

# Rechtsgeschichte Legal History

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg20>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 20 (2012)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg20/466-468>

Rg **20** 2012 466–468

**Matthias Schwaibold**

## Die Gestaltung der Gestaltungsrechte

**Matthias Schwaibold**

## Die Gestaltung der Gestaltungsrechte\*

»Gut Ding will Weile haben«: Seit Jahren im Verlagsprogramm ebenso regelmäßig angekündigt wie dann verschoben, erschien Hattenhauers Habilitationsschrift im November 2011. Der Rezensent will die Leser dieser Zeitschrift nicht annähernd so lange warten lassen wie der Autor ihn. Das zusammenfassende Urteil vorweg: Hattenhauer hat ein lesenswertes Buch geschrieben, facetten- und gedankenreich, trotz des (erz-)dogmatischen Themas stets klar und verständlich, nie langweilig und nirgendwo redundant und mit einem sicheren Blick für die wesentlichen historischen Zusammenhänge; seine Kritik an den (vielen) Autoren, die die Dinge anders sehen, ist immer zurückhaltend, dabei elegant formuliert, und erscheint nie besserwisserisch, gleich wie seine eigentliche Botschaft – die der Rezensent allerdings nicht teilt (meinen Einwand versuche ich am Ende kurz darzulegen).

Just zum hundertjährigen Jubiläum des Begriffs der Gestaltungsrechte, den Emil Seckel in einem Vortrag bzw. dann einem Festschriftenaufsatz 1903 schuf, hatte Christian Hattenhauer seine Arbeit schon 2003 der Universität Münster vorgelegt; offensichtlich haben Feinschliff, Ziselieren und Polieren weitere 8 Jahre in Anspruch genommen, denn die Werke aus den Jahren 2004 bis 2011 sind im Literaturverzeichnis weder besonders zahlreich noch scheinen sie einen Einfluss auf die Konzeption gehabt zu haben. Hattenhauer geht historisch vor: Im ersten Teil (5–196) führt er in sieben Kapiteln aus dem römischen Recht zum BGB. Zunächst zeigt er die Vorläufer einseitiger privater Rechtsgestaltung aus dem antiken römischen Recht, namentlich die Rücktrittsrechte und die Kündigung. Sie waren aber zu wenig zahlreich und vor allem zu sehr auf den »Rechtsakt« bezogen, als dass sich allein schon daraus eine Dogmatik der Gestaltungsrechte hätte ergeben können (5–45). Auch war dem römischen Fallrecht die Herausbildung abstrakter Dogmen fremd. Noch

weniger ist dafür aus den Quellen des deutschen (germanischen) Rechts zu gewinnen (47–55). Auch Kanonistik, *usus modernus* und Naturrecht, ja nicht einmal die Pandektistik alleine bringen den Durchbruch, sondern liefern lediglich einzelne Entwicklungselemente. »Dass sich über ein Gestaltungsgeschäft durch einseitiges Handeln des Gestaltungsberechtigten die Rechtslage ändert ..., ist eine relativ junge Erscheinung« (57). Sie setzt Verschiedenes voraus, das sich weder zwangsläufig noch zeitgleich oder flächendeckend ergeben hat: zunächst die Ausbildung der Begriffe des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung, dann aber auch die Loslösung vom aktionsrechtlichen Denken und der rechtsgestaltenden Erklärungen aus dem Prozess ins materielle Recht. Schließlich ist sie auch Ausdruck des politischen Liberalismus, der den Richter nicht überall an Stelle oder als Vertreter des fürsorglichen Staates haben will, sondern der Willensmacht (oder Willkür) des Einzelnen Bahn bricht. Für den Bereich Deutschlands und der Schweiz vereinigen sich die wichtigsten Entwicklungslinien erst in der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts: Anfechtung, Rücktritt, Verrechnung usw. werden zu Gestaltungsrechten in den Händen einer Partei. Was für uns seit über 100 Jahren ganz selbstverständlich ist, haben andere Rechtsordnungen anders oder nicht mit gleicher Konsequenz gelöst: So ist nach einer durchaus in Teilen bis heute nachwirkenden Konzeption namentlich des französischen Rechts (dazu 205 ff.) die Vertragsauflösung nicht Sache der Parteien, sondern Ergebnis einer entsprechenden Klage, eines Gestaltungsklagerechts und des richterlichen Auflösungsentscheids, gleich wie sich die Verrechnung nicht zwangsläufig als *eo ipso* wirksame Erklärung darstellen muss, sondern der Durchsetzung im Prozess bedarf. Gesetzgeberische Teilentscheide (im Zürcherischen Privatrechtlichen Gesetzbuch, im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, vor allem aber im Sächsischen

