

Ein Jahrhundertjurist

Zum Tod von *Werner Flume* am 28. Januar 2009

Prof. Dr. Thomas Lobinger*

I.

Jeder, der sein Jurastudium auch nur annähernd ernsthaft angeht, begegnet ihm bereits im ersten Semester: *Werner Flume*, Verfasser des bis heute unerreichten Standard-Lehrbuchs zur Rechtsgeschäftslehre des BGB¹, konnte am 12. September 2008 noch sein 100. Lebensjahr vollenden, bevor er am 28. Januar 2009 für immer die Augen schloss. Die deutsche Rechtswissenschaft hat damit einen ihrer ganz Großen verloren. Denn so selten wie hundertste Geburtstage sind auch Juristen von seinem Format: Betreibt der angehende Jurist seine Studien nur ebenso ernsthaft weiter, wie er sie begonnen hat, erschließt sich ihm schon bald, dass *Flumes* herausragende Bedeutung nicht auf das Bürgerliche Recht beschränkt bleibt. Sie erstreckt sich gleichermaßen auf das Handels- und Gesellschaftsrecht, das Steuerrecht, das Römische Recht und die Methodenlehre. Auf all diesen Feldern sind mit dem Namen *Werner Flume* bedeutende, vielfach bahnbrechende und längst zum Allgemeinut gewordene Thesen verbunden. Diese Bedeutung spiegelt sich nicht zuletzt auch in den zahlreichen akademischen Ehrungen wider, die *Flume* zuteil wurden. Bereits 1952 nahm ihn die Göttinger Akademie der Wissenschaften auf. Ferner ist er Mitglied der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften und korrespondierendes Mitglied sowohl der Bayerischen Akademie der Wissenschaften als auch, was Seltenheitswert für einen deutschen Wissenschaftler hat, der British Academy. 1982 verlieh ihm die juristische Fakultät der Universität Regensburg die Ehrendoktorwürde.

II.

Werner Flume wurde am 12. September 1908 im westfälischen Kamen geboren. Nach dem Abitur in Hamm ging er im Sommersemester 1927 nach Tübingen, zunächst, um dort Geschichte und Alte Sprachen zu studieren. Als er allerdings eine Vorlesung von *Philipp Heck* über „Grundzüge des Bürgerlichen Rechts mit schriftlichen Arbeiten“ besuchte, war es

um ihn geschehen. Bereits nach der ersten Stunde war ihm klar: „Das machst Du auch!“ Und so erscheint es fast schon als Ironie der Geschichte, dass in diesem bemerkenswerten Tübinger Moment ausgerechnet der Begründer der Interessenjurisprudenz den späteren Wiederbegründer einer geschichtlichen Rechtswissenschaft für das Jurastudium entflammt. Gleich zum Wintersemester 1927/28 wechselte *Flume* allerdings nach Bonn. Hier fand er in dem Romanisten *Fritz Schulz*² seinen akademischen Lehrer. Unterbrochen nur durch ein Berliner Semester (WS 1928/29) blieb *Flume* über das Referendarexamen vor dem OLG Köln 1930 bis zur Promotion im Juli 1931 an der Bonner Fakultät. Die römischrechtliche Dissertation hatte die Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen zum Thema³. Zum Wintersemester 1931/32 folgte *Flume* seinem Lehrer *Fritz Schulz* als Assistent nach Berlin, der einen Ruf an die dortige Fakultät angenommen hatte. Bereits zum Ende des Wintersemesters 1932/33 lag hier dann im Kern die berühmte, schließlich aber erst 1948 erschienene Schrift „Eigenschaftsirrthum und Kauf“ (Neudruck 1975) vor. Sie sollte Grundlage für die im März 1933 bei der Berliner Fakultät beantragte Habilitation werden. Dazu kam es allerdings nicht mehr. *Fritz Schulz* wurde als Sohn einer jüdischen Mutter und Ehemann einer Rabbinerstochter aufgrund des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ bereits zum Ende des Sommersemesters 1933 um sein Berliner Amt gebracht und bis zur Zwangsemeritierung 1935 nach Frankfurt a.M. versetzt. *Flume* selbst legte sich auf einer Assistentenversammlung mit dem der SA zugehörigen Dozentenschaftsführer an, als dieser zum Boykott aller jüdischen und „jüdisch versippten“ Professoren aufrief. Es fiel das Wort „Schwein“. Und

² *Fritz Schulz*, geb. 1879, emigrierte 1939, vier Jahre nach seiner Zwangsemeritierung durch die Nationalsozialisten, über die Niederlande nach England. Seit 1947 britischer Staatsbürger, starb er 1957 in Oxford. Zu seinen Hauptwerken gehören: System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105 (1909), S. 1 ff.; Prinzipien des Römischen Rechts, 1934 (engl. Übersetzung: Principles of Roman Law, 1936); Classical Roman Law, 1951; History of Roman Legal Science, 1953 (dt. Übersetzung: Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, 1961). S. außerdem *Ernst*, in: Beatson/Zimmermann (Hrsg.), Jurists Uprooted, German-speaking Emigré Lawyers in Twentieth-century Britain, 2004, S. 105 ff.

