

# Schlusswort

*Jürgen Basedow*

Meine Damen und Herren,

das Tagungsprogramm weist mir an dieser Stelle ein „Schlusswort“ zu – der Singular deutet hin auf Kürze, gleichsam einen Sprint über die Zielgrade zum Wochenende. Andererseits hat die Regie dafür eine Dauer von 30 Minuten vorgesehen. Das klingt nun wieder so, als erwarte man von mir eine kleine Abschiedsvorlesung. Der Zeitpunkt dafür wäre ja nicht völlig unpassend, endet doch mit dem heutigen Tag meine Zeit als Direktor des Instituts, in das ich im November 1974, im jugendlichen Alter von 25 Jahren, als Assistent und Referendar eingetreten bin. Da ich in meinem Leben allerdings nie eine *Antrittsvorlesung* gehalten habe, kann ich auch keine *Abschiedsvorlesung* halten – die Ära der akademischen Formlosigkeit nach 1968 hat mich geprägt. Im Übrigen vermute ich auch, dass Sie nach anderthalb Tagen kalorienreicher wissenschaftlicher Kost einer Abschiedsvorlesung nur noch gebremste Neugier entgegenbringen und nicht unglücklich sind, wenn ich mich kurz fasse.

Ich möchte mich vor allem bedanken bei denen, die sich aktiv an diesem Symposium beteiligt haben, angefangen bei *Reinhard Zimmermann*, meinem langjährigen Kollegen und Freund, für eine Laudatio, deren Wohlklang in meinen Ohren immer noch nachhallt, über *Holger Fleischer* für eine humorvolle Charakterisierung, in der ich mich gern wiedergefunden habe, Präsident *Skouris*, der uns mit seinem magistralen Vortrag beehrt und den weiten Rahmen dieses Symposiums vortrefflich abgesteckt hat, bei den Referenten und Moderatoren der Veranstaltung, den Teilnehmern der Diskussionen bis hin zu den Mitarbeiterinnen unserer Verwaltung, die während dieser Tage in gewohnt perfekter Weise für unser Wohlbefinden gesorgt haben. Danken möchte ich auch allen, die an der Sonderausgabe der *Private Law Gazette* mitgewirkt haben, die verblichene Fotografien beige-steuert haben und dabei auch in die Geschichte unseres Instituts eingedrungen sind. Schließlich gilt mein Dank auch den Gästen, die durch ihr Kommen ihre freundschaftliche und kollegiale Verbundenheit mit mir zum Ausdruck bringen; ich weiß dies sehr zu schätzen.

Die Initiative zu dem Symposium ging aus von denen, die die deutsche Wissenschaftssprache mit der Bezeichnung „Schüler“ belegt, nicht zu verwechseln mit demselben Begriff der Allgemeinsprache, der eher an pubertierende Pennäler denken lässt. Während diese Art von Schülern ihre Eigenschaft mit dem Verlassen der Schule ablegen, bleibt man im Wissenschaftssystem Schüler sein Leben lang, quasi alterslos und in einem relativen Sinne, bezogen auf den jeweiligen Lehrer. Jeder von Ihnen hat einige Jahre mit mir zusammengearbeitet. Sie haben von mir manche Anweisung erhalten, die Sie vielleicht nicht immer geschätzt haben, aber hoffentlich auch die eine oder andere hilfreiche Idee und Inspiration; jedenfalls habe ich meinerseits manches von Ihnen erfahren und fühle mich durch die gemeinsamen Jahre mit Ihnen bereichert. Ob es nun Fragen des geistigen Eigentums oder des kollektiven Arbeitsrechts, der Vertragsfreiheit im islamischen Eherecht oder des Eigentums in Russland waren – diese und viele andere Themen sind mir durch Ihre Interessen nahegebracht worden; ich habe dabei viel gelernt.

Ihre Interessen und Forschungsschwerpunkte gehen sachlich, kulturell und geografisch weit auseinander; hier einen gemeinsamen Nenner zu finden, war gewiss nicht leicht. Sie haben für das Symposium jedoch ein Thema gewählt, das jedem von Ihnen eine Gelegenheit zu einem Beitrag im eigenen Interessensgebiet bot und dabei doch auch mit *meinem* wissenschaftlichen Werk verbunden ist – eine elegante Lösung! Dass Sie sich auch noch bemüht haben, in Ihrem jeweiligen Thema die dort erkennbaren Freiheitspotenziale aufzuspüren, hat dieser Veranstaltung auch inhaltlich etwas Geschlossenes und Rundes gegeben. Danken möchte ich auch für den Titel, der eine meiner Buchpublikationen aufgreift. Dazu nun doch noch ein paar sachliche Anmerkungen.

