



SOZIALSTAAT UND PRIVATRECHT: Deutsch-schwedisches Juristenkolloquium

Author(s): Axel Flessner and Hein Kötz

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 29. Jahrg., H. 4 (1965), pp. 805-816

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27874742>

Accessed: 19-06-2024 16:13 +00:00

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



This article is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License (CC BY 4.0). To view a copy of this license, visit <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>.



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

Daß der Kongreß wissenschaftlich und organisatorisch ein großer Erfolg gewesen ist – was nach dem Glanze Brüssels nicht leicht war –, ist vielen zu verdanken. Nur einer von ihnen sei hier genannt, der uns zu unserer Scherme für immer verlassen hat: *Felipe de Solá y Cañizares*, ständiger Generalsekretär der Internationalen Akademie für Rechtsvergleichung, ist im April dieses Jahres von uns gegangen. Als wir im Jahre 1959 zu Ehren *Balogh's* schrieben, daß auch dem großen Organisator der Wissenschaft ein Anteil an Unsterblichkeit und Nachruhm gebühre, ahnten wir nicht, daß wir dieses Wort so bald auf *de Solá* als einen der bedeutendsten Organisatoren der Nachkriegszeit auf dem Gebiete der Rechtsvergleichung würden anwenden müssen. *Felipe de Solá* gebührt der Dank aller derer, die im letzten Jahrzehnt rechtsvergleichend tätig waren⁶.

Mainz

HANS G. FICKER

SOZIALSTAAT UND PRIVATRECHT

Deutsch-schwedisches Juristenkolloquium

Auf Einladung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung (Fachgruppe für Zivilrechtsvergleichung) fand vom 29. bis 31.7.1964 in den Räumen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg ein deutsch-schwedisches Juristenkolloquium statt, auf dem rund 30 führende Gelehrte aus Deutschland und Schweden über das Thema „Sozialstaat und Privatrecht“ diskutierten. Damit wurde die Tradition deutsch-schwedischer Juristenkolloquien fortgesetzt, die schon 1959 durch eine ähnliche Veranstaltung in Stockholm und Uppsala begründet worden war.

Professor *Konrad Zweigert* eröffnete das Kolloquium mit einer einleitenden Übersicht über die gewählte Thematik. Der Begriff „Sozialstaat“ entziehe sich vermutlich juristisch exakter Definition; es verbänden sich mit ihm aber durchaus feste Vorstellungen von sozialer Gerechtigkeit, von der Sicherung eines menschenwürdigen Daseins für alle, vom Ausgleich zwischen Klassen und Ständen. Das Privatrecht werde von der Sozialstaatlichkeit auf allen Bereichen beeinflusst, so durch die zunehmende Kontrolle von Machtpositionen im Bereich der Vertragsfreiheit, durch die Objektivierung der Auslegung und ihr Abrücken vom pandektistischen subjektiven Willensdogma, durch die Ausdehnung der Haftung für Zwischenpersonen und schließlich auch durch die unmittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht derart, daß diese die Wertungsbegriffe der zivilrechtlichen Generalklauseln (gute Sitten, Treu und Glauben usw.) wandelten und schärften. Die kritischen Fragen, die sich dabei dem Zivilrechtler stellten, seien einmal die nach der Wirkung der sozialstaatlichen Struktur auf das Privatrecht, zum andern, ob nicht umgekehrt die Spezifika privatrechtlichen Denkens auch dem Sozial-

⁶ Siehe auch den Nachruf von *Ganshof van der Meersch*, Rev. Inst. belge 1965, 129–132.

staat gewisse Züge aufprägten. Schließlich sei es wichtig, die legitimen Grenzen sozialstaatlichen Wirkens, das ja auch Gefahren für die privatrechtlichen Werte, wie Aktivität und Sorgfalt des Einzelnen, mit sich bringe, aufzuspüren. Ein Gedankenaustausch zwischen Schweden, dem wohl am fortschrittlichsten entwickelten Sozialstaat, und der Bundesrepublik Deutschland, wo die Verfassung die Sozialstaatlichkeit postuliere, verspreche hier besonderen Gewinn.

Professor Dr. *Rudolf Wiethölter* eröffnete sodann die Reihe der Referate mit einem glänzend formulierten Vortrag über die Einwirkung des Sozialstaatsgedankens auf das Vertrags- und Wirtschaftsrecht im allgemeinen. W. ging davon aus, daß die Sozialstaatlichkeit als Strukturelement sich in allen westlichen Staatsordnungen unentrinnbar aus den politischen und industriellen Reformprozessen der letzten 200 Jahre ergebe. Ihre geistige Bewältigung stehe indessen in Deutschland immer noch im Schatten des Rechtsstaatsgedankens, dessen klassische Säulen „life, liberty, property“ nach verbreiteter Meinung alle Stilelemente westlich-freiheitlicher Traditionen erschöpften. Die Ursachen hierfür lägen in den überkommenen Denkmodellen sowohl der Staats- und Verfassungstheorie als auch der Privatrechtstheorie: dem liberalen Konstitutionalismus, dem Zerfall allen Rechts in öffentliches und privates, den Säulen Privateigentum und Privatautonomie, kurz: dem antithetisch verstandenen Dualismus von politischer Staatlichkeit und unpolitischem Bereich der Gesellschaft. Diesen Dualismus und die traditionellen Begriffsschablonen von privatem und öffentlichem Recht gelte es zu überwinden, weil sie auf einen nur befehlenden oder Gefahren abwendenden Staat zugeschnitten seien. Diesen Staat gebe es nicht mehr. Aufgabe des 20. Jahrhunderts sei die „Integration“ des politischen Gemeinwesens (im Sinne von *Hermann Heller* und *Rudolf Smend*), die Einbeziehung der breiten Massen abhängiger Bürger in die politischen und wirtschaftlichen Steuerungs-, Akklamations- und Kontrollprozesse, die Umgestaltung des auf eine einzelne Schicht zugeschnittenen Privatrechts in der Weise, daß es für alle Schichten funktionsfähig werde.