³ *Flume*, Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftsstipulationen, 1932.

* Der Autor hat den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg inne. Der Beitrag wird ebenfalls in Heft 1/2009 der Studentischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (StudZR) erscheinen.

¹ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 1. Aufl. 1965, 2. Aufl. 1975, 3. Aufl. 1979, 4. Aufl. 1992.

Flume hatte fortan einen Todfeind, der ihn (möglicherweise nur aufgrund seiner eigenen Ermordung im Zuge des sog. Röhm-Putsches am 30. Juni 1934) zwar nicht, wie mehrfach angekündigt, ins Konzentrationslager Oranienburg, wohl aber um die angestrebte Berliner Habilitation brachte.

Mit diesen Ereignissen nahm *Flumes* Leben eine entscheidende Wendung, die er heute als Glück bezeichnet. Er nahm den zu Habilitationszwecken unterbrochenen Referendardienst wieder auf und absolvierte Anfang 1936 das Assessorexamen, was für angehende Romanisten in dieser Zeit keineswegs üblich war. Die schon während der Referendarzeit begonnene Tätigkeit in einem Druck- und Verlagskonzern wurde anschließend zu seinem Hauptberuf. Sie machte *Flume* mit dem Gesellschafts- und Steuerrecht vertraut. Bis Sommer 1944 konnte er in führender Stellung in dem Konzern arbeiten. Danach war die Einberufung allerdings nicht mehr zu vermeiden. Der Krieg endete für *Flume* schließlich glücklich mit einer Flucht aus der russisch besetzten Zone und kurzer amerikanischer Gefangenschaft.

Der berufliche Wiedereinstieg gelang zunächst in einem mittelständischen Dortmunder Druck- und Verlagsunternehmen sowie als Justitiar eines Hüttenwerks. Zudem begann *Flume* bereits 1946, wöchentlich Artikel im Handelsblatt zur Finanz- und Steuerpolitik sowie zum Steuerrecht zu schreiben. Die steuerrechtlichen Beiträge erschienen ab 1948 nuremehr in der neu gegründeten und maßgeblich von ihm geprägten Zeitschrift „Der Betrieb“. Das eigentliche Ziel *Flumes* nach dem Krieg aber war die Habilitation. Sie erfolgte 1946 in Bonn noch unter dem Patronat von *Wolfgang Kunkel*, obwohl dieser bereits 1943 einem Ruf nach Heidelberg gefolgt war. Entgegen vielfacher Ansicht wurde hier als Habilitationsschrift nicht „Eigenschaftsirrtum und Kauf“, sondern der Aufsatz „Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligationen nach klassischem römischem Recht“⁴ zugrunde gelegt. Die Thesen aus „Eigenschaftsirrtum und Kauf“ dienten als Grundlage für das Kolloquium am 18. Dezember 1946 und die Antrittsvorlesung im Februar 1947. Eine Berufung ließ allerdings auf sich warten. Sie erfolgte erst 1949 auf einen romanistischen Lehrstuhl in Göttingen, wobei die Umstände bemerkenswert waren: Nach der Absage des Erstplazierten, *Franz Wieacker*, übergang das Ministerium den Zweitplazierten und berief sogleich den Privatdozenten *Werner Flume*. Die Rückberufung nach Bonn erfolgte 1953, allerdings nicht auf

den seit dem Weggang *Wolfgang Kunkels* verwaisten romanistischen Lehrstuhl, den auch *Flumes* Lehrer *Fritz Schulz* innegehabt hatte. *Flume* wurde vielmehr auf einen in seiner Verbindung mit dem Zivilrecht damals einzigartigen Lehrstuhl für Steuerrecht berufen, als zweiter der seinerzeit allein für einen solchen Lehrstuhl in Betracht kommenden Kandidaten. Ab dem Sommersemester 1957 übernahm *Flume* dann allerdings auch formal den nach wie vor verwaisten romanistischen Lehrstuhl. 1959 folgte ein Ruf nach Heidelberg, den er allerdings ablehnte.

