

# Rechts Rg geschichte g

Zeitschrift des  
Max-Planck-Instituts  
für europäische  
Rechtsgeschichte

Herausgeber  
Michael Stolleis

Redaktion  
Kathrin Linderer

Rg **15** 2009

eine größere Synthese zu schaffen. Die chronologische und geographische Ausdehnung und die thematische Vertiefung der Studien von Fahrmeir erlauben es ihm, weitreichende Fragen zu stellen, die anderweitig nur in beschränktem

## Abschied vom Recht am Gewerbebetrieb?\*

Rolf Sack, Dogmatikern etwa durch seine Arbeiten zu den guten Sitten bekannt, möchte in diesem eindrucksvoll klar geschriebenen Buch das so genannte Recht am Gewerbebetrieb verabschieden. Er stützt dies vor allem auf zwei Argumente. Einerseits betont er, dass das Recht des Gewerbebetriebs nicht in die dogmatische Struktur von § 823 Abs. 1 BGB passe. Zweitens bestehe für diese Konstruktion kein Bedarf, da es genügend andere Lösungen für die fraglichen Fälle gebe. Er verteilt die Fälle daher auf einige Sondertatbestände, vor allem aber auf die Generalklauseln der §§ 3 UWG, 826 BGB und des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, die er ausnehmend richterrechtlich formuliert. Beim Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter schließt sich Sack der Ausweitung bei der Berufshaftung an, die bekanntlich nicht einmal mehr Interessenübereinstimmung zwischen Vertragsgläubiger und geschädigtem Dritten verlangte. Auch für Sacks Dogmatik der §§ 3 UWG und 826 BGB ist kennzeichnend, dass für ihn die Feststellung der Sittenwidrigkeit auf eine umfassende »Interessenabwägung« hinausläuft, in die einfließen: Europäisches Recht, verfassungsrechtliche »Wertungen«, insbesondere »Wertmaßstäbe« der Grundrechte, »Wertmaßstäbe« einfacher Gesetze (etwa GWB), »allge-

Maße untersucht worden sind. Alle diejenigen, die sich mit der Geschichte der Staatsbürgerschaft im breiteren Sinne befassen, können von diesem Buch lernen.

Eli Nathans

meine Rechtsüberzeugungen« und »vorhandenes« Richterrecht. Weder ist Vorsatz zwingend noch Kenntnis der sittenwidrigkeitsbegründenden Tatumstände. An die Stelle der bisherigen Dogmatik treten damit der Einzelfall und Fallgruppen, die Richter bekanntlich gerade nicht binden. Für die Rechtsdogmatik bedeutet dieser Abschied vom Recht am Gewerbebetrieb nicht gerade einen Rationalisierungsschub.

Was hat all das mit Rechtsgeschichte zu tun? Sack schaltet einen »ausführlichen rechtshistorischen Teil« (Vorwort) vor, den er in der Gliederung zutreffender »Kritische Darstellung der Entwicklung der Rechtsprechung« nennt. Es handelt sich dabei um eine sehr konzentrierte dogmatische Rückblende, die stets die heutige Gegenwart mit bedenkt. Besonders betont werden die zunächst uneinheitliche Rechtsprechung des Reichsgerichts, die später hieran anknüpfenden Missverständnisse des BGH und die Tatsache, dass stets funktionale Äquivalente bereitstanden. Geschichte ist dogmatisches Argument.

Gut vorgeführt wird dabei, was einen Dogmatiker des geltenden Rechts an Rechtsgeschichte interessiert. Im ersten Teil der Arbeit geht es nur um Urteile, die leitsatzartig auf ihre dogmatische Kernaussage reduziert werden. Selten wird der zugrunde liegende Sachverhalt erläu-

ternd herangezogen. Politische, wirtschaftliche und soziale Bezüge bleiben ausgespart. Konstruiert wird ein dogmatischer Diskurs, den anonyme Richter aus 100 Jahren bei geschlossenen Fenstern führen. Abgetrennt wird auch der jeweils begleitende Literaturdiskurs, der weitgehend in Teil 2 des Buches geschoben und zutreffend mit »Dogmatik« überschrieben ist. Hier werden in Fußnotenbergen Texte von 1910 neben solchen aus dem Jahr 2006 in Gruppen allegiert, als wären alle Autoren im gleichen Fluss geschwommen. Kategorial ist der Unterschied zwischen dieser synchronen und der im Kapitel 1 gewählten diachronen Darstellungsform gering. Blickt man auf die noch immer oft vorgeschalteten »Vorgeschichte[n]« zu dogmatischen Arbeiten, die sich in bisweilen rührigen Rückblicken methodisch unkontrolliert verlieren, so ist Sacks Geschichtsverwendung freilich erfreulich klar und konsequent Dogmatik im Gewand der Rechtsgeschichte.