W. zeichnete die Wandlung nach, die das Gesellschaftsmodell und Menschenbild seit der klassischen Zeit des Rechtsstaates im 19. Jahrhundert bis zur Gegenwart durchgemacht haben. Heute habe man es zu tun erstens mit einer Gesellschaft, die nicht mehr feudalistisch-patriarchalisch-hierarchisch zusammengehalten werde, sondern mit einer demokratischen Industriegesellschaft, die alle Sicherungen und Halterungen erst zu schaffen habe, und zweitens mit einem Bürger- und Menschenbild, das nicht ausgehen dürfe von freien, waffengleichen, vernünftigen und ausschließlich nach Unabhängigkeit und Selbstbestimmung strebenden Individuen, sondern von dem in tausend Abhängigkeiten verstrickten Lohn- und Gehaltsempfänger, für den Freiheit und Menschenwürde mehr in Sozialversicherung, Vollbeschäftigung bei Währungsstabilität und Bildungszugang – dies alles abhängig von solider staatlicher Mitwirkung – wurzelten.

Das Privatrecht mit dem Leitbild des besitzenden, selbständigen und aufgeklärten Bürgers sei aus diesem Wandlungsprozeß mit Verlust und Gewinn

hervorgegangen, mit Verlust vor allem im Verhältnis der Bürger zueinander, d. h. in der privaten Autonomie. W. stellte hier die These auf, daß sich die Bemerkung von Sir *Henry Maine*, die Entwicklung im Privatrecht sei verlaufen „from status to contract“ heute geradezu umkehren lasse: „from contract to status“¹. Nicht die Arbeitsverträge interessierten, sondern Arbeitsplatzsicherung und Arbeitsschutz, nicht der Vertrag über Strom, Wasser, Gas und Transport, sondern die Gewährleistung der Versorgung, nicht der Mietvertrag, sondern Wohnkultur für Ehe und Familie zu angemessenem Entgelt. Daneben hätten sich Gestaltungsformen des Privatrechts ausgedehnt auf das öffentliche Recht, das dem modernen planenden und gestaltenden Staat nicht den notwendigen Formenreichtum habe verschaffen können. Umgekehrt übernehme aber auch das Privatrecht Denkfiguren aus dem öffentlichen Recht (von der Drittwirkung der Grundrechte bis zur Sozialverträglichkeit), ein Zeichen, daß hier der Boden des klassischen Privatrechts bereits verlassen werde. Dem Privatrecht blieben angesichts dieser Entwicklung nur zwei Möglichkeiten: entweder Resignation, d. h. Rückzug auf einen kleinen Kernbereich isolierbarer individueller Rechtsbeziehungen zwischen waffengleichen Partnern, oder Ausbruch aus der Enge der Sozial- und Menschenmodelle des tradierten bürgerlichen Rechts, „von der formalen Individualethik hin zur materialen Verantwortungsethik im Privatrecht“ (*Wieacker*). Der zweite Weg werde beschritten durch das normative Rechtsdenken bei der Fortentwicklung der Rechtsgeschäfts- und Willenserklärungslehre etwa zu Vertrauens- und Verkehrsschutz, Rechtsschein, faktischen Verträgen, Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte, Anpassung von Schuldverhältnissen an veränderte Umstände und ähnlichen Phänomenen; auch die Tendenzen zur Haftungsausdehnung im Sinne „stillen Versicherungsdenkens“ und die Bemühungen, materiale Wertprinzipien durch das Vehikel der Generalklauseln heranzuziehen, seien hier zu nennen. Die größten Zukunftsaussichten für die „Selbstentfesselung“ des Privatrechts sprach W. indessen dem institutionellen Rechtsdenken zu, für das im allgemeinen Vertrags- und Vermögensrecht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die sogenannte Unternehmensverfassung an der Spitze des Interesses stünden. Im großen und ganzen mache sich die Ablösung der liberal-individualistischen Besitzbürgergesellschaft durch die genossenschaftliche, kooperierende, solidarische Industriegesellschaft freilich nicht im eigentlichen Privatrecht, sondern im sogenannten Wirtschaftsrecht durch die Einbeziehung der Wirtschaft in die Rechtsverfassung bemerkbar.

Zusammenfassend bemerkte W., Sozialstaat und Privatrecht berührten nicht etwa isolierbare Teile der einheitlichen Rechtskultur eines politischen Gemeinwesens, sondern bezeichneten zwei Aspekte desselben Phänomens: der inneren Demokratisierung einer sozial wie rechtsstaatlich verfaßten Industriegesellschaft, des Übergangs von der liberalen zu der sozialen Gesellschaft. Ein moderner Staatsbegriff und eine moderne Privatrechtstheorie stünden hierfür noch aus. Die Apostrophierung des Staates durch *Frédéric Bastiat* als

¹ Vgl. dazu auch schon *Graveson*, *The Movement from Status to Contract: Mod. L. Rev.* 4 (1940) 261 ff.