\* CHRISTIAN HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung. Geschichte und Dogmatik* (Heidelberger rechtswissenschaftliche Abhandlungen 4), Tübingen: Mohr Siebeck 2011, XXVIII, 530 S., ISBN 978-3-16149789-6

BGB und dann im Schweizerischen OR) bereiteten ab 1850 das Terrain für die grundlegende Weichenstellung im BGB. Zwar erwachsen bis in die Beratungen hinein aus der (spätpandektistischen) Lehre und seitens der Vertreter des rheinischen Rechts noch Widerstände, aber Rücktritt, Anfechtung und Verrechnung bedurften nicht mehr der richterlichen Bestätigung, sondern wurden grundsätzlich durch Parteierklärung wirksam. Hattenhauer schildert (57–185) nicht nur die spannungsreiche Entwicklung zwischen dem Beginn der historischen Rechtsschule (Savigny) und ihrem Ende (Eisele/Dernburg/Windscheid), sondern widerlegt auch im Vorbeigehen wesentliche Überlegungen, die Pascal Pichonnaz in seiner Habilitationsschrift über die »Compensation« (Fribourg, 2001) aufgestellt hatte (171 ff.). Die Verrechnung wurde nicht etwa von der Lehre, sondern gegen diese von Gesetzgebung und Praxis zur rechtsgestaltenden Willenserklärung gemacht.

Als Emil Seckel den Begriff der »Gestaltungsrechte« kurz nach dem Inkrafttreten des BGB vorschlug, konnte er seinerseits auf diverse Versuche ihrer dogmatischen Erfassung zurückgreifen: Als »Rechte des rechtlichen Könnens« oder als »Begründungsrechte« oder »Rechte auf Rechtsänderung« waren sie schon in den Jahren zuvor Gegenstand scharfsinniger Überlegungen geworden – aber erst als »Gestaltungsrechte« machten sie dann eine eindruckliche Karriere (187–196).

Dieser widmet sich der 2. Teil (197–460, Kapitel 8 bis 13). Es entwickelte sich im Anschluss an Seckels »Entdeckung« (202) bzw. eben in Fortführung, Verfestigung und Verfeinerung seines Gedankens eine eigentliche »Lehre vom Gestaltungsrecht«, überall dort spürbar, wo eine Rechtsordnung vom Einfluss der typisch deutschen Zivilrechtsdogmatik geleitet wird (oder auch darunter leidet). Die begriffliche Erfassung trieb die schönsten Äste und Blüten: Von »Sekundärrechten« über »ausfüllende« und »einbrechende« Gestaltungsrechte hin zur Frage der Unwiderruflichkeit, der Übertragbarkeit und Bedingungsfeindlichkeit. Neue Gestaltungsrechte gerieten sozusagen in das Prokrustesbett der jahrzehntelang gewachsenen Dogmatik, zugleich setzte sich das deutsche »Modell« zumindest ansatzweise auch in Rechtsordnungen durch, die bei Erlass der einschlägigen Kodifikationen noch auf einem anderen Stand der Lehre und Gesetzgebung – insbesondere demjenigen des Code civil – waren. Die Brüsseler Gesetzgebungsaktivitäten tragen ihrerseits zu einer

Verbreitung jedenfalls von verbraucherschützenden Widerrufsrechten bei – eine Entwicklung, die Hattenhauer ausdrücklich begrüßt (226). Den Weg zumindest ins EGBGB fand das Gestaltungsrecht erst 1995.