„Mehr Freiheit wagen“ – das war seinerzeit ein geeigneter Titel für eine Aufsatzsammlung zum Thema Deregulierung, also für Arbeiten zur Öffnung der Märkte, zum Wirtschaftsrecht. Das Ziel war damals mehr Dynamik, mehr *wirtschaftliche* Freiheit. Dabei ging es immer um die Wahlfreiheit der Beteiligten, nicht um die Abwandlungen des Freiheitsbegriffs, die *Ralf Michaels* mit dem Hinweis auf *Hegels* Vorstellung von Freiheit als Einsicht in die Notwendigkeit angesprochen hat und die auch bei der Würdigung der Vertragsfreiheit im russischen Recht durch *Eugenia Kurzynsky-Singer* mit der Bezugnahme auf öffentliche Interessen angeklungen sind. Solche Abwandlungen sind gefährlich, weil sie tatsächliche, manchmal weitreichende Unterschiede hinter der Identität desselben Begriffes verschleiern.

Bei näherer Betrachtung geht der Titel weit über das Wirtschaftsleben hinaus, wie dieses Symposium gezeigt hat. Es geht um die zentrale Querschnittsfrage, die sich bei der Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, dem eigentlichen Thema der Jurisprudenz, auf allen Gebieten immer wieder stellt. Ihr Gegenstand ist die optimale Verteilung von Gestaltungsbefugnissen zwischen privaten und staatlichen, dezentralen und zentralen, individuellen und kollek-

tiven Entscheidungsträgern. Diese Frage stellt sich auch jenseits der wirtschaftlichen Transaktionen, also jenseits des Vertragsrechts, in allen Bereichen: für die Ordnung des intimen Zusammenlebens von Menschen, also im Familienrecht, ebenso wie für die Weitergabe von Vermögen an nachfolgende Generationen, d.h. im Erbrecht, für die Vereinigung von ökonomischen Ressourcen zu gemeinsamen Zwecken im Gesellschaftsrecht, für das Miteinander der Kulturen im internationalen Recht.

„Mehr Freiheit wagen“ ist ein Aufruf. Darin schwingt implizit die Aufforderung mit, den Anteil privater Entscheidungen an der Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft zu erhöhen, aber auch die Aussage, dass darin ein Wagnis liegt. Was erklärt diese freiheitliche Tendenz? Und warum sollte man das Wagnis eingehen? Gründe liegen einerseits in der Verteilung des Wissens um gesellschaftliche Probleme und andererseits in der Eigenart des politischen Systems, dem hauptsächlichlichen Erzeuger von Rechtsnormen.

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass sich das Wissen um Probleme von Wirtschaft und Gesellschaft zunächst an der Basis bildet und erst allmählich, oft erst sehr spät, in das Bewusstsein der staatlichen Entscheidungsträger vordringt. Was *Friedrich August von Hayek* 1945 in der Auseinandersetzung mit sozialistischen Theorien formuliert hat, gilt auch unter den veränderten Bedingungen der Gegenwart. Es sind zuerst die betroffenen Menschen, die eine bestimmte Situation oder Veränderung als problematisch empfinden. Erst später, manchmal nie, erfährt der Staat über Gerichte, Regierungsstellen, Behörden und Parlamente von solchen Problemen.