Die unruhigen Zeiten an der Universität Ende der 1960er Jahre haben *Flume* bis hin zu massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen zugesetzt. Die Aufgabe seiner Vorstellungen von Universität oder auch nur ein Kleinbegeben wären für ihn auch hier nie in Betracht gekommen, zumal dieser Institution als Hort des freien wissenschaftlichen Geistes ja bereits seit über 40 Jahren sein ganzes Streben und seine ganze Leidenschaft galten. Ihr zuliebe wurden nicht nur die finanziell sehr viel lukrativeren Möglichkeiten in der Wirtschaft, sondern auch zwei Angebote einer Bundestagskandidatur ausgeschlagen. Dem entspricht es, dass *Flume* immer auch ein leidenschaftlicher Lehrer war. Seine achtstündigen Anfängervorlesungen in Bonn sind legendär. Und auch in hohem Alter vermochte er es noch, ein großes Auditorium mühelos in seinen Bann zu schlagen⁵. Dabei verstand er sich freilich nie als Hochschulpädagoge oder -didaktiker. Sein Lehrerfolg gründete vielmehr allein in der Leidenschaft für den vermittelten Stoff, wie sie nur durch eine tiefe Verankerung der Lehre in der Forschung entstehen kann.

Von besonderer Bedeutung war und ist *Flume* die Beziehung zu seinen akademischen Schülern im engeren Sinne. Ihr Fortkommen zu fördern und nicht ihre Arbeitskraft auszubeuten war sein stets auch in die Tat umgesetztes Bestreben. Denn die Schüler sind es, welche die Fackel weiterzutragen haben⁶. Zwei Aspiranten aus *Flumes* Göttinger Zeit verwehrt das Schicksal die Stabübernahme. *Klaus Toebelmann* wurde vor der Habilitation Opfer eines Krebsleidens⁷, ein anderer Opfer seiner eigenen Ansprüche. Unübersehbar leuchtet und leuchtete dafür das Licht seiner vier Bonner Schüler: *Horst Heinrich Jakobs*, *Brigitte Knobbe-Keuk*, *Eduard Picker* und *Jan Wilhelm*. Auch ist es maßgeblich *Werner Flume* zu verdanken, dass *Eberhard von Olshausen* der Wissenschaft erhalten werden konnte.

⁵ S. *Altmeyden*, NZG 2003, 865; *Gaul*, JZ 1988, 865, 866; *Picker*, JZ 1998, 892; *Wilhelm*, NJW 1998, 2796, 2797.

⁶ S. *Flume*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 7.

⁷ S. *Flume*, Rechtsgeschäft (Fn. 1), S. 282 f. Fn. 104.

⁴ Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1936, S. 19-85 (= Ges. Schr., Band I, S. 80 ff.).

III.

1. In einer Zeit, die den Rang ihrer Wissenschaftler in Krämermanier vornehmlich nach Drittmitteleinnahmen, Zahl der veranstalteten Kongresse, Zahl der Publikationen und Zahl der Beziehungen („networking“) bemisst, mag es wie Musik aus fernen Ländern klingen: Bedeutung erlangt der Wissenschaftler allein durch die Kraft seiner Thesen und die durch sie bewirkten Erkenntnisgewinne. Nur so erschließt sich unabhängig von allen äußeren Ehrungen auch die herausragende Stellung von *Werner Flume* in der Jurisprudenz des 20. Jahrhunderts, für die mit dem Wort vom Jahrhundertjuristen wahrlich nicht zu hoch gegriffen ist. Schon der Blick auf die wichtigsten seiner Lehren zum geltenden Recht und die hier von ihm angestoßenen Entwicklungen führt dies schlaglichtartig vor Augen:

2. a) aa) In „Eigenschaftsirrthum und Kauf“ hat *Flume* gegen die damals ganz herrschende Meinung den sog. subjektiven Fehlerbegriff entwickelt. Dieser ist heute längst Allgemeingut und findet sich seit der Schuldrechtsmodernisierung auch – wenngleich in wenig glücklicher Formulierung – im Gesetz (§ 434 BGB). Mit seinem Beitrag „Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht“ in der Festschrift für Hans Niedermeyer 1953 legte *Flume* den Grundstein für eine umfassende, später immer weiter ausgebauten Lehre zur ungerechtfertigten Bereicherung⁸. Deren Kern besteht in der Ausrichtung des Bereicherungsanspruchs auf das Gesamtvermögen des Bereicherungsschuldners (Abkehr von der Gegenstandsorientierung). Und sie hat ihre größte Wirkkraft wohl in der *Kritik an der sog. Saldotheorie* entfaltet, mit der die ganz herrschende Meinung dieser Zeit den Problemfall in den Griff zu bekommen versuchte, dass bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge die Sachleistung wegen Untergangs nicht mehr herauszugeben ist. Wie bahnbrechend diese Leistung war, zeigt nicht zuletzt die – den Studenten freilich kaum freudig stimmende – Vielzahl an Lösungsvorschlägen und Theorien, die in der Folge als Alternative zu der als unhaltbar erkannten Saldotheorie entwickelt wurden. Neben *Flumes* eigener Lehre von der vermögensmäßigen Entscheidung⁹ sind etwa zu nennen die Lehre vom faktischen Synallagma¹⁰, die Lehre von der normativen Korrektur

