur als scholastisches Dogma nahmen. Auch unsere Zivilrechtstexte sind Quellen, nämlich Zeugnisse von juristischen Lösungen. Sie sind in je ihrer Zeit

methodisch-*historisch* zu sammeln, zu sichten, zu prüfen und dann zu ordnen nach Form und Gehalt. *Kritisch* meint die dabei stets mitlaufende Haltung des prüfenden Beurteilens im Sinne einer Kritik der juristischen Vernunft unseres BGB. Ein zuverlässig historischer Zugriff erbringt fast von selbst die sachnächsten Fundamente für fundierte BGB-Kritik – eine Kritik, in der sich die Dogmatik schon seit 1900 geübt hat. Der Kommentar schreibt damit eine Geschichte des durch das und mit dem BGB in über hundert Jahren Geleisteten und bietet so eine bessere Grundlage für Bewertungen.

Dieser »Historisch-kritische Kommentar« baut auf den reichen Ergebnissen *juristischer Dogmengeschichte* auf und liefert eine Bestandsaufnahme und Verarbeitung der juristischen *Probleme selbst* in ihren realen Kontexten. Er widmet sich Kontinuitäten und Brüchen gleichermaßen im Sinne einer *historischen Rechtsvergleichung*. Die notwendige Einheit des Problems und damit der Erläuterungsaufgabe liegt in der Art und Weise, wie zu verschiedenen Zeiten ein bestimmtes juristisches Problem gelöst wurde.

Die Kommentierungen erklären daher jeweils zuerst das *Regelungsproblem und die Lösungswege im Überblick*, dann die Lösungswege *vor dem BGB*, den *Weg des BGB selbst* und die dogmatischen Konkretisierungen *seit 1900*. Sie schließen mit *Bilanz und Ausblick*. Der Einstieg beim Regelungsproblem leistet Doppeltes: Zum einen wird das jeweilige juristische Problem vom BGB her bestimmt. Zum anderen wird ein vergleichender Rahmen eröffnet. Denn umfasst werden müssen nicht einfach das BGB als stehendes Dogma, sondern auch seine Entscheidung gegen andere Lösungen sowie die seit 1900 hinzugekommenen und heute erwogenen Lösungen. Der Ansatz verknüpft also das juristische Gestern, Heute und mögliche Morgen zu einem bestimmten Problem. So lässt sich auch kontrolliert auswählen, ordnen und beurteilen, was aus dem unaufhörlichen Strom der Geschichte eigentlich einschlägig und wichtig für eine bestimmte Frage erscheint.

Diese Verknüpfung von historisch, kritisch und vergleichend soll, so hoffen wir, Originalität und Nutzen dieses Kommentars ergeben. Es geht um Problemgeschichten von Lösungen auf der Basis von Vorgeschichten und Dogmengeschichten. Verständlich werden sollen im Sinne einer *Vergleichung funktionaler Art* die Lösungswege zu einem bestimmten Sachproblem. Das geschieht in herkömmlicher Dogmatik selten, denn es ist auch nicht die erste Aufgabe der dogmatischen Arbeit am geltenden Recht.

Beabsichtigt sind *sechs Bände*: je einer für Allgemeinen Teil, Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht, sowie zwei Bände zum Schuldrecht. Die Kommentierungen fassen meist größere Abschnitte zusammen, da ein Vorgehen nach einzelnen Paragraphen die Lösungszusammenhänge oft zu sehr zerschnitte. Die Legalordnung bleibt aber stets gewahrt.

Wir freuen uns über die gute Zusammenarbeit mit dem Verlag Mohr Siebeck und danken allen Beteiligten herzlich.

Im August 2002

Joachim Rückert, Frankfurt a.M.
Mathias Schmoeckel, Bonn
Reinhard Zimmermann, Hamburg

Danksagung des Redaktors

Dieses Projekt, dessen erster Band nun vorliegt, reife langsam heran. Im Zeitpunkt des Erscheinens bleibt dem Redaktor dieses Bandes nur, Dank gegenüber so vielen auszusprechen, welche die Entstehung des Unternehmens und seiner ersten Konkretisierung überhaupt erst möglich gemacht haben. Mit Dankbarkeit erinnere ich mich an ein langes Gespräch im Herbst 1998 mit Herrn Kollegen Reinhard Zimmermann in Cambridge, das zur Konkretisierung der Idee geführt hat. In unserer ersten Tagung in Regensburg hat Herr Zimmermann viel zur Bereicherung der großen Linie beigetragen und insbesondere die Notwendigkeit rechtsvergleichender Arbeit verdeutlicht. Darüber hinaus hat er durch den großzügigen Einsatz der Mittel aus seinem Leibniz-Preis die vorbereitenden Tagungen in Regensburg und Bonn ermöglicht. Herrn Kollegen Joachim Rückert danke ich für eine Fülle von Ideen, Hinweisen und detaillierter Kritik, der die meisten Beiträge viel verdanken. Mit seinem Enthusiasmus für das Projekt hat er die Mitwirkenden bereichert und angespornt.

Herr Dr. Gillig vom Verlag Mohr Siebeck war ein wichtiger Gesprächspartner bei der Umsetzung zum Druck. Seine ruhige und entgegenkommende Unterstützung hat ein Druckwerk entstehen lassen, wie ich es mir nur wünschen konnte.

In Bonn wurde ich von meinen Mitarbeitern unterstützt, ohne ihre Hilfe wäre die redaktionelle Bearbeitung zum Druck nicht durchführbar gewesen. Insbesondere bin ich Herrn stud. iur. Tobias Bednarz dankbar, der sich mit großem Engagement und Sorgfalt diese Aufgabe zur eigenen gemacht hat; mein wissenschaftlicher Mitarbeiter Steffen Wiederhold setzte diese Arbeit fort. Annekatriin Donath und Steffi Plöger erstellten die Verzeichnisse. Allen Genannten danke ich herzlich.

Bonn, 6. 01. 2003

Mathias Schmoeckel