„la grande fiction à travers laquelle tout le monde s'efforce de vivre aux dépens de tout le monde“ sei vor hundert Jahren absurd erschienen; heute liege darin unser Programm.

Anschließend behandelte Professor *Spiros Simitis* das Thema an einigen Einzelbeispielen aus dem Eigentums- und Vertragsrecht und wandte sich hier zunächst der Frage zu, wie Rechtsprechung und Gesetzgebung im Laufe der Zeit den Eigentumsbegriff umgestaltet haben. Wenn § 903 BGB die Freiheit des Einzelnen postuliere, über sein Eigentum nach Belieben zu verfügen, so unterbleibe dabei jegliche Unterscheidung der Eigentumsobjekte nach ihrer sozialen Bedeutung; das Prinzip der Verfügungsfreiheit gelte unterschiedslos für „Produktionsanlagen und Bleistifte, Wohnungen und Blumentöpfe“. Der zugrunde liegende Gedanke, die soziale Differenzierung der Eigentumsgegenstände könne durch einen sozial indifferenten Eigentumsbegriff neutralisiert werden, provoziere geradezu die staatliche Intervention; diese habe sich u. a. in § 906 BGB Bahn geschaffen (Duldungspflicht des Eigentümers gegenüber unwesentlichen oder ortsüblichen Immissionen). S. stellte dar, wie die Rechtsprechung diese Vorschrift im Spannungsverhältnis zwischen der sich etablierenden Industrie und den nicht-industriellen Anliegern zunächst einseitig zugunsten der industriellen Expansion interpretiert, schließlich aber der Duldungspflicht des Anliegers eine vom Gesetz nicht vorgesehene – aber 1960 schließlich vom Gesetzgeber sanktionierte – Entschädigungspflicht zugunsten des Anliegers entgegengestellt habe. Diese Entwicklung sowie die Genehmigungspflicht und verschärfte staatliche Überwachung für besonders gefährliche Anlagen zeigten, wie Privatrecht und öffentliches Recht im Zusammenwirken der Sozialpflichtigkeit des Eigentums Respekt verschaffen könnten. Gleichzeitig mache sich hier eine Abkehr von der Abstraktheit des Eigentumsbegriffes bemerkbar, denn hinter der neutralen Bezugnahme des Gesetzes auf einzelne Immissionen verberge sich die faktische Sonderbehandlung des industriellen Eigentums. Dieselbe Erscheinung – Konkretisierung des Eigentumsinhaltes aus der Relevanz des Eigentumsgegenstandes durch ein Zusammenspiel öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Normen – lasse sich auch beim landwirtschaftlichen Eigentum beobachten, das durch das Grundstücksverkehrsrecht, besonderes Erbrecht und die Flurbereinigungsgesetze geformt werde, sowie im Wohnungsrecht: Das in § 94 BGB enthaltene Verbot der horizontalen Teilung von Gebäuden nach dem Eigentum bedeute im Effekt, daß der Vorzug einer eigenen Wohnung demjenigen vorbehalten bleibe, der sich finanziell den Kauf eines Grundstücks und den Bau eines Hauses leisten könne. Da dies nur einem kleinen Teil der Bevölkerung möglich sei, institutionalisiere § 94 BGB eine soziale Abhängigkeit, indem er dem Wohnungseigentümer als Vermieter die Kontrolle über eine existentielle Bedingung des Einzelnen in der Gesellschaft einräume. Hier habe die Einführung des Wohnungseigentums, aber auch das Mietpreisrecht und der Bestandsschutz für Mietverhältnisse (Mieterschutz oder heute: Widerspruchsrecht des Mieters) das tradierte privatrechtliche Schema im Interesse eines sozialen Ausgleichs ummodelliert.

Für das Vertragsrecht wies S. vor allem auf die heutige Auffassung von dem aus öffentlichem und privatem Recht geformten Arbeitsverhältnis hin, dessen

Normierung im einzelnen das Bemühen des Staates dokumentiere, jede einseitige Herrschaft zu unterbinden.

Zusammenfassend konstatierte er einen Strukturwandel überkommener privatrechtlicher Institute, der das Privatrecht – ursprünglich als bloßes abstraktes Handlungsmuster für den Einzelnen konzipiert – je nach der sozialen Funktion des Geschäftsgegenstandes zu einem Mittel für die Verwirklichung bestimmter sozialpolitischer Postulate gemacht habe. Der programmatische Satz *Wilhelm von Humboldts*, es sei dem Staat nicht erlaubt, mit positiven Endzwecken auf die Lage der Bürger zu wirken, könne nicht mehr gelten in einer Situation, in der die Aufgabe des Staates nicht mehr nur Sanktion und Schutz vorgefundener gesellschaftlicher Gegebenheiten sei: Der Nachwächterstaat sei dem Etat-Providence gewichen, der Ordnungsgarant habe sich in einen Leistungsträger verwandelt. Aus dem *citoyen* sei der *homme situé* geworden. Der neuen Rolle des Staates würden die überlieferten Formen mit ihrer Trennung von öffentlichem und bürgerlichem Recht nicht gerecht. Die Auseinandersetzung zwischen beiden Bereichen gehöre der Vergangenheit an, da jeder von ihnen auf dasselbe Ziel hin tendiere. Privatrecht ohne Berücksichtigung öffentlicher Interessen sei ebensowenig denkbar wie öffentliches Recht ohne Respekt vor den individuellen Belangen. Wo das Privatrecht gesellschaftliche Oligarchie ebenso zu meiden suche wie das öffentliche Recht totalitäre Ordnungen, die Rechtsordnung also ihren Standort zwischen der Diktatur des Einzelnen und der Diktatur des Staates habe, da ließen sich öffentliches und privates Recht nicht mehr voneinander trennen noch negierten sie sich gegenseitig.