des § 818 Abs. 3 BGB¹¹, die Lehre von der Gegenleistungskondition¹², die Lehre von der Beachtlichkeit hypothetischer Vermögensentwicklungen im Rahmen des § 818 Abs. 3 BGB¹³ sowie jüngst noch die Lehre vom Rechtsgrundlosigkeitszusammenhang¹⁴. Binnen weniger Jahre hat die Geschichte damit einem Satz des BGH die Grundlage entzogen, den dieser schon 1970 seriöserweise so nicht mehr hätte formulieren dürfen: „Wird ein gegenseitiger Vertrag angefochten, so entbehren die beiderseitigen Leistungen des rechtlichen Grundes. Sie sind herauszugeben. Voraussetzung ist aber, wie sich aus § 818 Abs. 3 BGB ergibt, daß der Empfänger noch bereichert ist. Ob noch eine Bereicherung vorhanden ist, ist grundsätzlich nicht isoliert für die einzelne Leistung zu betrachten (so die ältere Zweikonditionen-Theorie), sondern beurteilt sich danach, ob unter Berücksichtigung der Gegenleistung für eine Partei noch ein Überschuss bleibt (Saldotheorie, allgemein anerkannt; anders nur noch *Flume*, Festschrift für Niedermeyer S. 103).“¹⁵

bb) Durchschlagenden Erfolg gerade auch beim BGH hatte *Flume* demgegenüber mit seiner 1950 entwickelten sog. *Vertragsbruchtheorie*¹⁶. Mit ihr hat er bei einer Kollision von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Sicherungszession den Vorrang des Warenlieferanten auch für den Fall begründet, dass die Sicherungszession zeitlich vor der Vorausabtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts erfolgte und damit nach dem Prioritätsgrundsatz an sich der Geldkreditgeber Vorrang haben müsste. Der BGH hat diese Begründung in seiner Entscheidung vom 30. April 1959¹⁷ übernommen und in der weiteren Folge zur ständigen Rechtsprechung ausgebaut¹⁸. Dass die Vertragsbruchtheorie durchaus anfechtbar ist¹⁹, mindert ihre Bedeutsamkeit nicht. Denn ihr

vom Vertrag, 1975, S. 110 ff.

¹¹ S. *Dießelhorst*, Die Natur der Sache als außergesetzliche Rechtsquelle verfolgt an der Rechtsprechung zur Saldotheorie, 1968, S. 50 ff.; MünchKomm/Lieb, 4. Aufl., 2004, § 818 Rn. 124; i.E. ähnlich *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983, S. 599 ff.; s. jüngst wieder *Linke*, Die Rückabwicklung gescheiterter gegenseitiger Verträge, 2007, S. 134ff.

¹² S. *Canaris*, FS W. Lorenz, 1991, S. 19 ff.

¹³ S. *Frieser*, Der Bereicherungswegfall in Parallele zur hypothetischen Schadensentwicklung, 1987, S. 252 ff.

¹⁴ S. *Mossler*, Bereicherung aus Leistung und Gegenleistung, 2006, S. 140 ff.

¹⁵ BGHZ 53, 144, 145.

¹⁶ S. *Flume*, NJW 1950, 841, 847 sowie später auch noch AcP 154 (1955), 560 ff. und NJW 1959, 913, 918.

¹⁷ BGHZ 30, 149.

¹⁸ Vgl. BGHZ 55, 34, 35; 72, 308, 310; 98, 303, 314 f.; BGH, NJW 1999, 2588, 2589; 2005, 1192, 1193.

¹⁹ Vgl. aus jüngerer Zeit nur etwa *Picker*, JuS 1988, 375, 378 ff.; *Eidenmüller/Engert*, FS Kollhosser, Bd. II, 2004, S. 103, 107 ff.

⁸ Zusammengeführt von *Wolfgang Ernst*, in: *Werner Flume*, Studien zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, Tübingen 2003.