Gerade deshalb bleiben für Rechtshistoriker, die vom Gängelband heutiger dogmatischer Probleme gelöst nach der Entstehung des Rechts am Gewerbebetrieb fragen, viele Fragen offen. Dies resultiert vor allem daraus, dass Sack den politischen, ökonomischen und sozialen Kontext seiner Geschichte völlig ausspart. Seine Richterrechtsperspektive macht eine Entscheidung des Zweiten Senats des Reichsgerichts aus dem Jahr 1902 zur Geburtsstunde des neuen Rechtsinstituts. Ältere Entscheidungen werden (14 ff.) mit dem historisch etwas schiefen Argument als Vorläufer ausgeschieden, dass sie den Gewerbebetrieb nicht als absolutes Recht geschützt hätten, was angesichts eines erweiterten Vermögensschutzes etwa im ALR aber auch gar nicht not-

wendig war. Ausgeblendet wird, dass etwa die von Sack herangezogene Entscheidung »Börsenverein I« von 1890 Teil einer ganzen Reihe von Entscheidungen war, mit der das Reichsgericht, unter Rückgriff auf die zeitgenössische Nationalökonomie, die Grenzen der erlaubten Konkurrenz festlegte.<sup>1</sup> Auch war der Schutz der Gewerbefreiheit durch boni mores und »öffentliche Ordnung« vor 1900 bereits intensiv in der Diskussion.<sup>2</sup> Vielleicht mag aber auch nur das starke Selbstverständnis der Richter des Reichsgerichts um 1900<sup>3</sup> erklären, warum die Richter des Jahres 1902 ganz selbstverständlich das Recht am Gewerbebetrieb schützen und nur danach fragen, ob auch eine Privatklinik gewerbetreibend sei.<sup>4</sup> Ähnliche Fragen wirft Sacks als zentral herausgestellte »Abtrennmesser«-Entscheidung aus dem Jahr 1941 auf, in der der Erste Senat des Reichsgerichts mit seiner früheren Rechtsprechung brach und sich der Rechtsprechung des Zweiten Senats anschloss (96). Der Senat verwies legitimierend auf Art. 2 des Gesetzes zur Änderung der StPO und des GVG aus dem Jahr 1935.<sup>5</sup> Hier wurde die reichsgerichtliche Bindung an Vorentscheidungen mit dem Ziel gelockert, »darauf hinzuwirken, dass bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird.«<sup>6</sup> Im Zuge der nach 1933 massiv einsetzenden staatlichen Wirtschafts- und insbesondere auch Wettbewerbssteuerung<sup>7</sup> lag es keineswegs fern, auch den deliktischen Schutz des Gewerbebetriebs im Lichte gesamtwirtschaftlicher Zusammenhänge neu zu diskutieren. Für die Dogmatik des Rechts am Gewerbebetrieb ergab sich ideologischer Druck zudem aus den Bestrebungen in der Aka-

\* ROLF SACK, Das Recht am Gewerbebetrieb. Geschichte und Dogmatik (Jus Privatum. Beiträge zum Privatrecht 116), Tübingen: Mohr Siebeck 2007, 358 S., ISBN 978-3-16-149239-6

1 Dies zeigt RAINER SCHRÖDER, Die Entwicklung des Kartellrechts und des kollektiven Arbeitsrechts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, Ebelsbach 1988, 12 ff., 268, 534 und passim.

2 HANS-PETER HAFERKAMP, § 138, Rn. 9 f., in: HKK, hg. von MATTHIAS SCHMOECKEL u. a., Tübingen 2003. Der Historisch-kritische Kommentar zum BGB wird von Sack ebenso nicht genutzt wie die Vorentwürfe zum BGB, das Nachschlagewerk des Reichsgerichts

und die sonstige in meinen Nachweisen angeführte Literatur.

3 Studien bei ULRICH FALK u. HEINZ MOHNHAUPT, Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896–1914), Frankfurt a. M. 2000.

4 Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, Jahrgang 1902, bearbeitet von WERNER SCHUBERT, Goldbach 1993, 476.