Die Reihe der deutschen Referate wurde abgeschlossen durch Dr. *Fritz Reichert-Facilides*, Referent am Max-Planck-Institut, der zu dem Thema „Sozialstaat und Privatversicherungsrecht“ sprach. R.-F. konstatierte eingangs, daß auch im Versicherungsverhältnis ein unter sozialstaatlichen Perspektiven ausgleichsbedürftiges Machtgefälle zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer gegeben sei. Freilich bestehe im privaten Versicherungswesen ein „Käufermarkt“ mit oftmals scharfem Wettbewerb auf der Versichererseite; auch könne von wirtschaftlichen oder gar existentiellen Abhängigkeiten nach dem Modell des Arbeits- oder Mietverhältnisses schwerlich gesprochen werden. Die Überlegenheit des Versicherers liege vielmehr in der Natur der von ihm angebotenen „Ware Versicherungsschutz“, einem juristisch komplexen Gebilde, deren Substanz – oder deren etwaige Mängel an Substanz – der Versicherungsnehmer mangels Sachkunde regelmäßig nicht erfassen und auf deren Gestaltung er als Einzelner angesichts der Massenhaftigkeit des Versicherungsgeschäfts kaum Einfluß nehmen könne.

Die Reaktion des Gesetzgebers auf diesen Sachverhalt habe privatrechtlich ihren Niederschlag gefunden im Versicherungsvertragsgesetz von 1908. Ihm sei das Streben nach einem – wenn man so wolle – sozialstaatlich orientierten Ausgleich des Machtunterschiedes eigentümlich. Ausdruck dieser Tendenz seien gesetzliche Beschränkungen der Vertragsfreiheit von einer Fülle und Detailliertheit, wie sie in den anderen „klassischen“ deutschen Kodifikationen der Jahrhundertwende keine Entsprechung fänden. Der Gesetzgeber habe sich

dabei des höchst glücklichen Instruments der (nur) halbzwingenden Bestimmungen bedient (nur zugunsten des Versicherungsnehmers abdingbar) und auf diese Weise doch auch der außerhalb des Gesetzes sich vollziehenden Entwicklung zur „Kodifikation“ von Allgemeinen Versicherungsbedingungen gebührenden Raum gegeben. Hervorzuheben sei, daß der Versicherungnehmerschutz des VVG primär nicht „Armenpflege“ bedeutet habe, sondern insbesondere auch den besitzenden, sozial potenten Kreisen des Volkes zugute gekommen sei. Der ausgewogenen Fortschrittlichkeit des Gesetzes sei es wohl zuzuschreiben, daß es sich über Jahrzehnte des sozialen Wandels bewährt habe und – ohne daß aktuelle Reformwünsche bestünden – in seinem Kern unverändert geblieben sei. Auf die rechtsfortbildende Judikatur eingehend, erwähnte R.-F. beispielhaft die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach bei der Frage der Verwirkung des Versicherungsschutzes wegen Fehlverhaltens des Versicherungsnehmers das noch vom Gesetz postulierte harte Alles-oder-Nichts-Prinzip nach Treu und Glauben modifiziert werden könne.

R.-F. wandte sich sodann den sozialstaatlichen Funktionen des Versicherungsaufsichtsrechts zu, dessen Ziel es sei, über die Wahrung der Belange der Versicherten zu wachen und die dauernde Erfüllbarkeit der Verträge zu gewährleisten. Wesentlich erschien ihm, daß die Existenz des hoheitlichen Aufsichtsrechts nicht als „Terrainverlust des Privatrechts“ zu werten oder gar zu beklagen sei. Die Aufsicht übe vielmehr eine auch aus der Sicht des Privatrechts notwendige Komplementäraufgabe zum Schutze privatrechtlicher Positionen aus (Sicherung der anders kaum schutzfähigen Gefahrtragungsansprüche der Versicherungsnehmer!). Von dieser Schutzfunktion her wollte R.-F. freilich auch die der Aufsicht legitimen Grenzen gezogen sehen.

Im letzten Teil seines Vortrages beschäftigte sich R.-F. mit den Möglichkeiten, das privatversicherungsrechtliche Instrumentarium zur Erreichung konkreter sozialstaatlich-wohlfahrtsfördernder Ziele einzusetzen. Er nannte hier die verschiedenen Arten der privaten Pflichtversicherung, insbesondere die Autohaftpflichtversicherung, welche die Lösung der immensen Aufgabe des Verkehrsoferschutzes in privatrechtlichen Formen ermöglicht habe. Hinzuweisen sei auch auf die Förderung der Daseinsvorsorge durch Privatversicherung im Wege steuerlicher Maßnahmen. Auf der anderen Seite zeigten sich aber heute gegenüber den Vorstellungen der Jahrhundertwende Grenzen der privatversicherungsrechtlichen Möglichkeiten. So habe der Gesetzgeber des VVG die Arbeitslosenversicherung noch als denkbaren Zweig der Privatversicherung begriffen, ein Gedanke, der nach den Erfahrungen der dreißiger Jahre heute nur noch schwer eingänglich sei. Noch krasser hätten sich die Grenzen nach den spezifisch deutschen Erfahrungen mit zweimaligem Währungsverfall in der privaten Alters- und Hinterbliebenenfürsorge erwiesen. Seit der Kodifikation des VVG sei daher eine ständige Expansion öffentlich-rechtlicher Versorgungssysteme zu beobachten, ursprünglich nur für die Arbeitnehmerschaft, heute jedoch übergreifend auch auf die verschiedenen freien Berufe. Der kontinuierliche Ausbau einer ständisch gegliederten öffentlich-rechtlichen Altersversorgung habe übrigens den Wunsch nach einer

allgemeinen Staatsbürgerrente in Deutschland nie ein rechtes Echo finden lassen.