Das politische System hat die Funktion, Zielvorstellungen für das kollektive Handeln zu entwickeln und Antworten auf solche gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Problemlagen zu geben. Den Erfolg bemessen die politischen Entscheidungsträger, pointiert gesagt, im Allgemeinen daran, wie viele Seiten des Gesetzblatts sie füllen können. Dies hat auch Präsident *Skouris*, wenn auch mit anderen Worten, zum Ausdruck gebracht. Man denke nur an die vergangenen Monate vor der Bundestagswahl 2017 hier in Deutschland. Alle zwei Tage eine neue Ausgabe des Bundesgesetzblattes voller neuer Regelungen. In vier Jahren über 500 Gesetzesverkündungen. Kaum ein öffentliches Thema, zu dem nicht ein Gesetz verabschiedet worden wäre. Ob Bauverträge oder Prostituiertenschutz, Datenspeicherung, Frauenquoten in Aufsichtsräten oder Autobahnmaut, steuerschädliche Verlagerung von geistigen Schutzrechten ins Ausland oder Hassreden im Internet, Kinderehen oder Mietprelsbremse – die Bundesdruckerei war in der letzten Legislaturperiode mal wieder bestens ausgelastet. Gemeinsam ist allen Regelungen, dass sie privates Handeln vorschreiben, verbieten, kanalisieren, sanktionieren oder für unwirksam erklären, also jedenfalls Freiheit begrenzen. Dies geschieht mit den Mitteln des zwingenden Privatrechts, häufiger noch des Verwaltungsrechts und auch des Strafrechts. Gewiss lassen sich für jedes Gesetz, einzeln betrachtet, vernünftige Gründe anführen. Durch ihre Häufung drängt sich aber unver-

meidlich der Eindruck einer fortschreitenden Verengung von Freiheitsräumen auf. Zudem scheint sich der Staat zunehmend eine Allwissenheit um die richtige Lösung jeglichen Problems anzumaßen. Alles in allem passt dies wenig zu dem Spitzenplatz unter den Grundrechten, den Art. 2 GG der Freiheit der persönlichen Entfaltung zuweist. Und man muss auch darauf hinweisen, dass Menschen nur in Freiheitsräumen Verantwortungsbewusstsein entwickeln können, eine für den Zusammenhalt der Gesellschaft zentrale Tugend.

Ob die Gesetze sich wirklich zur Behebung der Missstände eignen, interessiert im politischen Prozess weniger. Dass sie dies *nicht* tun, ist in einigen Fällen glasklar und sogar allen Beteiligten bewusst, auch denen, die *dafür* gestimmt haben. Für die politische Wertschätzung durch die Bevölkerung, die alle vier Jahre erneuert werden muss, sind aber auch gar nicht die tatsächlichen Wirkungen eines Gesetzes maßgeblich; diese zeigen sich ja ohnehin erst viel später. Es kommt eher darauf an, dass das politische System mit dem *Erlass* des Gesetzes zu erkennen gibt, dass es Probleme ernst nimmt, die in der Öffentlichkeit zu diesem Zeitpunkt als gravierend empfunden werden.

Politiker jeder *couleur* müssen vor allem den Eindruck von Kompetenz, Handlungsfähigkeit und Entschlossenheit vermitteln, sie müssen – medial betrachtet – *bella figura* abgeben. Häufig sind sie deshalb einfach zu ungeduldig. Sie mögen nicht auf eine profunde Analyse der Probleme und ihrer Lösungsmöglichkeiten warten; dergleichen gilt als technokratisch. Die Vorstellung, dass sich ein Problem von allein durch das Wirken gesellschaftlicher Kräfte lösen könnte, passt schon gar nicht zu ihrer Motivationslage und in ihr Weltbild. Das Ergebnis sind viel zu viele kostentreibende und oft wirkungslose Gesetze, denen aber zeitlich unbegrenzte Geltung zukommt und die damit die Freiheiten der Bürger auf Dauer beschränken.

Die Eigenart des politischen Systems bringt es also mit sich, dass Freiheit tendenziell fortschreitend eingeschränkt wird. Die Tendenz setzt sich fort, sollte nach einiger Zeit die Wirkungslosigkeit eines Gesetzes auffallen und das Thema immer noch die Gemüter beschäftigen. Dann wird erneut der Ruf nach dem Staat laut, vor allem nach schärferen Sanktionen und immer häufiger auch nach Kriminalstrafen. Weil aber Menschen nun einmal in jeder Lage ihren eigenen Vorteil suchen und Wege zur Umgehung und Vermeidung bestehender Regulierungen finden, ergibt sich bald ein Rattenschwanz von Eingriffen. Diese drängen menschliches Handeln vielfach in die Illegalität, z.B. die Schwarzarbeit oder den Sozialbetrug, lähmen im Übrigen private Initiative und überfordern die staatliche Bürokratie. Beispiele dafür finden sich in regulierten Sektoren in Hülle und Fülle.