⁹ S. FS Niedermeyer, 1953, S. 155 (= Studien, S. 72).

¹⁰ S. v. *Caemmerer*, FS Rabel, Bd. 1, 1954, S. 333, 384 ff.; *Leser*, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, Diss. Freiburg i. Br. 1956, S. 49 ff.; *dens.*, Der Rücktritt

bleibt das Verdienst, Wissenschaft und Praxis in einer rechtlich wie ökonomisch hochbedeutsamen Frage zur Suche nach *sachlich* begründeten Antworten gezwungen zu haben, wo das geltende Recht scheinbar nur formal begründete Lösungen bereithält.

cc) Ein Monument der Zivilrechtswissenschaft hat *Werner Flume* neben all dem mit seinem allseits bekannten „*Rechtsgeschäft*“, dem zweiten Band des insgesamt drei Bücher umfassenden Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Rechts geschaffen. Dieses Werk ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert und auf seinem Feld bis heute ein Solitär. Das gilt zunächst inhaltlich. Paukenschlagartig²⁰ stellt *Flume* die Privatautonomie des Einzelnen an den Anfang und in die Mitte seines Buches; und dies in einer Zeit (Erstauflage 1965), in der die Privatautonomie und mit ihr das gesamte überkommene System des Bürgerlichen Rechts den führenden Vertretern der Zivilrechtswissenschaft wenig galt. Überwiegend hielt man beides für die Ausgeburt eines überlebten Sozialmodells. Nicht auf die Gewährleistung, sondern auf die Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsfreiheit des Einzelnen verwandte man die geistige Kraft. Und dabei spielte die junge Verfassung mit ihrem Sozialstaatsprinzip für die drängenden bürgerlichrechtlichen Fragen nicht selten eine größere Rolle als das BGB. „Das Rechtsgeschäft“ war deshalb neben seiner – keineswegs bruchlos durchgehaltenen – inhaltlichen Ausrichtung aber auch ein methodologischer Paukenschlag. Der Stoff wird nach Art der geschichtlichen Rechtswissenschaft behandelt. Einen dem Zeitgeist geschuldeten Neubau der Lehre vom Rechtsgeschäft etwa durch ihre Aufladung mit verfassungs- oder gar außerrechtlichen Wertungen lehnt *Flume* dezidiert ab. Vielmehr sollen die einschlägigen Regelungen des BGB als Ergebnis einer historischen Entwicklung erkannt und verstanden werden, um sie im Lichte und in Anknüpfung an diese Entwicklung ggf. auch fortzuentwickeln. Für eine Zivilrechtswissenschaft, die sich für das 19. Jahrhundert verbreitet die bequeme Schablone einer so realitäts- wie gerechtigkeitsfernen Begriffsjurisprudenz zurechtgelegt hatte, musste das Buch damit doppelte Provokation sein. Sein Rang wurde gleichwohl auch von Kritikern nie in Zweifel gezogen²¹.

Welche Wirkkraft „Das Rechtsgeschäft“ entfaltet hat, ist hier nicht im Einzelnen nachzuzeichnen. Drei Hinweise mögen genügen: Wo immer man sich heute mit dem Grundsatz der Privatautonomie ernsthaft auseinandersetzt, wird diese – vielfach schon ohne jeden Nachweis – im Sinne des berühmten ersten Satzes

des „Rechtsgeschäfts“ als „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den einzelnen nach seinem Willen“ verstanden²². Dabei steht heute im Grunde auch nicht mehr im Streit, dass dieses Prinzip zu den prägenden Strukturelementen des geltenden Privatrechts gehört. Mit welcher Wucht *Flumes* Forderung nach einer Rückbesinnung auf dieses Strukturprinzip damals eingeschlagen hat, zeigen am deutlichsten wohl die schon kurz darauf spürbaren Auswirkungen auf das Arbeitsrecht als einem – zumal in dieser Zeit – geradezu klassischen privatautonomieskeptischen, wenn nicht gar -feindlichen Feld. So ist insbesondere *Reinhard Richardis* in dieser Zeit nicht minder bemerkenswerte und gegen den Strom schwimmende Habilitationsschrift über „Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses“ aus dem Jahr 1968 merklich von *Flume* beeinflusst²³. Dass man heute in Bezug auf die Tarifautonomie ganz selbstverständlich (wenn auch nicht immer mit Recht) von „kollektiv ausgeübter Privatautonomie“ spricht²⁴, markiert deshalb einen im Arbeitsrecht vor gut 40 Jahren kaum vorstellbaren Umbruch, der – jedenfalls mittelbar – ganz maßgeblich auch von *Werner Flume* befördert wurde. Generell, und das ist der abschließende dritte Hinweis auf die Wirkungsmächtigkeit des „Rechtsgeschäfts“, hat die Privatautonomie als Grundprinzip unserer Rechtsordnung heute wieder einen Stellenwert erlangt, der selbst diejenigen, die ihr den größten Tottun, dazu zwingt, sich dem Grundsatz nach zu ihr zu bekennen und ihr Handeln mit mehr als rechtsfernen Hinweisen auf überlebte Sozialmodelle zu rechtfertigen²⁵.