Sodann hielt Professor *Åke Malmström*, Chef der schwedischen Delegation, das Einleitungsreferat aus schwedischer Sicht. M. betonte zunächst, daß das strikt individualistische „Grundmodell“ des traditionellen Privatrechts auch im 19. Jahrhundert eigentlich nur in der Rechtstheorie und teilweise in der Gedankenwelt einiger doktrinärer Gesetzeskonzeptionen existiert habe. In der Gesetzgebung und vor allem in der Rechtspraxis sei es indessen nie in seiner Reinheit durchgeführt worden. Es sei im übrigen auch nur für die allgemeinen Lehren und das Vermögensrecht zugeschnitten gewesen. Das Familienrecht und auch das Erbrecht seien damals sehr patriarchalisch-konservativ gewesen, ob deswegen „sozial“, sei eine rein terminologische Frage. Immerhin könne festgestellt werden, daß das lebende Recht sich in den letzten Jahrzehnten von diesem Grundmodell noch weiter als im 19. Jahrhundert entfernt habe. Die individualistischen Züge des Privatrechts seien freilich deshalb nicht verschwunden, sondern nur modifiziert und hier und da korrigiert worden. Was die nordischen Länder, insbesondere Schweden angehe, so sei dort im übrigen die Ausgangslage nicht dieselbe gewesen wie in Deutschland. Die „Verwissenschaftlichung des Rechtsdenkens“ (*Wieacker*), der Übergang von Lehre, Rechtsprechung und Rechtsetzung auf einen Gelehrtenstand, habe dort eine weit geringere Rolle gespielt. Dies, der weniger fühlbare Einfluß des naturrechtlichen Vernunftrechts, die geringere Neigung der nordischen Rechtswissenschaft, große und streng durchdachte theoretische Systeme aufzubauen, und schließlich das Fehlen einer in sich selbst geschlossenen Zivilrechtskodifikation hätten dazu geführt, daß in Schweden das individualistische Grundmodell des Privatrechts nie so stark empfunden und so konsequent zu Ende gedacht worden sei wie in anderen Ländern, wenngleich es auch dort ein wirksames Ferment der Entwicklung gewesen sei.

Die Entwicklung im 20. Jahrhundert weise jedenfalls zwei Hauptzüge auf: eine Beschränkung und Lenkung der Privatautonomie durch öffentlich-rechtliche Gebote und eine innere Wandlung des Privatrechts selbst durch Vermehrung der zwingenden Regeln, aber auch durch eine schwer zu präzisierende Änderung des Geistes auf diesem Bereich; man könne von einer halb unbewußten Verschiebung von der Idee des selbtherrlichen subjektiven Rechts zum Denkmodell der sozialen Funktion des Privatrechts sprechen.

M. gab sodann einen Überblick über die einzelnen Rechtsgebiete, auf denen sich sozialstaatliches Denken und kollektivistische Tendenzen in charakteristischer Weise geltend gemacht hätten. Im Vertragsrecht setze sich ein größeres Verständnis für die Solidarität der Vertragspartner und für die sozial-humanitäre Idee des Schutzes des Schwächeren durch; hier sei der Schutz der Abzahlungskäufer, der Wohnungsmieter, Pächter, usw. zu nennen, besonders aber das Arbeitsrecht, das aus einem Zusammenspiel zivil- und sozialrechtlicher Regeln geformt werde. Das Schadenersatzrecht verschärfe sich zugunsten des einzelnen Bürgers gegenüber den Massenrisiken des modernen Lebens; das Sozialversicherungsrecht wirke auf das Deliktsrecht, das Privatversicherungsrecht, das Arbeitsrecht und das Familienrecht ein. Das Wett-

bewerbs- und Kartellrecht repräsentiere in gewissem Maße staatliche Lenkungsinteressen; das Gesellschaftsrecht beschäftige sich auf Grund öffentlichen Interesses mit dem Schutz der Minoritäten, der Gläubiger und der Allgemeinheit und ermögliche nicht zuletzt durch seine Buchführungsregeln eine staatliche Wirtschaftslenkung durch Steuervorschriften und durch Regeln über gebundene Investitionsfonds. Genannt werden müsse auch das Phänomen der zahlreichen staatlichen oder kommunalen Versorgungsunternehmen, die in privatrechtlicher Form organisiert seien und sich dadurch gewissen öffentlichrechtlichen Regeln entziehen könnten. Besonders starke Modifizierungen des Privatrechts und seine intensive Nutzbarmachung für öffentliche Zwecke seien schließlich im Grundstücksrecht und Landwirtschaftsrecht zu verzeichnen. Bemerkenswert sei bei alledem, daß die sozialstaatliche Einflußnahme sich in Schweden ohne verfassungsrechtliche Verankerung durch eine allmähliche Weiterentwicklung der allgemeinen Wertvorstellungen durchgesetzt habe. Abschließend wies M. darauf hin, daß im akademischen Privatrechtsunterricht eine dem deutschen System vergleichbare rechtsdogmatisch orientierte Aufteilung des Rechtsstoffes kaum mehr zu finden sei. Die Einteilung sei pragmatisch orientiert und bringe deshalb einerseits die Desintegration des alten Privatrechtssystems mit sich, erleichtere jedoch andererseits die Integration der sozialstaatlichen Elemente im Rechtsunterricht.