Staatliche Rechtsdurchsetzung ist wegen der begrenzten Ressourcen jeder Verwaltung zwangsläufig selektiv. Je umfassender hoheitliche Ordnung für private Lebenswelten konzipiert wird, desto lückenhafter und damit auch diskriminierender wird ihre Durchsetzung. Dies stellt die Legitimität staatlicher Ordnung insgesamt infrage. Deshalb *muss* die hoheitliche Ordnung von

Lebensbereichen die Ausnahme bleiben. Nur dann nehmen die Bürger die staatlichen Institutionen ernst. Von Zeit zu Zeit ist es deshalb erforderlich, dass die Gesellschaft sich darauf besinnt und nach der Notwendigkeit bestehender Regulierungen fragt. Sie gehören in regelmäßigen Abständen auf den Prüfstand. Es ist dann an der Zeit, mehr Freiheit zu wagen.

Spielräume dafür gibt es in allen Bereichen von Wirtschaft und Gesellschaft und damit auch in allen Rechtsgebieten. Das hat dieses Symposium deutlich gemacht. Nicht jeder Spielraum muss aber ausgenutzt werden. Es gibt *konstitutive* Regulierungen, ohne die die Institutionen von Wirtschaft und Gesellschaft nicht funktionieren könnten: Eigentum, Vertrag und Wettbewerb gehören dazu, obwohl auch hier unterschiedliche Regelungstiefe denkbar ist. Und es gibt *kompensierende* Regulierungen, die erforderlich sind, um Schwächen auszugleichen, denen die Institutionen in einem gänzlich freiheitlichen Regime ausgesetzt sind, man denke an manche Beschränkungen des Familienrechts, des Verbrauchervertragsrechts oder des internationalen Wirtschaftsrechts. Das Wagnis der Freiheit braucht insofern Wagemut, aber keine Wahlsigkeit.

Neben der Gesetzgebung ist längst auch die Rechtsprechung zum Erzeuger von Rechtsnormen geworden. Denn das politische System nimmt sich nur der Probleme an, die öffentliche Aufmerksamkeit auf sich ziehen, die gewissermaßen Unterhaltungswert haben und politischen Ertrag für die Wiederwahl versprechen; so fällt die Feinsteuerung zwangsläufig der Rechtsprechung zu. Größere Rechtsgebiete werden von der Gesetzgebung sogar durch Generalklauseln *in toto* der Rechtsprechung überlassen. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), das in der Lebenswirklichkeit einen Großteil des Vertragsrechts erfasst, ist ein Paradebeispiel. Welche Klauseln in den vielen tausend Verträgen, die wir jahraus, jahrein schließen, verbindlich sind und welche nicht, das entscheiden letztlich die Gerichte aufgrund von sehr allgemeinen gesetzlichen Leitlinien.

Die Rechtsprechung soll Wertungen des Gesetzgebers weiterdenken. In einer Zeit fortschreitender gesetzlicher Beschränkungen der Freiheit greifen daher auch die Gerichte immer weiter in private Freiheitsräume ein. Das Grundmodell des Privatrechts, das einmal in der gleichen Ausstattung der Rechtssubjekte mit Rechtsfähigkeit und der Freiheit des selbstverantwortlichen Handelns bestand, tritt allmählich in den Hintergrund. Mehr und mehr weicht es der Suche nach dem *Machtgefälle* zwischen den Parteien.

Der Schutz der schwächeren Partei, seit der Entdeckung des Verbrauchers vor Jahrzehnten das beherrschende Motiv des privatrechtlichen *Gesetzgebers*, wird zunehmend auch zum unausgesprochenen Leitgedanken der *Rechtsprechung* im Privatrecht. Dies lässt sich ablesen an der AGB-Kontrolle im kaufmännischen Verkehr, wenn Klauseln über lange Laufzeiten, über Gebührenregelungen oder über Vertragsstrafen, vorformulierte Schiedsvereinbarungen usw. auch in Verträgen zwischen Unternehmen für unwirksam erklärt werden.