Das 9. Kapitel (229 bis 258) ist der »herkömmlichen Lehre vom Gestaltungsrecht« gewidmet. Es gehört zu den subjektiven Rechten, kann in Begründungs-, Änderungs-, Regelungs- und Aufhebungsrechte unterteilt werden, aber damit ist die Dogmatik noch längst nicht am Ende ihres Lateins bzw. ihrer Begriffs- und Definitionslust angekommen, nicht einmal mit der Frage nach einem »numerus clausus« von Gestaltungsrechten. Dem aber stehen – und es kündigt sich Hattenhauers Botschaft an – Art. 2 Abs. 1 GG und die Vertragsfreiheit entgegen (241). Auch über das Verhältnis von Bedingung und Gestaltungsrecht haben sich viele Autoren tiefeschürfende Gedanken ohne praktische Folgen gemacht, was den Österreicher Theo Mayer-Maly offenbar zum hübschen Spruch von »Glanz und Elend der Begriffsjurisprudenz« veranlasste. Schließlich gehört zu den häufig traktierten Themen die Frage, wie man Einrede (bzw. Einwendungen) und Gestaltungsrechte in ihrem gegenseitigen Verhältnis sieht, ob Gestaltungsrechte abtretbar seien und der Gestaltungsgegner des Schutzes, und wenn ja wieweit, bedürfe.

Den »Schwächen« der gerade dargestellten herkömmlichen Lehre widmet sich das 10. Kapitel (259–304), das dazu dient, den »Mythos Gestaltungsrecht« zu entmystifizieren und das mit ihm verknüpfte »rechtskonstruktive Denken« zu kritisieren. Dass sich mit Regeln der Rechtsanwender die Arbeit erleichtert (263), ist jedenfalls – entgegen dem Kontext, in dem Hattenhauer dies in erneutem Vorgriff auf seine Hauptthese sagt – kein tragfähiger Einwand. Denn »mühsam eine Wertung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls vorzunehmen« (a. a. O.), kann man zwar fordern und schreiben, aber damit schafft man sich nur neue, und insgesamt wohl größere Probleme (dazu dann meine Schlussbemerkung). Namentlich in Auseinandersetzung mit Böttcher (dem offenbar ersten und nach Seckel einflussreichsten »Dogmatiker« des Gestaltungsrechts) listet Hattenhauer die zahlreichen Überlegungen auf, welche zu einer »Missachtung des Rechtsverhältnisses« geführt hätten. Statt dessen, so seine Schlussfolgerung, gelte »in dubio pro libertate«, und den Dogmen ist mit Art. 2 Abs. 1 GG zu Leibe zu rücken (281). Aber die privatautonome Ver-

wirklichung von Parteirechten ist – entgegen Hattenhauer – weder der Maßstab noch die Antwort.

Das 11. Kapitel handelt von der Bedingungs- und Befristungsfeindlichkeit des Gestaltungsgeschäfts (283–304) – nach dem Gesagten verwundert es nicht, dass Hattenhauer beides für unmaßgebliche Produkte konstruktiven Denkens hält. Auch der Unwiderruflichkeit bereitet er im 12. Kapitel, nach ausführlicher Darstellung, dasselbe Schicksal (305–402). Dieses Kapitel erscheint nach Umfang und Dichte der Kernpunkt der »geltend-rechtlichen« bzw. »zivilistisch-dogmatischen« Bemühungen Hattenhauers zu sein. Indessen greift auch hier die Schlussfolgerung wieder zu kurz: »In der Konsequenz einer Überantwortung der Rechtsgestaltung an die Parteien liegt eine an deren Interessen orientierte Flexibilität der Rechtsausübung« (402). Schließlich wird im 13. Kapitel (404–460) der Unübertragbarkeit des Gestaltungsrechts der Garau gemacht, mit dem durchaus konsequenten Ergebnis, dass »das ›Dogma‹ der Unübertragbarkeit des Gestaltungsrechts ... im Widerspruch zur Privatautonomie« stehe.