Nach den Referaten des ersten Tages erstatteten die schwedischen Teilnehmer am folgenden Tage Berichte über die Auswirkungen des Sozialstaatsgedankens auf einzelnen Rechtsgebieten, an die sich jeweils eine Diskussion anschloß.

Den Beginn machte Professor *Knut Rodhe* mit Ausführungen zum allgemeinen Vertragsrecht. Drei Phänomene seien es, an denen sich auf diesem Rechtsgebiet das Vordringen sozialstaatlichen Gedankenguts beobachten lasse: Das schwedische Recht kenne keine allgemeine Klausel über die Berücksichtigung von Treu und Glauben bei der Vertragserfüllung. Aber der Gesetzgeber habe sich immer häufiger veranlaßt gesehen, eine solche Vorschrift in Spezialgesetze aufzunehmen. Einen ersten Versuch habe er schon 1915 beim Erlaß des Gesetzes über den Abzahlungskauf gemacht; eine ähnliche Regelung sei 1927 in das Versicherungsvertragsgesetz, 1936 in das Gesetz über Schuldverschreibungen und 1939 in die Mietgesetznovelle eingestellt worden. Im Jahre 1948 habe schließlich das Oberste Gericht ganz allgemein ausgesprochen, daß eine unbillige Vertragsbestimmung auch dort außer Acht gelassen werden könne, wo eine spezielle gesetzliche Ermächtigung fehle. Auf einer ähnlichen Tendenz beruht nach Auffassung des Referenten die Tatsache, daß Schadenersatzbeträge im schwedischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht nach billigem Ermessen des Gerichts herabgesetzt werden können, wenn dies wegen geringen Verschuldens des Schädigers oder aus anderen Gründen gerechtfertigt sei; ein Gesetzentwurf, der diese Möglichkeit ganz allgemein bei der Schädigung durch Verrichtungsgehilfen vorsehe, sei kürzlich vorgelegt worden. R. wies aber auch auf die Schwierigkeiten hin, die sich in der Praxis bei der Bestimmung des Umfangs der Herabsetzung ergeben. Er erwähnte in diesem Zusammenhang einen Fall, in dem ein Schiffssteuer-

mann durch ein falsches Manöver grob fahrlässig einen Schaden von 600 000 schwedischen Kronen angerichtet habe. Einige Richter des Obersten Gerichts hätten den Steuermann wegen groben Verschuldens zur Zahlung des vollen Betrages verurteilen wollen, andere hätten zwei Drittel seines Jahreseinkommens, also 12000 schwedische Kronen vorgeschlagen. Das nicht einstimmige Urteil habe schließlich auf 100 000 schwedische Kronen gelaute². Schließlich wies R. auf die wachsende Bedeutung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hin und betonte besonders eine Tendenz zur „Selbstanierung“: unter Mitwirkung der Rechtswissenschaft entschlössen sich Wirtschaftsverbände häufig von selbst, im Interesse der Herstellung guter public relations gewisse Mindestgarantien gegenüber Endverbrauchern zu übernehmen.

Professor *Kurt Grönfors* behandelte im Anschluß daran das Kartell- und Wettbewerbsrecht. Zunächst äußerte er Zweifel daran, ob sich mit *Wiethölter's* Formel vom „movement from contract to status“ die komplizierte Wirklichkeit auf dem Gebiet des Kartellrechts erfassen lasse. Im Wettbewerbs- und Kartellrecht sei übereinstimmend festzustellen, daß Schadenersatzsanktionen und öffentlichrechtliche Befugnisse an Bedeutung zurückträten gegenüber dem wettbewerbsregulierenden Einfluß, den die öffentliche Meinung ausübe. Eine große Rolle spiele ein der Stockholmer Handelskammer angegliedertes Ehrengericht (*Näringslivets opinionsnämnd*), bei dem jedermann – Konkurrent, Konsument oder auch bloß Privatmann – die Wettbewerbswidrigkeit eines bestimmten Verhaltens rügen könne. Stelle das Ehrengericht fest, daß das Verhalten wettbewerbswidrig sei, so werde die Entscheidung ausführlich begründet und in den Tageszeitungen veröffentlicht. Auch im Kartellrecht habe es sich gezeigt, daß die öffentliche Meinung als Regulativ ausreiche; staatliche Eingriffsbefugnisse gebe es zwar; von ihnen werde praktisch aber kein Gebrauch gemacht.

Die Diskussion nach diesen beiden Referaten kreiste insbesondere um den Begriff der „Selbstanierung“. Auch in Deutschland sei eine „Selbstanierung“ auf bestimmten Gebieten zu beobachten (Einheitsmietvertrag, ADSp); die Neigung dazu sei aber wegen eines offenbar ganz anderen öffentlichen Klimas, wegen eines übertriebenen Verbandsegoismus und wohl auch wegen der unruhig verlaufenen politischen und wirtschaftlichen Entwicklung viel geringer (*Müller-Freienfels, Wieacker*). *Rodhe* wies ferner darauf hin, daß Schweden seit 30 Jahren eine sozialistische Regierung habe, mit der sich die Industrie arrangiere. Was die Dekartellierung anlange, so sei die Industrie in gewissem Umfang selbst daran interessiert, weil sie sonst mit dem Erlaß eines sehr viel strengeren Kartellgesetzes zu rechnen hätte.