b) In seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des BGB, namentlich in den zwei Teilen des ersten Bandes, spiegelt sich auch *Werner Flumes* Bedeutung für das Handels- und Gesellschaftsrecht. Wieder stehen diese Werke aber nicht etwa am Anfang seiner Forschungen auf diesen Feldern, sondern bilden gleichsam die Summa. Sie sind Lehrbuch im ursprünglichen und idealtypischen Sinn, weil sie die zuvor in Einzeluntersuchungen erarbeitete Lehre für ein ganzes Rechtsgebiet zusammenfassen und vervollständigen. Im Gegensatz zum Gros der heutigen Lehrbuchliteratur erschöpft sich die Motivation des Verfassers nicht in didaktischen Zielen, wie sie auch Schulbücher verfolgen. Vielmehr leitet ihn allein der rote Faden.

²² S. nur BVerfGE 72, 155, 170 f.; 89, 214, 231.

²³ S. *Richardis*, aaO, S. 7 ff.

²⁴ St. Rspr. seit BAGE 88, 118, 123; s. BAG, NZA 1998, 775, 776; 778, 779; BAG, NZA 2002, 917, 918; BAGE 118, 232, 240.

²⁵ Vgl. hierfür nur die Begr. zum RegE eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG), BT-Drucks. 16/1780, S. 39.

²⁰ Vgl. HKK/*Rückert*, 2003, vor § 1 Rn. 108.

²¹ S. nur *Brox*, JZ 1966, 761, 767.

Teilband 1 des ersten Bandes enthält das Bahnbrechende bereits im Titel. Die *Personengesellschaft* wird im Allgemeinen Teil behandelt, weil *Flume* sie als rechtsfähige Wirkungseinheit, als „Gruppe“ sieht. Mit dieser ursprünglich gegen die ganz herrschende Meinung gerichteten Sicht hat er sich heute weitgehend durchgesetzt. In seiner berühmten Entscheidung zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts vom 29. Januar 2001²⁶ ist schließlich auch der BGH *Flume* gefolgt.

In Teilband 2 über die juristische Person werden naturgemäß auch die Grundlagen des Aktienrechts behandelt, das *Flume* bereits früher maßgeblich beeinflusst hatte. So gingen insbesondere die Regelungen über den *faktischen Konzern* in der Aktienrechtsreform 1965 auf ihn zurück. Der Gesetzgeber zog die *Flume*'sche Konzeption schließlich dem ursprünglichen Referentenentwurf vor.

c) Pioniertaten hat *Werner Flume* nicht nur im Privatrecht, sondern gleichermaßen – und schon diese Kombination der Arbeitsfelder war zu Beginn seiner Professorentätigkeit bemerkenswert – im Steuerrecht vollbracht. Die spezifische Sicht des Zivilrechtlers und die praktische Erfahrung als Unternehmensjurist führten ihn zu einer Forderung, die uns heute weitgehend selbstverständlich erscheint, die aber in ihrer Zeit alles andere als selbstverständlich war und mit der *Flume* der modernen Steuerrechtswissenschaft eine entscheidende Prägung gegeben hat: die Forderung, dass Steuergesetze, sollen sie „Recht“ sein, auch materiellen Rechtsgehalt aufweisen müssen²⁷. Darunter verstand er dann allerdings mehr als nur eine allgemeine Orientierung an der Rechtsidee und den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Als „Recht“ unterlägen die Steuergesetze vielmehr dem Gebot der Einheit der Rechtsordnung, dem *Gesetz der Kongruenz*²⁸. Damit nahm *Flume* im Kern bereits 1952 etwa auch das vorweg, was in der verfassungsrechtlichen Diskussion über die Steuergesetzgebung erst sehr viel später anerkannt und unter dem Schlagwort des steuerrechtlichen Halbteilungsgrundsatzes schließlich sogar in – bekanntlich hochkontroverse – Prozentvorgaben umgesetzt wurde, dass nämlich ein Steuergesetz die Güterverteilung der allgemeinen Rechtsordnung von einer bestimmten Grenze ab „außer Kurs“ setzen kann: „Wenn die Erbschaftssteuer den Erbschaftserwerb ganz oder im ‚Übermaß‘ wegnimmt, so wird mit dem Erbrecht das Privateigentum als das entscheidende Strukturelement unserer

Rechtsordnung in Frage gestellt“²⁹.