Auf den Seiten 461 bis 468 formuliert Hattenhauer zusammenfassend seine Ergebnisse, 469 ff. folgen dann Quellen-, Literatur-, Rechtsquellen-, Personen- und Sachverzeichnis. Es ist bemerkenswert, mit welcher Leichtigkeit er zusammenfasst, was er vorher ausgebreitet hat: »Statt Wertung begegnet das konstruktive Argument« (464) oder »Alles in allem erweisen sich die herkömmlichen ›Dogmen‹ der Lehre vom Gestaltungsrecht als unzutreffend« (468), lediglich als »Ordnungsbegriff« sei es anzuerkennen. Die herkömmliche Lehre hindere »die in einer Interessen- bzw. Wertungsjurisprudenz allein maßgebliche Beurteilung der Sachfragen nach den Interessen der Parteien und beeinträchtigt unzulässigerweise die Privatautonomie. Erforderlich ist immer eine Interessenbewertung im Einzelfall, die an Stelle von griffigen, der Bequemlichkeit des Rechtsanwenders entgegenkommenden Regeln treten muss« (468).

Hier setzt nun der – grundlegende – Widerspruch des Rezensenten an: Gewiss haben Begriffe und Dogmatik eine »dienende« Funktion und dürfen nicht einfach Selbstzweck werden. Aber, so banal es klingen mag, muss es gesagt werden: Das Recht besteht aus Normen und Begriffen, und die Rechtsordnung dient nicht einfach den Interessen von Parteien, die an einem Vertrag beteiligt sind, sondern darüber hinausgehend allen Rechtsgenossen (um diesen altertümlichen Ausdruck zu

verwenden) und dem friedlichen – geordneten – Austragen von Interessengegensätzen. Zur Steuerungsfähigkeit des Rechts gehört auch die Prognostizierbarkeit von – gerichtlichen – Entscheidungen, und die wiederum dürfen nicht zum jeweils beliebigen, völlig einzelfallbezogenen und insoweit auch zufälligen Ergebnis einer konkreten Interessenwertung werden: Wer – wie Hattenhauer – der konstruktiven Funktion von Begriffen die Einzelfallbetrachtung entgegensetzt, der entzieht der Dogmatik und ihrem Instrumentarium, damit letztlich aber auch der Norm und ihrer Anwendung die Verallgemeinerungsfähigkeit und vernachlässigt die Postulate der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. Dass diese Prinzipien die Privatautonomie begrenzen, wie namentlich der *numerus clausus* des Gesellschafts- und Sachenrechts sowie des Familien- und Erbrechts zeigen, ist eine häufige und selbstverständliche Erscheinung. Das Grundgesetz und die Vertragsfreiheit sind keine Argumente gegen Begriffe und Dogmen, sondern lediglich der Ersatz eines Dogmas durch ein anderes – nämlich das der (uneingeschränkten) Privatautonomie und der (schränkenlosen) privaten Normsetzung. Wo sich die Parteien einig sind (z. B. über die »begriffswidrige« Rücknahme einer Gestaltungserklärung oder deren Bedingung und Befristung), hindert niemand, dass ihr Wille geschehe; indessen ist doch mit dem Konflikt und der Anrufung des Richters zugleich erklärt, dass sich die Parteien nicht (länger) einig sind. Wie soll aber der Richter zwischen widerstreitenden Interessen entscheiden, wenn nicht unter zumindest teilweiser Missachtung der Autonomie der einen Seite, die er durch sein Urteil zu etwas zwingt, was sie nicht freiwillig tun wollte? Und warum sollen für die richterliche Entscheidung nicht – in der Sprache von Art. 1 Abs. 3 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches – »bewährte Lehre und Überlieferung«, also auch Dogmen und Begriffe helfen dürfen? Sie als bloße Bequemlichkeit für den Rechtsanwender abzutun, verkennt ihren durchaus nützlichen Beitrag, den sie für die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung leisten.

Was alles nichts daran ändert, dass Christian Hattenhauer einen konsistenten Gegenentwurf geschrieben hat, der sowohl dem Rechtshistoriker wie dem Geltendrechtler ausgesprochen viele Anregungen und Einsichten vermittelt.