Danach wandte sich Professor *Folke Schmidt* dem Arbeitsrecht zu. Privatrechtliche Gestaltungsformen hätten im schwedischen Arbeitsrecht heute wahrscheinlich eine größere Bedeutung als in Deutschland. So werde z. B. der Tarifvertrag als eine privatrechtliche Vereinbarung betrachtet³; zahlreiche

² NJA 1959, 209.

³ Dazu ausführlich *Folke Schmidt*, Ein Vergleich zwischen der deutschen und der schwedischen Gesetzgebung über Kollektivverträge, in: Festschrift Nipperdey II (1965) 609–623.

Fragen wie z. B. die des Kündigungsschutzes seien bis heute gesetzlich nicht allgemein geregelt, weil die Tarifpartner stets bemüht seien, ein Eingreifen des Gesetzgebers zu vermeiden und tarifvertragliche Vereinbarungen zu treffen. Es habe sich in Schweden gezeigt, daß die privatrechtlichen Figuren und Methoden des 19. Jahrhunderts im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts auch heute noch verwendbar seien. Es finde sogar eine umgekehrte Entwicklung in Richtung auf eine „Privatisierung“ des öffentlichen Dienstrechts statt. So habe man bei den Reformarbeiten auf dem Gebiet des Beamtenrechts eine Eingliederung dieser Materie in das kollektive Arbeitsrecht angestrebt. Der Sozialstaatsgedanke zeige sich im schwedischen Arbeitsrecht dort, wo es um den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber den mächtigen Gewerkschaftsorganisationen gehe. Hier hätten die Gerichte sowohl den Ausschluß von Gewerkschaftsmitgliedern für ungültig erklärt⁴ wie auch eine Verpflichtung der Gewerkschaft zur Aufnahme eines bestimmten Arbeiters statuiert⁵.

In der Diskussion suchte *F. Schmidt* auf eine Frage *Wiethölters* zu erklären, wieso in Schweden zwischen 90 und 95 v. H. aller Arbeitnehmer gewerkschaftlich organisiert seien, während in Deutschland dies für noch nicht 30 v. H. zutrefte. Er meinte, daß dies letztlich zurückzuführen sei auf die Tradition des deutschen Marxismus, die auch heute noch in Schweden in gewissem Umfang fortwirke: Die Arbeitnehmer sähen sich im Grunde als Kameraden an, die in gemeinschaftlicher Solidarität den Unternehmern gegenüberstünden. *S.* erläuterte sodann § 8 des schwedischen Kollektivvertragsgesetzes, wonach neben den Tarifpartnern auch einzelne Arbeitgeber oder Arbeitnehmer bei Verletzung tarifvertraglicher Verpflichtungen auf Schadenersatz – der durch das Gericht herabgesetzt werden kann – haften. *Prof. Bötticher* wies darauf hin, daß demgegenüber in Deutschland insoweit das Alles-oder-nichts-Prinzip herrsche; auch zeige das schwedische Recht, wie fragwürdig der Streit um die Rechtsnatur des Tarifvertrages sei; denn auch in Schweden sei der einzelne Arbeitnehmer an den – privatrechtlich qualifizierten – Tarifvertrag gebunden.

Privatdozent *Dr. Stig Strömholm* beschäftigte sich danach mit dem Urheber- und Erfinderrecht. Was die Gegenwart betreffe, so sei das Immaterialgüterrecht in Deutschland wie in Schweden von unmittelbaren bewußten Auswirkungen des Sozialstaatsgedankens wenig geprägt, vielmehr habe man es – auch auf dem Gebiet der Arbeitnehmer-Erfindung – eher mit dem von unpolitischen Gerechtigkeitserwägungen bestimmten Interessenausgleich des klassischen Privatrechts zu tun. Eine Ausnahme gelte vielleicht bei der Zwangslizenz für die entgeltlich freie Benutzung eines Urheberrechts, wo die sozialstaatlich motivierte Sorge um die Verbreitung kulturell wertvoller Erzeugnisse in Gegensatz zum Prinzip der Werkherrschaft des Urhebers trete. Versuche man andererseits, in die Zukunft zu blicken, so müsse festgestellt werden, daß durch die kollektive Wahrnehmung der Urheber- und Benutzerinteressen ein Instrumentarium an Rechtsinstituten geschaffen

⁴ Vgl. NJA 1945, 290; 1946, 83.

⁵ Vgl. NJA 1948, 513.

werde, das vielleicht einmal im Banne sozialstaatlicher Gedanken zu einer allmählichen Veränderung auch des Inhalts der Immaterialgüterrechte führen könne.