5 RG in GRUR 1942, 55.

6 RGBl. 1935 I, 844 f.

7 Hierzu die Beiträge in: Wirtschaftskontrolle und Recht in der nationalsozialistischen Diktatur, hg. von DIETER GOSEWINKEL, Frankfurt a. M. 2005; daneben zeitgenössisch JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Deutsches Wirtschaftsrecht, 1. Aufl. Berlin 1939, 110 ff.

demie für Deutsches Recht, eine deliktische Generalklausel zu schaffen.<sup>8</sup> Sack genügt als Ursachenforschung für die Entscheidung des Zweiten Senats dagegen der Hinweis, dass jedenfalls »nicht Lücken im System der delikts- und wettbewerbsrechtlichen Anspruchsnormen« hierfür verantwortlich seien (98) – dass also damals wie

## Ein Fach mit Zukunft\*

Das Wissen der Welt verdoppelt sich mittlerweile innerhalb weniger Jahre, so ist bisweilen zu lesen. Diesen Befund verdanken wir der unermüdlichen Wissenschaftsbürokratie. Er impliziert eine abwertende Sicht auf die Gesellschaften der Vergangenheit und bedarf der Erläuterung, wer denn nun eigentlich so viel wissender geworden sei. Die Juristen unserer Tage in Bezug auf die kirchliche Rechtsgeschichte mit Sicherheit nicht. Bücher zu dieser Disziplin erscheinen nicht oft. Das hat mit den Erfordernissen des Bücher- und Ausbildungsmarktes zu tun. Das Staatskirchenrecht ist nur noch in Grundzügen Teil der juristischen Ausbildung und das Kirchenrecht wird an vielen juristischen Fakultäten gar nicht mehr gelehrt. Erste Anzeichen deuten an, dass eine Talsohle aber durchschritten ist. Vielerorts regen sich Aktivitäten, die Zahl der Dissertationen und Habilitationen steigt wieder. Das ist sicherlich der Erkenntnis geschuldet, dass Säkularisierung eben nicht der lineare Prozess ist, als der er für die letzten zweihundert Jahre immer wieder dargestellt wurde. Gerade das Zusammenspiel mehrerer Religionen mit moderner Staatlichkeit bedarf gewiss der näheren Betrachtung auch durch Juristen. Sie können dabei

heute der Schutz des Gewerbebetriebs in § 823 I BGB entbehrlich war.

Mag die Dogmatik das Recht am Gewerbebetrieb verabschieden – rechtshistorisch bleibt hier noch viel zu tun.

**Hans-Peter Haferkamp**

nicht nahtlos auf älteres Wissen zurückgreifen. Wer einmal versucht hat, sich die wechselnden Zusammenhänge von deutschen Staaten und den evangelischen Kirchen im 19. Jahrhundert zu erarbeiten, dem steht das plastisch vor Augen. Die Arbeit lohnt, zeigt sie doch, wie eng verflochten Staat und Kirche gerade hier waren. Der Kulturkampf ist keine 150 Jahre her, und die damaligen Auseinandersetzungen waren dazu in der Lage, auch in die deutsche Gesellschaft tiefe Gräben zu reißen. Noch die Mütter und Väter des Grundgesetzes rührten deshalb nicht am älteren staatskirchenrechtlichen Kompromiss. Wie dünn die Decke staatlicher Neutralität bisweilen ist und wie schwer sich auch der moderne Staat bei der Beachtung des eigenen Werts der Kirche mitunter tut, zeigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den letzten Jahren. Die Betrachtung eines Rechtsgebiets, das sich wie kaum ein anderes in jahrhundertlangen historischen Prozessen entwickelt hat, bedarf der historischen Tiefenschärfe. Um sie kümmert sich das Buch von Christoph Link. Es stellt vergessene Zusammenhänge wieder her, ist präzise und klar. Nach einer Einführung zu den unterschiedlichen Rechtsbegriffen vom Kirchenrecht folgt

ein Durchgang durch zweitausend Jahre kirchlicher Rechtsgeschichte.

Katholische und evangelische Rechtsgeschichte werden gleichermaßen nachgezeichnet. Dem Leser steht die protestantische Perspektive des Autors immer klar vor Augen, ohne dass es an einer wohlthuenden Abgewogenheit fehlen würde. Hier schreibt ein Protestant, dessen vorrangiges Anliegen es aber nicht ist, die Bedeutung der Kirchen besonders herauszustellen, um ihren rechtlichen Status zu bewahren. Dies ist ja auch nicht nötig, bisweilen begegnet man aber in der staatskirchenrechtlichen Literatur kirchlichen Haltungen, die einseitig Rechte der beiden großen Kirchen im weltanschaulich neutralen Staat stärken wollen. Link weiß, dass kirchliche Traditionsbestände nicht künstlich beatmet werden können, wo sie nicht mehr zeitgemäß erscheinen. Sie werden aber auch nicht vorzeitig zu den Akten gelegt und die hohe Bedeutung beider Konfessionen erschließt sich bei entsprechenden Fragen an die Quellen.