Die Ideologie des Handelsrechts geht verloren, die Ideologie des Verbraucherrechts dringt in Bereiche vor, in denen sie fehl am Platz ist, weil unternehmerische Risiken dort durch unternehmerische Chancen aufgewogen werden. Es fällt den Gerichten zunehmend schwer, den Sektor produktiver Wertschöpfung nach einem anderen Privatrechtsmodell zu beurteilen als den Konsumbereich. Auch hier heißt es, wieder mehr Freiheit zu wagen. Auch hier bestehen dafür erhebliche Spielräume.

Die Aufgabe, solche Spielräume auszuloten, stellt sich der Rechtswissenschaft. Die Vorstellung, dass sich Jurisprudenz demgegenüber allein der Auslegung des geltenden Rechts und vielleicht noch der Erforschung seiner Herkunft zu widmen habe, ist auch heute im Zivilrecht noch gelegentlich anzutreffen, aber nicht mehr zeitgemäß. Sie impliziert ein politisches System, das präzise Entscheidungen nach gründlichen Problemanalysen trifft. Gerade das ist jedoch, wie dargelegt, nur allzu oft nicht der Fall. Und so klafft zwischen dem politischen Verfahren der Rechtsetzung und einer Rechtswissenschaft, die sich selbst auf die Rechtsanwendung reduziert, eine Lücke, dies zum Schaden der Rechtsentwicklung. Es ist die Lücke, die eine wissenschaftlich orientierte Rechtspolitik und -analyse auszufüllen berufen ist. Sie muss die richtige Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft vorausdenken.

Dies impliziert eine Vielfalt der Methoden, einen Mix, in dem die einzelnen Methoden je nach Rechtsgebiet unterschiedliches Gewicht haben. Bei der Erfassung der Wirklichkeit spielen, wie *Eva-Maria Kieninger* klar herausgearbeitet hat, *Rechtstatsachenforschung* und *Rechtssoziologie* eine große Rolle. Wir müssen in aller Breite die Probleme kennen, die es zu lösen gilt. Ebenso ist die Entwicklung zu ergründen, die zu der gegenwärtigen Problemlage geführt hat. Hier geht es um Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, um Kultur- und *Rechtsgeschichte*. Die *ökonomische Analyse* hilft bei der Reflexion über die Ziele einer Reform, dies jedenfalls dann, wenn sie die Wirklichkeit nicht nur theoretisch modelliert, sondern diese Modelle verbindet mit Empirie, mit dem Wissen über die tatsächliche Welt. Als empirische Wissenschaft liefert die *Rechtsverglei chung* Informationen über Alternativen zum geltenden Recht und die Erfahrungen, die damit in anderen Ländern gesammelt wurden. Vor dem Hintergrund der Globalisierung ist die Rechtsverglei chung auch nicht mehr kontinental oder nordatlantisch begrenzt; sie erstreckt sich tendenziell auf die ganze Welt. Schließlich ist für jeden rechtspolitischen Vorschlag wesentlich, wie er sich in das geltende Recht einfügt. Begriffliches, systematisches und normhierarchisches Denken, also *Rechtsdogmatik*, ist unverzichtbar für die Entwicklung sachgerechter und effektiver Wertungen.

Meine Damen und Herren,

wenn ich nun eine Schlussfolgerung ziehe, so bezieht sich die Losung „Mehr Freiheit wagen“ also nicht nur auf die Substanz rechtlicher Regeln, auf Gesetzgebung und Rechtsprechung als Erzeuger von Rechtsnormen, sie hat auch die Methoden unserer Wissenschaft im Visier. Auch hier ist ein Abschied von Eindeutigkeits- und Gewissheitsansprüchen angezeigt. Auch wenn die Verfechter der einzelnen Methoden gern ihren eigenen Weg zur Erkenntnis absolut setzen, so bringt der Rückzug in methodische Spezialisierung in Wirklichkeit doch nur vermeintliche Sicherheit im Kreise der Gleichgesinnten. Wirklichen Erkenntnisgewinn können wir nicht in der Wagenburg der Adepten einer einzigen Methode erwarten; dazu brauchen wir – methodische – Öffnung und Freiheit. Dieses Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ist wie kein anderer Ort dazu berufen, solches Denken hervorzubringen und zu fördern. Dass dieses Potenzial auch in Zukunft zum Wohle der Gesellschaft insgesamt genutzt werde, wünsche ich dem Institut und uns allen. Ich danke Ihnen.