Am Morgen des nächsten Tages eröffnete Professor *Franz Wieacker* die Diskussion mit einem ausführlichen Beitrag zur Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage, die wie kaum ein anderes Institut des Privatrechts sozialstaatliche Bezüge aufweise. Das Problem des gemeinsamen Irrtums, wie es in den coronation cases vorliege, habe es schon immer gegeben; es sei mit den klassischen Mitteln der Vertragsauslegung durchaus zu lösen. Nach dem ersten Weltkrieg, also beim Auftreten einer „Massenkalamität“ in Gestalt der Inflation, sei dann ein Bedürfnis nach sozialstaatlichem Lastenausgleich durch Aufgabe des Nominalismus aufgetaucht; das Reichsgericht habe hier durch seine Option für den Geldgläubiger „Sozialhilfe“ geleistet. Dabei habe es sich noch im Anschluß an *Windscheids* Voraussetzungslehre der *Oertmannschen* klassisch-privatrechtlichen Doktrin vom hypothetischen Parteiwillen bedient. Das Besondere der Entwicklung nach dem zweiten Weltkrieg habe in der totalen Zerstörung des politischen Gemeinwesens bestanden. Der Gesetzgeber habe zwar durch das Vertragshilfegesetz kriegsgestörte Schuldverhältnisse sanieren wollen, aber der Bundesgerichtshof habe darüber hinaus ganz allgemein das Recht für sich in Anspruch genommen, alle Verträge daraufhin zu prüfen, ob sie „sozial unerträglich“, „nach Recht und Gerechtigkeit untragbar“ seien. Daß die Rechtsprechung hier gelegentlich zu weit gegangen sei, zeigte W. an dem „Bohrhämmer-Fall“ des Bundesgerichtshofs: Hier hätten die Verwertungsaussichten eindeutig zum Vertragsrisiko des Käufers gehört⁶.

Sodann wandte Professor *Jan Hellner* sich dem Versicherungsrecht zu. Früher habe sich die schwedische Versicherungsaufsicht hauptsächlich mit der Liquidität der Versicherungsunternehmungen beschäftigt; ihr Einfluß habe sich aber ständig verstärkt. Bei der Zulassung neuer Unternehmungen finde eine Bedürfnisprüfung statt, auch werde jetzt laufend die Angemessenheit der Prämien überprüft. Eine aufsichtsbehördliche Kontrolle der allgemeinen Versicherungsbedingungen finde nicht statt, jedoch zeige sich der zunehmende Einfluß der Versicherungsaufsicht z. B. daran, daß im Jahre 1963 eine – tatsächlich bindende – Empfehlung erteilt worden sei, bei Unfall- und Krankenversicherungen den Einkommensausfall nur zu 93 v. H. auszugleichen. H. schilderte sodann das Nebeneinander von Sozialversicherung und Privatversicherung in Schweden.

In der Diskussion wies Professor *Möller* darauf hin, daß der soziale Gedanke im Versicherungsrecht wegen der Gefahrengemeinschaft der Versicherten besonders lebendig sei. Von der obligatorischen Haftpflichtversicherung über die Sondernormen zum Ausgleich nicht versicherungsgedeckter Schadensfälle bis hin zur „action directe“ führe der Weg von der „egoistischen“ Versicherung des Haftenden zur Versicherung aller zukünftig betroffenen Dritten. Einen Kampf zwischen Sozialversicherung und Privatversicherung gebe

⁶ BGH 16. 1. 1953, LM Nr. 12 zu § 242 (Bb).

es nicht; beide Formen könnten durchaus miteinander harmonieren und sich gegenseitig ergänzen.

Nachdem Professor *Böttcher* davor gewarnt hatte, „alles, was früher *ius aequum* war, heute Ausfluß des Sozialstaatsprinzips zu nennen“, und diese Auffassung an Beispielen aus dem Arbeitsrecht verdeutlicht hatte, wandte sich die Diskussion abschließend der Frage einer Typologie sozialstaatlicher Eingriffe zu. Professor *Reimer Schmidt* schlug vor, sozialstaatlich motivierte Rechtsregeln in drei Gruppen einzuteilen: in solche, die Hemmungen und Reibungen in dem gegebenen Wirtschaftsmodell zu beseitigen oder zu verhindern suchten, solche, die bei gleichbleibendem Wirtschaftsmodell den strukturellen Wandlungen der Gesellschaft Rechnung tragen wollten, und solche schließlich, die auf eine Umgestaltung des Wirtschaftsmodells selbst abzielten. Professor *Coing* stellte die Frage dahin, mit welchem Instrumentarium sozialstaatlicher Maßnahmen privatrechtsbeeinflussend eingegriffen werde. Er unterschied hierbei zwischen privatrechtsverdrängenden Maßnahmen (z. B. öffentlichrechtliche Versicherungen und Wohnungsbaugesellschaften), privatrechtsbeschränkenden Maßnahmen (z. B. Genehmigungszwang für bestimmte private Verträge), privatrechtsverändernden Maßnahmen (z. B. Sozialwidrigkeit der Kündigung, Beschränkung der Schadenersatzpflicht des Arbeitnehmers) und privatrechtsbenutzenden Maßnahmen (z. B. Gewährung öffentlicher Darlehen).

Zum Abschluß der Tagung stellte Professor *Zweigert* fest, daß man zwar zu einer eindeutigen Definition des Sozialstaatsbegriffs nicht gelangt sei. Das Schwergewicht des Kolloquiums habe vielmehr auf intensiven vergleichenden Querschnittsstudien gelegen, in denen wenig von abstrakten Kategorien, mehr von konkreten Phänomenen des Rechtslebens die Rede gewesen sei. Besonders klar habe sich die Notwendigkeit rechtstatsächlicher Forschungen auf diesem Gebiet herausgestellt, ohne die sich z. B. das Institut der „Selbstsanierung“, das Klima der Zusammenarbeit zwischen Staat, Unternehmen und Gewerkschaften, der Einfluß der öffentlichen Meinung im Kartell- und Wettbewerbsrecht nicht erfassen ließen.

Hamburg

AXEL FLESSNER und HEIN KÖTZ