Betrachtet man den Raum, den die einzelnen Jahrhunderte in diesem Buch einnehmen, so bemerkt der Leser schnell, dass die Geschichte hier immer ein wenig von ihrem vorläufigen Ende, also vom hier und heute erzählt wird. Das 20. Jahrhundert ist ausführlicher geschildert als das 19. und dieses wiederum nimmt mehr Platz ein als das 18. Die Zeit vor der Reformation beansprucht gerade einmal 50 Seiten. Das ist der Anlage des Buches geschuldet, das ursprünglich aus der historischen Einleitung des mit Stefan Muckel und Heinrich de Wall verfassten Kirchenrechtslehrbuchs konzipiert wurde. Dem Leser steht so der Weg der Kirchen in die Moderne vor Augen, zu ihr wird er hingeführt. Untergegangene Phänomene, die berühmten toten Äste der Geschichte, werden nicht mit gleicher Intensität betrachtet. Das mag der Historiker etwas

bedauern, der am geltenden Recht arbeitende Jurist wird dankbar für die Beschränkung sein. Der Bezug zu allgemeinen historischen Entwicklungen bleibt auf das Nötigste beschränkt. Dies spiegelt sich auch bei der getroffenen Literaturauswahl wider. Aus der Perspektive des Juristen ist es naturgemäß das Recht, das die kirchliche Struktur maßgebend prägt. An einigen Stellen werden die theologischen Grundlagen einzelner juristischer Entwicklungen eingeblendet. Hier bietet sich für eine zukünftige Rechtsgeschichte viel Raum.

Diese kirchliche Rechtsgeschichte ist keine Dogmen-, eher eine Institutionen- und kirchliche Verfassungsgeschichte. Fragen der kirchlichen Verfasstheit werden ebenso thematisiert wie die großen Kodifikationen des katholischen Kirchenrechts. Kein Raum ist im Rahmen eines Kurzlehrbuchs etwa für eine Darstellung des kirchlichen Arbeitsrechts oder der rechtlichen Struktur kirchlicher Träger. Besonders eindrucksvoll gelingt die präzise Schilderung der teilweise komplexen Zusammenhänge. Wer sich über Fragen der Entstehung der heutigen oder der vergangenen evangelischen Kirchenverfassungen, über die Entstehung von Konsistorien oder Synoden, aber auch die Entstehung des katholischen Kirchenrechts informieren will, der wird hier fündig. Anders als es eine erste Assoziation vielleicht nahelegt, wird dieses Buch viele Leser finden, weil es ein unter Juristen, Theologen, Historikern und interessierten Laien weit verbreitetes Bedürfnis befriedigt und schlicht ohne Konkurrenz ist. Diese hätte es nebenbei gesagt auch sehr schwer. Als Leser wünscht man sich mitunter, dass es noch ein ausführliches Lehrbuch vom gleichen Autor gäbe. Das Wissen des Autors und seine Fähigkeit, die einzelnen Ereignisse in einen großen Kontext zu stellen, hätte dann noch mehr Raum bekom-

<sup>8</sup> Vor allem durch HANS CARL NIPPERDEY, Die Generalklausel im künftigen Recht der Unerlaubten Handlungen, in: Akademie für Deutsches Recht 1933–1945. Protokolle der Ausschüsse, Bd. III, 5: Ausschluß für Schadensersatzrecht u. a., hg. von WERNER SCHUBERT, Berlin 1993, 638 f.; Darstellung der Debatte bei UTA MOHNHAUPT-WOLF, Deliktsrecht und Rechtspolitik, Baden-Baden

2003 mit meiner Rez. in Rg 12 (2008) 218 ff.; zu Nipperdeys Wirtschaftsverfassungskonzept TORSTEN HOLLSTEIN, Die Verfassung als »Allgemeiner Teil«, Tübingen 2006, 262 ff.

\* CHRISTOPH LINK, Kirchliche Rechtsgeschichte. Kirche, Staat und Recht in der europäischen Geschichte von den Anfängen bis ins 21. Jahrhundert, München: C. H. Beck 2009, 277 S., ISBN 978-3-406-58091-8