3. a) Es wäre verwunderlich, wenn *Werner Flume* nicht auch dort Anstoß zu neuen Sichtweisen gegeben hätte, wo sein wissenschaftliches Arbeiten den Anfang nahm, im Römischen Recht. Die *Summa* findet sich hier in dem 1990 erschienenen Band „Rechtsakt und Rechtsverhältnis“. *Flume* verfolgt in den dort versammelten Untersuchungen die These, dass sich das juristische Denken der Römer von dem unseren grundlegend unterscheidet, weil es nicht auf Rechts- oder auch Schuldverhältnisse bezogen war, die sowohl gegenüber ihrem Begründungsakt als auch den aus ihnen resultierenden Klagen (heute: Ansprüchen) verselbstständigt waren. Die „Pole“ des Denkens der römischen Juristen seien allein der Rechtsakt (etwa der Vertragsschluss) und die hieraus resultierende actio (heute etwa ein Erfüllungsanspruch) gewesen. Warum es bei den Römern etwa keine direkte Stellvertretung und auch keinen Vertrag zugunsten Dritter geben konnte, lässt sich so unschwer erklären.

b) *Flumes* romanistische Forschungen wurden allerdings nie allein von seiner Liebe zu den alten Sprachen, seinem historischen Sinn und der Vorbildlichkeit seines akademischen Lehrers, *Fritz Schulz*, getragen. Sie hatten von Beginn an immer auch einen methodologischen Hintergrund. Und das führt zu dem letzten und vielleicht sogar wichtigsten Feld, auf dem *Werner Flume* als Ausnahmeerscheinung herausragt. Zwar ist die bloße Zahl seiner explizit die juristische Methode betreffenden Abhandlungen vergleichsweise gering; *Flume* zog es vor, seine Art der Jurisprudenz am konkreten Sachproblem zu demonstrieren, statt abstrakt über sie zu reden. Gleichwohl finden sich auch hier Schriften, die schon heute als „Klassiker“ gelten. Dies trifft insbesondere für seinen Schlussvortrag „Richter und Recht“ auf dem 46. Deutschen Juristentag 1966³⁰ zu. *Flume* fordert hier – wieder in provozierender Antithese zum herrschenden Zeitgeist – die Rückbesinnung auf einen – allerdings in strikter Abgrenzung zum bloßen Gesetzespositivismus zu verstehenden – Rechtspositivismus, wie er für die historische Schule und auch noch das

²⁶ BGHZ 146, 341.

²⁷ S. *Flume*, Steuerwesen und Rechtsordnung 1952, S. 6. (= FS Smend, 1952, S. 59, 60).

²⁸ S. *Flume*, aaO.

²⁹ S. *Flume*, aaO, S. 7 f. (= FS Smend, 1952, S. 59, 62); s. entsprechende erste Anklänge beim BVerfG in der Entscheidung BVerfGE 19, 119; wohl deutlich über *Flumes* eigene Vorstellungen hinaus (vgl. *dens.*, DB 1995, 1779) hat sich die entsprechende Erkenntnis schließlich auf der Basis grundlegender Arbeiten von *P. Kirchhof* in der Entscheidung BVerfGE 93, 121 durchgesetzt. Sie wurde im Grundsatz auch durch die Entscheidungen BVerfGE 95, 267; 115, 97 nicht mehr in Zweifel gezogen.

³⁰ S. Verh. des 46. Deutschen Juristentages, Bd. II, Teil K, 1967.

Selbstverständnis des BGB prägend war. Die Autonomie des Rechts als einer eigenständigen, der Verwirklichung der Rechtsidee verpflichteten Ordnung ist hiernach in zweifacher Weise abzusichern:

c) Sie ist zunächst, und das war seinerzeit die wohl vordringlichste Aufgabe, gegen Aufweichungen zu verteidigen, die darin gründen, dass man die Verbindlichkeit der für den Richter bestehenden Entscheidungsvorgaben des geltenden Rechts gedanklich abbaut und ihn so vom Organ der Rechtserkenntnis zu einem Organ der Rechtsgestaltung, gar zum Sozialingenieur macht. *Flume* rettet bei dieser Gelegenheit nicht nur die Ehre der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, indem er ihr nachweist, nicht weniger am Rechtsgedanken orientiert gewesen zu sein als unsere Zeit. Er stellt sich – wie wir heute wissen: in weiser Voraussicht – schützend speziell auch vor die Zivilrechtswissenschaft, der unter dem Banner der Grundrechtsverwirklichung eine subtile Publizierung und Politisierung droht. Messerscharf wird erkannt, dass die Grundrechte für die konkret zu entscheidenden zivilrechtlichen Fragen zumeist nur Leerformeln bereithalten, welche die eine Entscheidung so gut begründbar machen wie die andere und die deshalb aufs Beste zur Scheinlegitimierung von Vorurteilen missbraucht werden können, zu denen der Richter nicht in Verfolgung des Rechts, sondern in Verfolgung persönlicher Sachziele gelangt. Für den Historiker *Flume* mag bei dieser dezidierten Haltung darüber hinaus auch noch die Gewissheit eine Rolle gespielt haben, dass bei einer solchen Jurisprudenz in weitem Umfang nur das Küken die Henne belehrt, weil die Freiheiten, die mit den Grundrechten gegenüber dem Staat gesichert werden sollen, in ihrem Kern zumeist mit den Freiheiten identisch sind, die im Zivilrecht schon Jahrhunderte zuvor zu wirken begannen.

Ohne Frage dem Historiker zu verdanken sind die Absicherungen, die *Flume* in der anderen Richtung vornimmt. Denn so vehement, wie er sich gegen eine Relativierung der richterlichen Bindung an Recht und Gesetz verwarht, wendet er sich auch gegen die Verkümmern der Jurisprudenz zur bloßen Buchstabenkläuberei. Die Bindung des Richters erschöpft sich nicht in einer Bindung an das geschriebene Gesetz; er ist an *Recht* und Gesetz gebunden. Das Recht aber ist als ein Gesamtsystem zu begreifen, in dem der einzelne positive Rechtssatz immer nur als Ausdruck des Bemühens um die Verwirklichung des Rechtsgedankens erscheinen kann. Der Richter ist deshalb ganz selbstverständlich auch zur Rechtsfortbildung, ggf. sogar gegen die *lex scripta*, befugt, solange diese Rechtsfortbildung in der Gesamtrechtsordnung

begründet ist, von dieser erzwungen wird und nicht darauf beruht, dass der Richter die Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung oder die in diesem Rahmen vom Gesetzgeber verfolgten Sachziele korrigieren will, weil er es selbst besser weiß. „*Ius est*“ ist die vom Richter geforderte Überzeugung. Das „*Ius esto*“ ist demgegenüber dem formellen Gesetzgeber vorbehalten und vermag eine vom Richter betriebene Rechtsfortbildung nicht zu legitimieren. In der Tat ist das Recht erst hierdurch als selbständiges, einer ureigenen Idee folgendes Ordnungssystem gewährleistet. Denn so, wie es mit dem Beharren auf der Verbindlichkeit des positiven Rechts gegen Relativierungen von innen geschützt wird, wird es mit der Zulassung systemimmanenter Fortbildung auch gegen Relativierungen von außen, namentlich gegen seine vollständige Usurpation durch die Politik, geschützt, ohne dabei aber erstarren zu müssen. Es ist noch nicht einmal der weite Blick des Historikers erforderlich, um zu erkennen, wie wenig Substanz die damals verbreitete Diskreditierung eines solchen Rechtsverständnisses als Ausgeburt einer überlebten historischen Schule hatte und wie notwendig demgegenüber gerade dessen Wiederbelebung für ein Gemeinwesen war und ist, das sich, wie die damals noch junge Bundesrepublik, als ein freiheitliches verstehen will. Denn erst ein in der *Flume*'schen Ausprägung autonomes Recht ist auch seiner wissenschaftlichen Erschließung zugänglich, vermag so Kulturleistung zu werden und hierdurch schließlich die Würde zu erlangen, die es benötigt, um die Würde derer machtvoll schützen zu können, die ihm unterworfen sind.

IV.

Die Kraft des Einzelnen für ein Leben von über hundert Jahren beruht auf einem Geschenk. Die Kraft der Gemeinschaft für ein Leben in rechtlich gesicherter Freiheit und Würde beruht dagegen auf Einsicht. Was uns *Werner Flume* zur Beförderung dieser Einsicht gegeben hat, wird weit länger bestehen als die beeindruckende Zahl seiner schließlich erreichten Lebensjahre. Um als Jahrhundertjurist zu gelten, hätte *Werner Flume* nicht 100 Jahre alt werden müssen. Dass er es gleichwohl wurde ist, ist für alle ein großes Glück!